

A. I. N° - 269191.0100/13-9
AUTUADO - V.S. DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO ARAÚJO MAGALHÃES
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 11/03/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0047-03/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** USO INDEVIDO. MERCADORIAS SUBMETIDAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Fato modificativo interposto. Produto submetido à tributação normal. Parecer nº 24.311/2011 da DITRI. Acolhimento das razões defensivas. Infração subsistente em parte. **b)** FALTA DE ESTORNO. DECRETO N° 7.799/00. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Deve ser estornado o crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Art. 100, inciso II, do RICMS/97. Infração caracterizada. **c)** BASE DE CÁLCULO. DECRETO N° 7.799/00. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. RECOLHIMENTO A MENOS. Alegações defensivas insuficientes para afastar a acusação fiscal. Infração caracterizada. **d)** ESTORNO DE DÉBITO. MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDA INTERESTADUAL. Lançamento eivado de vício formal. Incerteza da imposição estatal e falta de liquidez do lançamento. Art. 18, inciso IV, alínea "a", do RPAF/99. Infração nula. **e)** DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO. As mercadorias constantes do levantamento encontram-se submetidas ao regime de substituição tributária com encerramento da fase de tributação. Art. 9º, Parágrafo único, da Lei nº 7.014/96. Infração improcedente. Indeferimento do pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2013, para exigência de ICMS no valor total de R\$243.291,24, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1- 01.02.06 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária". Complementa o autuante que foi "confeccionado demonstrativo ANEXO N - Notas Fiscais com Itens - Crédito Indevido Substituição Tributária, o qual apura por documento fiscal da Escrituração Fiscal Digital os valores de crédito indevido para produtos sujeitos à substituição tributária, tendo sido abatido do crédito indevido os valores de estorno de crédito já considerado na apuração do ICMS do contribuinte e infração 04 - 01.05.03, do presente processo". Valor R\$8.595,10. Período: exercício de 2011. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - 03.02.05 - "Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base

de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas". Imputa o autuante que o contribuinte "aplicou indevidamente redução na base de cálculo 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento) na saída não destinada a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia. Valor R\$39.182,62. Meses de fev/10; abr/10; jul/10 a dez/10. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - 01.06.01 - "Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto". Consta como complemento "estorno do débito, de mercadoria sujeita a Substituição Tributária, com saída para outra unidade da Federação. ANEXO B - APURA CRÉDITO REFERENTE SAÍDAS PARA OUTRAS UF PRODUTOS COM ST TOTAL NA BAHIA (REFERENTE NOVA RETENÇÃO PARA O ESTADO DE DESTINO) - ART. 374, IV DO RICMS VIGENTE. Valor R\$134.558,85. Período: exercício de 2011. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - 01.05.03 - "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". Acrescenta o autuante que o contribuinte "utilizou crédito fiscal maior que 10% com produtos cuja saída se deu com redução da Base de Cálculo, conforme Decreto nº 7.799/2000, contrariando o art. 6º do referido Decreto. Exercício de 2010 - ANEXO E 2010 - ESTORNO DE CRÉDITO ANO 2010 (LIMITE CRÉDITO A CARGA TRIBUTÁRIA 10%). Exercício de 2011 - ANEXO E 2011 - APURAÇÃO DO ESTORNO DE CREDITO (LIMITE 10%). Valor R\$48.482,77. Meses de jan/10 a out/11. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 - 06.02.01 - "Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento". Consta como complemento "ANEXO D - Débito de Diferencial de Alíquota - Material de uso e consumo - Listas de notas/itens". Valor R\$12.471,90. Meses de abr/11; mai/11; ago/11; out/11 a dez/11. Multa de 60%.

Inicialmente, o autuado, em sua defesa tempestiva, às fls. 42/48, transcreve os fatos e apresenta os seguintes pontos controvertidos por infração lançada.

No que concerne à infração 1, refuta a acusação especificamente quanto ao tratamento tributário normal do produto denominado "CATALIZADOR P/ PRIMER", de NCM 2929.10.29, conforme orientação do Parecer Final nº 24.311, de 16/11/2011, fl. 49, além de afirmar a ausência de lógica do estorno de 2% do débito decorrente da operação de devolução originada de vendas e transferências interestaduais de produtos enquadrados na substituição tributária, CFOP 2.209 e 2.411. Menciona a juntada dos Anexos 1, 2, 3 e 4, para subsidiar seus argumentos.

Quanto à infração 2, reconhece em parte a acusação no total de R\$860,51. Afirma a redução da incidência tributária das operações fiscalizadas em cumprimento ao Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, além de mencionar a situação ativa dos destinatários das suas operações mercantis. Cita a juntada dos Anexos 5 e 6, para subsidiar seus argumento, além de transcrever o art.1º, §3º deste Decreto.

Ao transcrever os arts. 373 e 374, incisos I e IV, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, contesta a inclusão da alíquota de 17% nas operações para destinatários não contribuintes do ICMS, em virtude da não aplicação do Decreto nº 7.799/00. Não concorda, assim, com o demonstrativo elaborado pelo autuante relacionado com a infração 3. Menciona a juntada dos Anexos 7 e 8, para subsidiar seus argumentos.

Com relação à infração 4, afirmar ter juntado aos autos os Anexos 9 e 10 e esclarece que as operações de entrada não objeto de estorno, foram escrituradas com redução de base de cálculo, de forma a incidir a alíquota de 10%, além de constatar que o cálculo elaborado pelo autuante no demonstrativo ANEXO E 2010 não foi considerada a mencionada redução, apesar de estar disposto por CFOP.

Sobre a infração 5 a insurgência do sujeito passivo consiste na cobrança do diferencial de alíquota das operações constantes nas Notas Fiscais de nºs: 9, 228, 706, 4.423, 4.509 e 9.745

relacionadas com combustíveis para consumo dos veículos do autuado, diante do disposto no art. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96. No sentido da não incidência da mencionada cobrança, refuta os lançamentos relacionados com as Notas Fiscais de nºs: 31.449, 31.919, 97.062, 101.581 e 101.729, cujas operações são oriundas de unidades da Federação signatária do Protocolo ICMS 104, de 10 de agosto de 2009. Para subsidiar seus argumentos, registra a juntada dos Anexos 11 e 12.

Afirma que, através dos documentos juntados para fornecer suporte às razões defensivas, além da mídia eletrônica, é possível sinalizar os erros cometidos pelo autuante na ação fiscal.

Em face das inconsistências encontradas no levantamento fiscal, reconhece a redução do débito tributário para o valor original de R\$956,10. Caso não seja atendido, pede a conversão do feito em diligência fiscal para apurar as informações prestadas.

O autuante apresenta informação fiscal por irregularidade lançada, às fls. 225/231. Inicialmente, registra a impossibilidade de ter acesso ao conteúdo do arquivo magnético referente à impugnação e a não localização do arquivo denominado pelo sujeito passivo “*Anexo 5 – NOVO demonstrativo ANEXO I – Aplicação indevida do Decreto nº 7799/00*”, relativo à infração “02 - 03.02.05” mencionada na fl. 45 do PAF.

Ao abordar seu entendimento sobre a infração 01, afirma a obrigação de nova substituição tributária nas operações de devolução de produtos sujeitos a esse regime. Menciona que esta irregularidade consiste em apontar crédito indevido até o limite de 10%, posto que o estorno de 2% adicionais consiste na infração 04. Acolhe o argumento defensivo no sentido do Parecer Final nº 24.311, de 16/11/2011, para afastar a incidência da substituição tributária nas operações com o produto “CATALIZADOR P/ PRIMER”, de NCM 2929.10.29 e elabora o demonstrativo ANEXO N - Informação Fiscal, totalizando R\$7.950,78, conforme fls. 226/227.

A respeito da infração 2, menciona a impossibilidade de aferir o valor de R\$860,51, proposto pelo impugnante não só pela não localização do arquivo “*Anexo 5 – NOVO demonstrativo ANEXO I – Aplicação indevida do Decreto nº 7799/00*”, bem como o insuficiente teor probatório dos DANFE apresentados. Sugere, ao entender garantir o direito do contribuinte à defesa, ao PAF e ao encontro da verdade material, que o sujeito passivo apresente os demonstrativos alegados para elidir a mencionada infração no momento da sua manifestação.

No que concerne à infração 3, afirma a necessidade de identificar o regime tributário dos produtos comercializados tanto no Estado da Bahia, quanto na Unidade Federativa de destino, dada a inexistência de código NCM e de descrição plenamente capaz de verificar a situação tributária nos documentos fiscais do autuado. Assim, conclui pela impossibilidade de apresentar valor preciso, certo e líquido do débito do sujeito passivo e que a situação enseja o julgamento pelo CONSEF na forma prevista no regulamento processual vigente.

Quanto à infração 4, explica a metodologia para cumprir o disposto no art. 6º do Decreto nº 7799/00, tendo como base as informações contidas nos arquivos magnéticos entregues pelo contribuinte. Afirma que o relato do impugnante demonstra o erro por ele cometido, detectado pela fiscalização. Não acolhe o levantamento do sujeito passivo relativo ao exercício de 2010, pelo fato de o demonstrativo “*ANEXO E ESTONO DE CREDITO LIMETI DE 10% 2010*” não estar alinhado com a disposição regulamentar acima mencionada e relacionar documentos fiscais não correspondentes àqueles utilizados na fiscalização, existentes nos respectivos arquivos magnéticos, conforme fls. 10/13 do presente PAF. Menciona a ausência de impugnação em face do levantamento fiscal do exercício de 2011. Dessa forma, mantém a autuação.

No que diz respeito à infração 5, acolhe as razões defensivas e entende ser improcedente o respectivo lançamento, pois as operações elencadas nesta infração estão relacionadas a combustíveis ou submetidas a convênio ou protocolo, em que o Estado da Bahia é signatário, tendo como regime a substituição tributária.

Intimado, em 11/09/2014, através do recebimento do Aviso de Recebimento - AR, para ciência das

alterações promovidas pelo autuante, o sujeito passivo não produziu manifestação, fls. 225/228.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, com exceção aos lançamentos relativos à infração 3, por falta de elementos necessários à constituição do crédito tributário - ônus do autuante - acerca da certeza de que os respectivos NCM e descrições das operações discriminadas no levantamento fiscal estão contempladas na legislação tributária baiana para impor o regime de substituição tributária, da impossibilidade de aferir a liquidez da acusação, no que se refere à base de cálculo, além da inexistência de demonstrativos analíticos referente à planilha sintética da fl. 23 dos autos. Na vertente do Parecer nº 24.311/2011, de 16/11/2011, fl. 49, do relato do autuante ao prestar informação fiscal na fl.229 e dos fatos apresentados, julgo nula a respectiva imputação administrativa com base no art. 18, inciso IV, alínea "a", do RPAF/99.

Indefiro o pedido de diligência suscitado, pelo fato de a lide estar apta ao seu deslinde.

Assim, passo ao mérito das demais irregularidades lançadas.

No que concerne à infração 1, acolho o argumento defensivo sobre a tributação normal, ou seja, a não incidência do regime de substituição tributária ao produto "CATALIZADOR P/ PRIMER", de NCM 2929.10.29, conforme entendimento no Parecer Final nº 24.311, de 16/11/2011, fl. 49, também considerado pelo autuante ao elaborar novo demonstrativo constante das fls. 226/227. Dessa forma, resta subsistente em parte a mencionada infração no valor total de R\$7.950,78, na forma a seguir descrita.

Dt Ocorr	Dt Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/2011	09/02/2011	4.521,83	17,00	60,00	768,71
28/02/2011	09/03/2011	694,20	17,00	60,00	118,01
31/03/2011	09/04/2011	2.779,50	17,00	60,00	472,52
30/04/2011	09/05/2011	3.548,27	17,00	60,00	603,23
31/05/2011	09/06/2011	2.272,95	17,00	60,00	386,40
30/06/2011	09/07/2011	5.109,94	17,00	60,00	868,69
31/07/2011	09/08/2011	2.448,68	17,00	60,00	416,28
31/08/2011	09/09/2011	4.519,16	17,00	60,00	768,26
30/09/2011	09/10/2011	5.200,05	17,00	60,00	884,01
31/10/2011	09/11/2011	4.346,72	17,00	60,00	738,94
30/11/2011	09/12/2011	5.450,54	17,00	60,00	926,59
31/12/2011	09/01/2012	5.877,29	17,00	60,00	999,14
					TOTAL 7.950,78

A documentação apresentada pelo sujeito passivo não possui o condão de afastar a imputação descrita na infração 2, seja pela falta de impugnação específica dos lançamentos da autuação, de forma a apontar as operações destinadas a contribuintes inscritos no cadastro da SEFAZ/BA, seja pela constatação, no próprio demonstrativo do autuado, que as operações possuíam destino pessoa jurídica ou física com status de "isento" de inscrição estadual na SEFAZ/BA, fls. 51/53. O autuado, ao exercer o seu direito de defesa, conforme determina o art. 123 do RPAF, não demonstrou nos autos que os destinatários das mercadorias em questão, efetivamente são contribuintes do ICMS, ou seja, praticam operações ou prestações de serviços que constituam fatos geradores do ICMS, e estão inscritos no cadastro da SEFAZ/BA. Assim, mantenho a respectiva acusação fiscal nos termos do demonstrativo realizado pelo autuante nas fls. 29/32, no valor total de R\$39.182,62, com supedâneo no art. 1º do Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, decorrente da sua literalidade e no art. 111 do Código Tributário Nacional - CTN, em virtude da interpretação imposta, diante da exclusão do crédito tributário conferida pela redução de base de cálculo proposta por este Decreto. Infração caracterizada.

Quanto à infração 04, da análise da documentação acostada aos autos pelo impugnante, concluo serem insuficientes os argumentos defensivos para afastar ou modificar os lançamentos de ofício referentes aos meses de 2010. Enquanto o levantamento fiscal indica a aplicação do art. 6º do Decreto nº 7.799/00 por mês e CFOP, o sujeito passivo elabora demonstrativo, conforme planilha denominada "ANEXO E ESTONO DE CREDITO LIMETI DE 10% 2010", constante da mídia apresentada na fl. 223-A, na qual informa o imposto creditado, diferentemente da pretensão acusatória voltada à 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. A respeito dos lançamentos relativos ao exercício de 2011, registro que o sujeito passivo não apresentou impugnação. Assim, aplico o art. 140 do RPAF/99, para caracterizar a procedência da mencionada infração, com base no art. 100, inciso II, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, vigente à época dos fatos geradores imputados.

Os documentos juntados, às fls. 209/221, pelo impugnante são suficientes para elidir a pretensão fiscal, descrita na infração 5, tendo em vista o regime tributário de substituição tributária aplicável às operações interestaduais constantes do levantamento fiscal, reconhecido, inclusive, pelo autuante. Para as mencionadas operações ocorre o encerramento da fase de tributação, como dispõe o art. 9º, Parágrafo único, da Lei nº 7.014/96. Logo, é improcedente o lançamento.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$95.616,17, conforme demonstrativo abaixo, ao passo que recomendo a avaliação da renovação da ação fiscal relativa à infração 3 pelo órgão competente.

INFRAÇÃO	VALOR LANÇADO R\$	VALOR JULGADO R\$	RESULTADO
1	8.595,10	7.950,78	PROCEDENTE EM PARTE
2	39.182,62	39.182,62	PROCEDENTE
3	134.558,85	0,00	NULA
4	48.482,77	48.482,77	PROCEDENTE
5	12.471,90	0,00	IMPROCEDENTE
TOTAL	243.291,24	95.616,17	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269191.0100/13-9**, lavrado contra **V.S. DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$95.616,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, "a" e VII, alíneas "a" e "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2015.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA