

A. I. Nº - 206880.0106/11-3
AUTUADO - RIO VERMELHO DISTRIBUIDOR LTDA.
AUTUANTE - EDIMAR NOVAES BORGES
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 15 .09. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0175-01/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO ICMS EFETUADO A MENOS. PRODUTOS DIVERSOS (art. 353, II, c/c art. 371, RICMS/BA-97). Demonstrativo fiscal discrimina cada operação, número da nota fiscal, data da entrada, mercadoria do regime ST, quantidade, valor, operação realizada e o código fiscal, margem de valor adicionado de cada produto, base de cálculo, crédito fiscal, valor do imposto recolhido e valor remanescente ICMS-ST a recolher. Autuado prova a existência de equívocos, que são excluídos. Infração subsistente em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS COM SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Autuado alega apenas que efetuou o estorno, conforme a legislação do ICMS. Não se observa quaisquer comprovações de estorno. Infração subsistente. Rejeitadas preliminares de nulidade. Designada diligência para entrega dos documentos faltantes, em acorde com o devido processo legal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2011, para reclamar ICMS no valor total de R\$532.550,57, através da seguinte infração:

1. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, conforme Anexo I – demonstrativo de recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Valor R\$286.022,13 – Multa de 60%;
2. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, conforme Anexo II – demonstrativo de falta de estorno proporcional do crédito do ICMS, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo. Valor R\$ 246.528,44 – Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 64/72, narra os fatos ocorridos, suscita preliminar de nulidade, sob a alegação de afronta ao direito da ampla defesa, visto que a fiscalização deixou de fornecer documentos necessários para a defesa do autuado, arguindo a imprescindibilidade de saber o motivo da acusação para poder exercer sua defesa.

Diz que foi cerceado o seu direito de defesa, uma vez que recebeu intimação para efetuar pagamento ou apresentar defesa, através de carta registrada, contendo somente parte da documentação, com apenas 42 folhas, pois, o levantamento de auditoria fiscal, Anexo I, referente à infração de Antecipação Tributária apresenta 4.497 folhas e foram apenas fornecidas 2 (duas) delas,

a primeira e a última. Acrescentando que não foi enviado ao contribuinte, nem de forma impressa, em CD ou qualquer sistema eletrônico todo o teor da autuação, tornando-se impossível elencar todos os motivos defensivos, conforme indicam o art. 28, §4º, II, do RPAF/BA e decisões do CONSEF (A-0136/01 – 2ª CJP). Pede a declaração de ofício da nulidade da autuação.

No mérito, aduz que, mesmo com a parca documentação fornecida pelo fisco, foi possível identificar as infrações, que devem ser desconsideradas, posto que o contribuinte não infringiu nenhum dispositivo legal, efetuando sempre suas operações comerciais com embasamento na legislação tributária. Argui que o levantamento fiscal contém falhas tão significativas que, se corrigidas, sequer teria sido lavrado o Auto de Infração.

Argumenta que para se encontrar o imposto de substituição tributária é necessário encontrar o valor da base de cálculo do imposto nas operações internas (art. 61, II, do Decreto nº 6.284/1997). Assevera que não dispondo de todo o teor dos autos, descreve apenas os equívocos cometidos em relação às notas fiscais nºs 59802 e 843574. Na primeira nota fiscal, diz que a Auditoria Fiscal apresenta valores divergentes e que o contribuinte não recolheu menos imposto, mas a maior.

Já na Nota Fiscal nº 843574, diz que, conforme livro de Registro de Saída da empresa autuada (Rio Vermelho Distribuidor Ltda, CNPJ nº 03.688.310/0006-43, CCE nº 10.337.608-9), de Anápolis, Goiás, fl. 20, está cancelada, assim, não há motivo para o erário cobrar o imposto ou dizer que houve recolhimento a menos.

Quanto à infração 2, argui que a acusação de falta de estorno de mercadorias que saíram com o benefício da redução de base de cálculo, a afirmativa não é verdadeira. Explica que sua atividade econômica é de comércio atacadista de alimentos em geral e todas suas operações são efetuadas, obedecendo sistematicamente a legislação tributária. Diz que tem efetuado o respectivo estorno, quando existe redução da base de cálculo, nas saídas. Pede a improcedência da infração.

O Auditor Fiscal presta Informação Fiscal, fls. 87/88, contestando, de início, a arguição de nulidade e cerceamento do direito a ampla defesa pela falta de fornecimento dos documentos necessários para a defesa do contribuinte. Diz que por diversas vezes tentou contato com o autuado para dar ciência de conteúdo dos demonstrativos, inicialmente, na sede da filial, posteriormente junto ao responsável pela contabilidade, via telefone ou correio eletrônico. Explica que, não obtendo êxito, foi encaminhado o Auto de Infração com seus anexos a Inspetoria fazendária em Bom Jesus da Lapa, conforme a legislação, para a devida intimação, via correio com AR-Aviso de Recebimento para os endereços dos sócios, escritório responsável pela contabilidade, estabelecimento, e matriz da organização, assim feito. O autuado recebeu o Auto de Infração e seus anexos.

Diz que o procedimento não configura a nulidade; mas, sugere uma nova entrega dos demonstrativos com arquivos em mídia eletrônica pela repartição, contra recibo, restabelecendo prazo de defesa de 30 dias corridos da ciência deste. Desta forma, propõe o saneamento daquele procedimento fiscal, por entender a configuração de erro de caráter formal, passível de correção.

Com relação às razões de mérito do autuado, explica que todo o levantamento fiscal foi realizado com base em informações prestadas pelo próprio contribuinte através de arquivos de mídia eletrônica (Convenio ICMS 57/95) encaminhada a SEFAZ/BA, onde consta todo o espelho das notas fiscais. Resume que as informações estabelecidas em convênio e informadas pelo contribuinte, a princípio, é plenamente correta e aceita como verdadeiras.

Consta à fl. 94, parecer do Inspetor Fiscal da região aduzindo que a empresa não designou nenhum proposto para conhecer do presente Auto de Infração. Explica que foi feita a intimação via AR no endereço do estabelecimento autuado, em Correntina, na Bahia, na sua matriz, no Estado de Goiás e no escritório de contabilidade do estabelecimento; efetivadas as entregas nos endereços da matriz e do contador.

Quanto à arguição do cerceamento do direito de defesa, diz que reabriu o prazo para apresentar razões, por mais trinta dias e encaminhou novamente cópias do AI e dos arquivos eletrônicos. Diz

que o AR encaminhado para a sede da empresa retornou, constando a expressão: “não procurado”; o do contador retornou com o seu “ciente”; o AR encaminhado ao endereço da matriz, não retornou; somente após esse prazo, o PAF foi encaminhado para julgamento.

Em nova manifestação, fls. 97/104, o sujeito passivo reiterou os termos da defesa, confirma o recebimento das informações no CD, o que lhe permitirá demonstrar que não houve a omissão mencionada pelo fiscal autuante. Preliminarmente, diz que o fiscal laborou em equívoco ao considerar como base de cálculo o valor do item e o próprio imposto, pois ao consultar a NF-e, observou que o valor dos itens é diverso daqueles considerados pela fiscalização. Transcreve o art. 61, II, do Decreto nº 6.284/97.

Aponta que o levantamento fiscal apresenta falhas e que trouxe aos autos planilha demonstrando o verdadeiro cálculo, além de algumas notas fiscais relacionadas à autuação. Insiste no equívoco da nota fiscal 59802, apresentando demonstrativo com os valores indicados na nota fiscal e o valor considerado na auditoria fiscal. Com relação à nota fiscal nº 843574 diz que foi cancelada, não havendo motivo para a respectiva exigência.

Diz ainda que houve erro na apuração da base de cálculo de vários produtos e do próprio ICMS-ST, falhas que estão demonstradas nos autos. À guisa de exemplo, destaca o produto “flanela”, que tem valor unitário de R\$84,00 e, com 15 produtos, corresponde ao valor total de R\$1.260,00, sendo ilógico a consideração de que o produto tenha base de cálculo no valor de R\$5.310,48, como mencionado pelo fisco. Declara a existência de outros deslizos e falhas que foram corrigidos e apresentados no CD.

Na infração 02, argui os mesmos fatos anteriores e reitera os mesmos pedidos.

Diligência solicitada, fls. 117, a fim de que o autuante apresente informação sobre os novos documentos acostados pelo autuado, em suas razões de defesa, às fls. 97/104.

Em atenção à diligência, fls. 120/121, reitera que todo o levantamento fiscal foi constituído tendo como parâmetro as informações apresentadas pela autuada através de arquivo de mídia eletrônica na modalidade prevista no sistema SINTEGRA (Convenio ICMS 57/95), ou seja, as prováveis falhas partiram, antes, do sujeito passivo, quando das informações apresentadas encaminhadas a SEFAZ Bahia, com o espelho das notas fiscais.

No mérito, disse que acata parcialmente as considerações da defesa; quanto à nota fiscal nº 843574, a alegação de cancelamento não pode prosperar porque a referida nota fiscal encontra registrada e informada através de sistema SINTEGRA do autuado. Aduz que o débito fiscal para a infração 1, passa a ser constituído da forma como apresentado no novo demonstrativo, que totaliza R\$175.323,56.

Quanto à infração 2, reafirmou o equívoco do autuado, pois a sua escrita fiscal não apresentou qualquer estorno de crédito, como pode ser verificadas nas DMAs, em anexos, bem como a defesa não apresentou qualquer outro comprovante ou demonstrativo de suas alegações. Desta forma esta caracterizada de forma precisa à imputação fiscal.

Conclui pela procedente parcial do Auto de Infração, com a correção do valor do débito, em relação à infração 01.

Em nova manifestação, fls. 145/148, o autuado alega que, desde o início, interpôs impugnação informando que as intimações fossem direcionadas no endereço profissional de sua patrona, Rua Floriano Peixoto, nº 1790, Centro, Anápolis, Goiás, CEP 75.024030. Diz, entretanto, que a manifestação fiscal foi enviada para o endereço do contribuinte.

Salientou que a procuradora (do estabelecimento) não foi intimada para se manifestar em relação à diligência, tendo conhecimento da revisão, através do próprio contribuinte, no dia do vencimento do prazo para manifestação, o que impossibilitou fazê-la com a precisão necessária. Aduz que para que não se configurasse o cerceamento de defesa, pediu que as intimações fossem remetidas ao advogado, sob pena de ferir o princípio do contraditório e nulo a presente autuação. Citou Decisões jurisprudenciais e pediu a concessão de prazo para manifestação.

Diz que as falhas mencionadas se tratavam apenas de uma amostragem, existindo outras que, devido ao exíguo prazo, não foi possível apresentar documento (CD) com correções necessárias, mas sendo concedido novo prazo ou realizada de forma correta a intimação (endereço da procuradora), será possível apontar todos os erros cometidos na autuação.

Sobre a revisão fiscal, fls. 153/154, diz o autuado que, após o levantamento restou comprovado apenas parte do equívoco e que ainda existem erros que merecem reparos e propõe a realização de nova diligência, numa revisão por estranho ao feito.

Reitera que o agente fiscal não atendeu o dispositivo legal (art. 61, II, Decreto 6.284/97). Diz que agora com a cópia do CD do levantamento fiscal, constatou que todo ele apresenta falhas. Aduz que elaborou uma planilha detalhada demonstrando o verdadeiro cálculo e cópia das notas fiscais relacionadas à autuação para verificação das alegações apresentadas. Refeito o levantamento percebeu que recolheu imposto a maior, fazendo a devida correção da nota fiscal nº 59.802. Diz que na planilha elaborada pelo fiscal percebeu várias falhas e cita as existentes nas páginas 1767, 2554, 2646 e 2686, reiterando o exemplo da divergência encontrada no produto flanela. Insiste que o valor do próprio imposto está incluído no valor do imposto da substituição tributária encontrado pelo fiscal.

Quanto ao estorno da infração 02, diz o autuado que em sua atividade econômica de comércio atacadista de alimentos em geral, suas operações são efetuadas em obediência à legislação tributária. Aduz que em todas as operações de entrada interestaduais realizadas foi feito o crédito devido e o respectivo estorno, quando ocorrem as saídas com redução da base de cálculo. Finaliza, solicitando a improcedência da autuação ou diligência por fiscal estranho.

Em nova informação fiscal, fls. 159/160, o Auditor Fiscal lembra que as alegações da defesa centram na suposta falha no levantamento fiscal, devidamente contestada ou acatadas em parte. Diz que o autuado não apresenta fato novo, nem planilha para melhor análise das alegações. Reitera que o levantamento foi feita com os arquivos eletrônicos do próprio contribuinte. Opina que refazer o levantamento por fiscal estranho ao feito traz certeza e segurança à exigência.

Em face às varias argüições, dos argumentos da defesa e da insegurança na lavratura da presente exação, o órgão julgador, em pauta suplementar, objetivando extremar a busca da verdade material, princípio caro ao Direito Tributário, converte o PAF em nova diligência para adoção de novas providências, fl. 168/169.

Pede que seja acostado aos autos novo demonstrativo de débito em relação à primeira infração, após a modificação procedida, no curso da Informação Fiscal, fl. 121, considerando que a mídia eletrônica, fl. 158, que contém o respectivo arquivo, não pode ser lida, em função do arquivo com a terminação (RAR). Somente pela intervenção de um técnico da GEAUS, o demonstrativo pode ser aberto, com a sua transformou em planilhas de EXCEL. Mesmo com a ocupação das 65.536 linhas da planilha, o relatório fiscal foi exibido parcialmente e não contempla a totalidade do valor exigido na infração. Solicitamos que seja partilhado o demonstrativo em mais de uma planilha ou, em havendo impossibilidades, anexá-lo em folhas impressas.

Tendo em vista a alegação defensiva que não foram obedecidas disposições contidas no art. 61, RICMS/BA, verificar se a apuração da base de cálculo do débito está em acordo com a legislação concernente à matéria.

Confrontar as informações contidas nos arquivos magnéticos (SINTEGRA) com o levantamento fiscal, que devem espelhar a realidade dos fatos. Pede ainda a diligência que os ajustes necessários sejam executados pelo próprio autuante, que já detém as provas e informações inerentes a lide, apesar de sua sugestão para que a demanda seja atendida por “fiscal estranho ao feito”.

Na infração 02, verificar se os estornos foram feitos de acordo com a legislação própria, considerando-se a redução da base de cálculo, nas respectivas saídas.

Às fls. 173, em cumprimento ao solicitado pelo órgão de julgamento, o Auditor Fiscal elabora novo demonstrativo de débito, no formato Excel em mídia eletrônica, tendo em vista a extensão da planilha. Diz que o débito resta reduzido de R\$ 286.022,13 para R\$ 175.323,56 e que, para efeito da antecipação tributária, foram excluídos os valores de ICMS, corrigindo a base de cálculo, contemplando as disposições contidas no art. 61, RICMS/BA-97.

Com relação à infração 02, não observou nos livros fiscais qualquer estorno de crédito. Observa, conforme o art. 6º do Decreto 7.799/00, a impossibilidade de crédito de ICMS em valores superiores a 10% ou a obrigatoriedade do estorno proporcional, quando este superar aquele percentual. Pede a Infaz que proceda à entrega dos demonstrativos fiscais.

Intimado para conhecer do resultado da diligência, fls. 183/184, o autuado protocola o processo SIPRO nº 051905/2013-8; fls. 188/193, reiterando seu endereço para receber intimações; faz um breve relato dos fatos, arguindo as infrações contidas na inicial dos autos, o saneamento da falha processual com a entrega da documentação necessárias à defesa do auto de infração, dando azo a apresentação de suas alegações com firme consistência, sendo os autos encaminhados para revisão. Diz que, após a revisão fiscal, redução da exigência na infração 01, procedida pelo fiscal, de R\$ 286.022,13 para R\$ 175.323,56; não sendo considerada, todavia, suas alegações acerca da redução da base de cálculo.

Argumenta que lhe trouxe dúvida e incerteza a ausência da cópia da diligência fiscal com o pedido do relator, pois não saberia precisar se estaria o revisor atendendo toda a exigência feita, o que lhe impossibilitou fazer defesa adequada e segura, devendo ser declarado o cerceamento do direito de defesa. Aduz que houve equívoco na lavratura do presente Auto de Infração.

Afirma ter feito, o próprio autuado, um levantamento detalhado e minucioso, com a indicação das falhas existentes; que apesar da revisão, ainda existem falhas que devem ser corrigidas e que tais erros podem ser verificados no CD de revisão e demonstrativo realizado pelo sujeito passivo. Aduz que no CD consta a *"verdadeira situação da empresa, onde o imposto a recolher trata de R\$ 111.646,58 e não encontrada pelo revisor fiscal"*. Diz ainda que ao confrontar o CD disponibilizado pelo sujeito passivo e o trabalho do revisor fiscal verificou que ainda existem falhas, pois não foram considerados os dados dos meses de outubro e novembro de 2009.

Quanto à infração 02, diz que obedece sistematicamente à legislação tributária; que procedeu ao correto creditamento nas operações de entradas e ao estorno, quando ocorreram saídas com a redução de base de cálculo. Diz que é indevida a aplicação de penalidade nas duas infrações.

Finaliza, pedindo a nulidade dos autos por cerceamento do direito à defesa; a improcedência e arquivamento do auto de infração; a realização de diligência para verificar as falhas apontadas e a adoção das demais providências que o caso requer.

Em 16 de julho de 2013, a 1ª JJF julgou na unanimidade de seus membros pela procedência parcial do Auto de Infração, conforme Acórdão JJF nº 0164-01/13, fls. 196 a 203.

Intimado para conhecer da decisão constante do acórdão supra referido (fls. 207/213), o autuado apresenta Recurso Voluntário (fls. 215/218). Aduz que após o julgamento de primeira instância, a autuação foi reduzida para R\$ 421.852,00. Diz que elaborou uma planilha que retrata as falhas constantes do demonstrativo fiscal. Questiona que, na infração 01, não foi observado o dispositivo legal e utilizou-se para o cálculo o valor da mercadoria mais a própria substituição e o revisor considerou apenas parte das operações reduzindo apenas R\$110.698,57, enquanto para o autuado a exigência totalizou R\$111.646,58.

Na segunda infração, assevera que a afirmativa feita pelo fiscal é inverídica, uma vez que procedeu ao estorno do crédito de todas as operações, quando das saídas com redução da base de cálculo. Diz que existem situações consideradas temerárias, que estão sendo estudadas de forma mais detalhada para que se cumpra o princípio da verdade material. Aduz que antes que se finde a oportunidade de

defesa, trará aos autos todos os motivos de inconformismo e as respectivas provas. Pede que seja revisto o levantamento fiscal. Reitera os pedidos anteriores.

Encaminhado o PAF à PGE/PROFIS para análise e parecer ao Recurso Voluntário, fl. 223/224. Analisadas as razões expendidas no recurso voluntário, o parecer da PGE/PROFIS é que referente ao argumento de equívoco na mensuração da base de cálculo, não há como emprestar guarida à tese recursal, pois desprovida de esteio probatório.

Quanto à infração por falta de estorno, diz que também não merece sufrágio a tese, pois não existem nos autos qualquer amparo documental, sendo vazia. Opina pelo improvimento do recurso.

Na apreciação do Recurso Voluntário, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0115-11/14, de 08 de fevereiro de 2014, fls. 226/231, decide prover o Recurso Voluntário, reconhecendo de ofício a nulidade do Acórdão JJF 0164-01/13, determinando o retorno do PAF à primeira instância para novo julgamento que deverá levar em conta as razões de irresignação apresentadas pelo recorrente em sua petição de fls. 189/193.

Considerou o voto relator que o órgão julgador não poderia partir da premissa que o autuado silenciou acerca do resultado da diligência, isto porque, conforme se verifica da petição de fls. 189/193, o então impugnante se insurgiu tempestivamente quanto aquele resultado, sustentando que o novo demonstrativo apresentado ainda continha erros que precisavam ser corrigidos e que poderiam ser constatado através do cotejo entre o novo demonstrativo elaborado pelo autuante e a planilha por ela apresentada, quando de sua defesa.

Nesses termos, ao se furtar de apreciar as razões apresentadas, concordando com o novo valor exigido, o órgão julgador da Primeira Instância acabou por exarar uma decisão em afronta ao direito de ampla defesa e ao contraditório, assegurados ao contribuinte, nos termos do art. 2º do RPAF/BA. Em face do exposto, restou Prejudicado o Recurso de Ofício interposto.

Intimados do retorno dos autos à Primeira Instância e da decisão contida no Acórdão supra referido, fls. 236/238, não houve novas manifestações.

É o relatório.

VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração, no valor de R\$532.550,57, para constituir crédito tributário, tendo em vista as infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão apreciadas nas linhas procedentes. Cumpre, antes, examinar as questões preliminares suscitadas pelo autuado.

Pede o sujeito passivo a nulidade dos autos, sob a alegação de afronta ao direito da ampla defesa, visto que a fiscalização deixou de fornecer documentos necessários para a formulação adequada de sua defesa; alega que sem saber o motivo da acusação, teve cerceado o seu direito de defesa, uma vez que recebeu apenas, através de carta registrada, parte da documentação (42 folhas), referente à infração de Antecipação Tributária (4.497 folhas), em desacordo com o estabelecido no art. 28, §4º, II, do RPAF/BA.

O exame dos autos mostra que as irregularidades levadas a termo no Processo Administrativo Fiscal - PAF estão alicerçadas nos documentos anexados e nas planilhas elaboradas pelo Fisco; o crédito tributário exigido, conforme consta nos demonstrativos acostados aos autos, além da mídia eletrônica, contém a indicação das notas fiscais autuadas, data de emissão, base de cálculo, alíquota, imposto apurado, não havendo o que falar em nulidade do Auto de Infração.

A documentação fiscal entregue, inicialmente, de forma parcial, foi corrigida com a entrega do material faltante, no endereço do contribuinte, além dos seus advogados, conforme provam os recibos do AR, fls. 183/184 e o autuado pode exercer com liberdade e com os elementos de prova de que dispunha, a sua defesa; para dirimir qualquer, a autoridade julgadora de primeira instância determinou a realização de diligências, fls. 117, 168, não estando o presente processo incluso em qualquer espécie de nulidade, nos termos do art. 18, RPAF/BA.

Descabido, por fim, a arguição defensiva de que a ausência de cópia do pedido de diligência poderia lhe trazer dúvidas ou incerteza, quanto ao pedido prescrito pelo relator, tendo em vista que a solicitação de esclarecimentos que demandou essa última revisão, estava dirigida para o autuante, em face da necessidade de modificação do arquivo eletrônico com terminação RAR, que continha o demonstrativo de débito final, após as exclusões e ajustes procedidos, para um arquivo de planilha básica no Microsoft Excel, “mais amigável” e de fácil acesso, inclusive para o próprio autuado, que recebeu uma cópia e pode elaborar sua defesa de forma segura.

No mérito, o sujeito passivo é acusado de efetuar recolhimento do ICMS por antecipação a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, provenientes de outras Unidades da Federação, no valor de R\$286.022,13.

Nas razões defensivas, alega o autuado que não infringiu nenhum dispositivo legal, agindo em conformidade com a legislação tributária e que o levantamento fiscal contém falhas tão significativas que, se corrigidas, sequer haveria espaço para a lavratura do Auto de Infração. Exemplifica seu inconformismo, através das exigências contidas nas notas fiscais nº 59802 e nº 843574, que tendo sido cancelada, a respectiva exigência seria descabida. Ainda à guisa de exemplo, alega que o produto “flanela”, que tem valor unitário de R\$84,00, contendo 15 produtos, deveria corresponder ao valor total de R\$1.260,00 e não poderia ter uma base de cálculo no valor de R\$5.310,48, como mencionado pelo fisco, além de outras falhas apontadas.

O Auditor Fiscal acata parte das alegações da defesa, elabora novo demonstrativo de débito, no formato Excel em mídia eletrônica, tendo em vista a extensão da planilha e reduz o débito exigido de R\$ 286.022,13 para R\$ 175.323,56, na infração 01; para efeito da antecipação tributária, os valores de ICMS foram corrigidos, contemplando as disposições do art. 61, RICMS/BA-97.

Diante de tais pressupostos e após a revisão do lançamento feito inicialmente, em cumprimento à diligência solicitada pelo órgão julgador, o fiscal elaborou novo demonstrativo de débito, relacionando as operações com mercadorias sob o regime de substituição tributária, procedidas as exclusões pertinentes, apurou o valor final de R\$ 175.323,56, acostando ao PAF o demonstrativo revisado, de forma parcial (fls. 175/180) e, de forma integral, na mídia eletrônica (CD), fl. 181. A exigência, em realidade, trata de recolhimento feito a menos, uma vez que foram abatidos os valores efetivamente recolhidos pelo autuado.

O presente feito já fora, inclusive, objeto de julgamento administrativo, em primeira grau (Acórdão JF 0164-01/13) e, na apreciação do respectivo Recurso Voluntário (Acórdão CJF nº 0115-11/14), fls. 226/231, foi reconhecida a nulidade daquele acórdão, tendo em vista que não foi considerada a irresignação do autuado que expressou sua discordância com o resultado da revisão retro aludida, arguindo que o demonstrativo correto consta do seu CD e importa R\$ 111.646,58, conforme petição acostada aos autos, fls. 189/193. Concluiu a decisão de segunda instância que o órgão julgador “a quo” exarou uma decisão em afronta ao direito de ampla defesa e ao contraditório, assegurados ao contribuinte, nos termos do art. 2º do RPAF/BA, motivo da nulidade dos autos.

O equívoco da decisão anulada foi declarar expressamente o silêncio do contribuinte diante da revisão fiscal, quando na realidade, o impugnante protocolou novas razões, insurgindo-se contra o resultado apresentado na diligência, aduzindo que o CD anexado aos autos representa a verdadeira situação da empresa, admitindo que o imposto a recolher deveria ser R\$ 111.646,58 e não o valor constante no demonstrativo fiscal, R\$ 175.323,56. Na mesma oportunidade, com relação à infração 02, diz que é falsa a acusação fiscal da falta de estorno do ICMS proporcional às suas saídas com redução de base de cálculo, aduzindo que trará aos autos, antes que se finde a oportunidade de defesa, a prova cabal do seu inconformismo.

Examinando as peças que compõem o processo verifico, antes, que a exigência encontra fundamento no art. 371, RICMS/BA ao prescrever que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado, no regime de substituição tributária, não havendo

convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS será devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com referidas mercadorias, no prazo do art. 125, II, “b”, RICMS/BA.

A base de cálculo da exigência do ICMS por antecipação tributária relativamente às operações interestaduais com CFOP 2409 – Transferências para comercialização em operações sujeitas ao regime de substituição tributária e CFOP2403 - Compras para comercialização em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, estão conforme as diversas hipóteses previstas no art. 61, do RICMS/BA, abaixo transcrito.

Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

I - o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente;

II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes, de acordo com o percentual previsto:

Inverossímil a alegação defensiva de erros no demonstrativo fiscal, arguindo a prevalência do relatório que construiu, apenso aos autos, em mídia de CD, fl. 114, totalizando R\$111.646,58, em detrimento daquele apurado na autuação, no valor de R\$ 175.323,56, também em mídia eletrônica (CD), fl. 181. Confrontando os dois demonstrativos constatei que o sujeito passivo incidiu em gravo equivocado no cálculo do valor da antecipação a ser paga, no presente PAF, em função das aquisições de mercadorias em regime de substituição tributária.

Sob a pretensão de atender ao quanto disposto no art. 61, RICMS/BA, que estabelece a base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, o sujeito passivo retirou do valor da mercadoria, inexplicavelmente, o valor do ICMS, que compõe a própria base de cálculo, aleijando os valores apurados e modificando o valor da operação.

Argumentou, em outro momento, o sujeito passivo, que verificou a existência de falhas, no demonstrativo fiscal, porque não foram considerados os dados dos meses de outubro e novembro de 2009. Não faz sentido. O período indicado pelo autuado foi excluído do demonstrativo fiscal (CD, fl. 181) e os valores remanescentes são os seguintes: R\$4.470,12 (setembro 09); R\$2.192,77 (dezembro 09); R\$3.716,96 (janeiro 10); R\$4.042,09 (fevereiro 2010); R\$ 3.575,12 (março 10); R\$8.096,74 (abril 10); R\$15.787,49 (junho 10); R\$22.803,73 (julho 10); R\$24.135,19 (agosto 10); R\$9.139,92 (setembro 10); R\$18.089,90 (outubro 10); R\$9.461,13 (novembro); R\$30.401,99 (janeiro 11); R\$15.448,09 (fevereiro 11) e R\$3.962,32 (março 11).

Diante da exposição retro mencionada, a exigência contida na infração 01 resta parcialmente caracterizada, no valor de R\$175.323,56.

A segunda infração repousa na falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, no valor de R\$ 246.528,44.

O Auditor Fiscal, responsável pela autuação, elaborou demonstrativo, discriminando cada operação de transferência interestadual (CFOP 2152) ou compra para comercialização (CFOP 2102) não identificadas no regime de substituição tributária, relacionada na infração anterior, sobre as quais não foi feito o estorno proporcional, conforme a indicação do art. 6º do Decreto 7.799/00, que impossibilita o crédito fiscal de ICMS em valores superiores a 10% ou a obrigatoriedade do estorno proporcional, quando este superar aquele percentual.

Sustenta o sujeito passivo, em sua peça de defesa, que em sua atividade econômica de comércio atacadista de alimentos em geral, as operações são efetuadas em obediência à legislação tributária e que nas operações de entrada interestaduais foi feito o crédito devido e o respectivo estorno, quando ocorreram as saídas com redução da base de cálculo.

Constato que não se encontra registrado na escrita fiscal do contribuinte, o estorno de crédito de ICMS, relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, no período relacionado à presente infração. Esta questão encontra-se pacificada na jurisprudência do CONSEF que tem decidido pelo estorno de crédito fiscal proporcional à redução da base de cálculo das saídas, matéria, objeto de apreciação, inclusive da Procuradoria do Estado - PGE/PROFIS, que entendeu conforme decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, que a redução de base de cálculo equivale à isenção parcial e, portanto, dentro da hipótese prevista para o estorno do crédito conforme a Lei Complementar do ICMS - LC 87/96.

Nessa quadra, além da lógica em que se insere a questão, o art. 100 do RICMS/BA, conforme citado pelo Auditor Fiscal, é efetivamente adequado à questão em lide:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

(...)

II - forem objeto de operação ou prestação subseqüente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

As disposições do Decreto 7.799/00, no que se refere ao estorno parcial dos créditos proporcionais às saídas com redução de base de cálculo do ICMS, têm aplicação sem restrições, cuja adesão que o contribuinte fez ao benefício, através de Termo de Acordo, é o próprio fundamento de validade do estorno exigido, na presente autuação. A Lei do ICMS do Estado da Bahia, nº 7.014/96, estabeleceu o mencionado procedimento, nos termos do art. 30, inciso I, considerando que a redução de base de cálculo equivale à isenção parcial. Posição que restou confirmada através da Lei nº 11.899/10, que acrescentou o § 8º ao art. 29 da Lei 7.014/96, esclarecendo que: *“quanto à utilização do crédito fiscal relativo à mercadoria entrada no estabelecimento, quando prevista redução de base de cálculo na operação ou prestação subseqüente com fixação expressa da carga tributária correspondente, deverá ser considerado como limite o percentual equivalente a esta carga”*.

Após os diversos momentos em que interveio nos autos, o sujeito passivo alegou que traria prova cabal do acerto de seu procedimento, o que não ocorreu; admitindo o acerto fiscal, na afirmação que efetuou o respectivo estorno, quando ocorreram as saídas com redução da base de cálculo.

Caracterizada, pois, a falta de estorno do ICMS, no valor de R\$ 246.528,44, constante do demonstrativo acostado aos autos, às fls. 21/50, além do demonstrativo em mídia eletrônica, também acostada aos autos, fl. 181, igualmente entregue ao contribuinte.

Em face do exposto, o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206880.0106/11-3**, lavrado contra **RIO VERMELHO DISTRIBUIDOR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$421.852,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2014

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR