

PROCESSO - A. I. N.º 281508.0006/15-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA. (DISTRIBUIDORA SÃO ROQUE)
RECORRIDOS - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA. (DISTRIBUIDORA SÃO ROQUE) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0148-05/16
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/06/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0172-12/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** FALTA DE ESTORNO. **I)** SAÍDAS ISENTAS. **II)** SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO; **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **I)** MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. **II)** BENS DO ATIVO. Acatadas as razões defensivas, após análise das provas documentais pelo próprio autuante. Infrações elididas. Mantida a Decisão; **c)** CRÉDITO SUPERIOR AO DETERMINADO PELA LEGISLAÇÃO. Trata-se de crédito outorgado na legislação do Estado de origem das mercadorias, regulamentadas em normas estaduais e, em consequência, com carga tributária aquém ao valor do imposto recolhido e destacado no documento fiscal, cujo crédito fiscal foi apropriado em sua inteireza pelo adquirente, visto que o recorrente não realizou o estorno da parte correspondente ao benefício fiscal, razão do lançamento de ofício em espécie. Razões recursais parcialmente acolhidas. Modificada a Decisão. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a satisfação da obrigação tributária relativa a alguns documentos fiscais. Modificada a Decisão. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. O conjunto probatório acostado é suficiente para comprovar tratar-se de vendas à contribuintes com situação cadastral irregular, sendo indevida a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7799/00. Razões recursais insuficientes à reforma da Decisão. Mantida a Decisão. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0148-05/16, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido, consoante art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$747.457,77, em razão da constatação de oito irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 1, 2, 4 e 6, e objeto do Recurso Voluntário as exações 3, 5 e 8, as quais são descritas a seguir:

Infração 1 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.786,70, relativo às mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, as quais “Refere-se a saídas de produtos da cesta básica”, nos meses de

fevereiro, março e maio de 2012.

Infração 2 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$636.211,65, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012. Consta que “Refere-se a utilização de crédito fiscal em percentual superior a 10% do valor da base de cálculo, contrariando o disposto no artigo 6º do Decreto 7799/2000.”

Infração 3 – Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$3.693,32, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias, regularmente escrituradas, para contribuintes com situação cadastral irregular (inapto, baixado, cancelado), com redução na base de cálculo prevista no artigo 6º do Decreto 7799/2000, nos meses de março a julho, novembro e dezembro de 2011.

Infração 4 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$5.308,15, referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de outubro e dezembro/2012.

Infração 5 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$46.841,75, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos, no mês de dezembro/2012. Consta que “Trata-se da utilização de créditos do ICMS, nas aquisições de mercadorias para comercialização, oriundas dos Estados de Goiás, Espírito Santo, Minas Gerais e Paraíba, sem observância dos limites de créditos fixados pelo Decreto 14.213, de 22 de novembro de 2012.”

Infração 6 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$3.475,43, referente às mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de novembro/2012. Consta que “Trata-se da utilização de créditos do ICMS, referentes a aquisições de cartazes promocionais, mostruários (display), totens, folhetos, isto é, materiais de divulgação e não produtos comercializados pelo contribuinte.”

Infração 8 – Deixou de recolher ICMS retido, no valor de R\$40.727,10, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas e subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes não inscritos no cadastro de contribuinte da SEFAZ, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, contrariando o disposto no inciso I do art. 353 do RICMS.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$100.675,84, após rejeitar a preliminar de nulidade, indeferir o pedido de perícia técnica, diante dos seguintes entendimentos:

Quanto à infração 1, a JJF concluiu que ficou provado pelo exame dos documentos fiscais acostados pela defesa, inclusive com o reconhecimento do autuante, que as mercadorias foram objeto de devolução. Item improcedente.

Inerente à infração 2, também o autuante reconheceu que “Mais uma vez tem razão o contribuinte, pois confrontando as notas fiscais juntadas às folhas 572/593 com a escrituração fiscal, constata-se que os créditos utilizados estão na conformidade do artigo 6º do Decreto 7799/2000...”. Assim, a JJF concluiu ser improcedente a infração 2.

No tocante à infração 3, a JJF concluiu pela procedência da exação sob a seguinte fundamentação:

“De fato, o autuante tem razão, pois examinando o extrato da situação cadastral da empresa “Gilmar Ferreira da Silva”, à folha 36 (citada pela autuada e pelo autuante), observo que este contribuinte esteve inativo no período de 03/03/2011 a 09/11/2011, conforme histórico lá registrado. Cotejando essa informação com o demonstrativo de débito correspondente (folhas 351 a 360), é possível concluir que somente foram autuadas as operações destinadas à empresa citada nos meses de março e junho de 2011 (vide folhas 351 e 353), não havendo registro de autuação nos meses de novembro e dezembro de 2011. Tal se dá, também, para os demais contribuintes inativos citados”.

Em relação à infração 4, a JJF concluiu que ficou provado pelo exame dos documentos fiscais acostados pela defesa, inclusive com o reconhecimento do autuante, que as mercadorias foram objeto de devolução, não devendo prosperar a autuação. Item improcedente.

No que diz respeito à infração 5 a JJF concluiu como subsistente a exação, uma vez que não assiste razão ao sujeito passivo quanto às alegações de que:

1. o Decreto nº 12.213/12 somente se aplicaria a produtos industrializados, pois o art. 1º definiu claramente que o propósito da norma é excluir o creditamento em relação a benefícios fiscais não autorizados;
2. nem todos os vendedores possuem benefício fiscal no Estado de origem, pois os critérios

materiais para limitação do crédito são dois: o tipo de mercadorias e a unidade federativa de origem, logo não há qualquer condicionante à pessoa jurídica beneficiada, sendo indiferente quem seja o vendedor para a previsão normativa de limitação do crédito no destino;

- há diversas mercadorias não especificadas no aludido Decreto, faz-se necessário que o sujeito passivo especifique a sua contestação, apontando os documentos e as mercadorias que no seu entendimento, não foram contempladas na limitação do crédito.

Na infração 6, a JJF concluiu que ficou provado pelo exame dos documentos fiscais acostados pela defesa, inclusive com o reconhecimento do autuante, que as mercadorias foram objeto de devolução, não devendo prosperar a autuação. Item improcedente.

No que tange à infração 8, a JJF concluiu pela procedência da exação sob a seguinte fundamentação:

“Examinando os documentos anexados pela defesa, é possível notar que as notas fiscais citadas no DAE à folha 679 não figuraram no demonstrativo de débito do auto de infração, não assistindo razão ao sujeito passivo. Ademais, a defesa se limita a citar 12 documentos (que não constam do levantamento), como bem frisou o autuante, deixando de se manifestar, especificamente, em relação a todos os demais, que se traduzem na totalidade do lançamento. Não erigiu argumentos capazes, assim, de elidir o presente lançamento. A Infração 08 é procedente”.

Assim, a JJF concluiu pela procedência parcial do Auto de Infração no montante de R\$100.675,84, recorrendo de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 814 a 832 dos autos, o recorrente apresenta as seguintes alegações:

Em relação à infração 3, o recorrente destaca que realizou um levantamento junto ao Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia e verificou que o CNPJ listado como inativo, baixado ou cancelado, de fato, está ativo, conforme extrato já anexado aos autos, quando da realização da impugnação.

Aduz, ainda, que existem clientes que somente estiveram na condição de BAIXADOS ou INAPTOS, após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, conforme a saber:

CNPJ	RAZÃO	SITUAÇÃO	DATA DA SITUAÇÃO
11.673.537/0001-39	CM COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA	INAPTO	13.07.2011
13.285.078/0001-41	COMERCIAL FRAGA MAIA LTDA	INAPTO	06.07.2011
09.477.643/0001-03	O C BRANDÃO ME	BAIXADO	12.03.2013
05.473.795/0001-79	LUCIMAR ARAUJO BARRETO ME	INAPTO	19.06.2011
32.693.657/0001-78	RADIO SUBAE LTDA	BAIXADO	31.10.2011
07.114.699/0050-48	INSTITUIÇÃO ADVENTISTA NORDESTE BRASILEIRA	BAIXADO	31.10.2011

Aduz que, por hipótese, ainda que todas as empresas elencadas pela fiscalização estivessem não inscritas, inaptas ou baixadas, caberia ao Estado, à época, assim como ocorre atualmente, informar tais situações e bloquear a emissão da nota fiscal, de forma a proporcionar ao substituto a ferramenta capaz de reconhecer a existência de empresas na situação em que a venda sem a retenção do ICMS não seria possível, haja vista que o recorrente é um atacadista e seus clientes realizam compras diretamente no caixa, razão de não concordar com a afirmação da JJF de que *"o sujeito passivo estava obrigado a conhecer a situação cadastral das pessoas com quem mantém relação comercial"*. Assim, nesta hipótese, em decorrência da culpa concorrente, o recorrente defende que deveria ser excluída a multa pelo descumprimento da obrigação principal.

Assim, com relação à infração 3, entende que deve ser excluído do lançamento as vendas realizadas a contribuintes ativos e aqueles que somente após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária tiveram configuradas as suas condições de baixados, inaptos ou inativos ou, alternativamente, excluída a multa em decorrência da culpa concorrente do Estado da Bahia.

Inerente à infração 5, o recorrente alega que a decisão de primeira instância entendeu que todas as mercadorias oriundas dos Estados de Goiás, Espírito Santo, Minas Gerais e Paraíba deveriam observar os limites fixados pelo Decreto 14.213/2012.

Contudo, o parágrafo único do artigo 2º do citado Decreto é explícito ao afirmar que o contribuinte poderá se apropriar do valor do crédito fiscal destacado no documento fiscal e **proceder ao**

estorno da parte correspondente ao benefício fiscal, mantendo apenas a parte do crédito efetivamente cobrado na unidade federada de origem.

Por óbvio, quando não existir benefício fiscal, tais obrigações não devam ocorrer, inclusive o estorno da parte correspondente ao benefício, caso este não exista. De mais a mais, o anexo único do dito Decreto é explícito ao afirmar que as reduções não dizem respeito aos produtos industrializados.

Aduz que, no caso, primeiramente, o fisco partiu da *presunção* de que todos os vendedores domiciliados nos Estados de Goiás, Espírito Santo, Minas Gerais e Paraíba gozariam de benefícios fiscais e que o recorrente não realizou o estorno da parte correspondente àquele suposto benefício.

Contudo, diz que nem todos os vendedores provenientes daquelas unidades federativas possuem benefícios fiscais, conforme declarações dos próprios emitentes das notas fiscais, anexas à impugnação, como também diversos dos produtos elencados nesta infração não estão especificados no anexo único do referido Decreto, além de que são de fabricação própria (CFOP 6.101), exceto os produtos com CFOP 6.102. Logo, descabe a afirmação da Decisão recorrida de que os produtos não foram especificados, pois, foram sim, já que são todos aqueles que têm o código CFOP 6.101 (FABRICAÇÃO PRÓPRIA) e, em consequência, são produtos industrializados e, por isto, não poderia ter qualquer crédito, estando incorreta a autuação.

Sendo assim, tal crédito somente poderá ser limitado para produtos e empresas que possuem protocolos ou algum convênio com os Estados de origem e, como visto, existem várias empresas que venderam ao recorrente e não possuem qualquer benefício junto aos seus Estados, além de produtos que não são beneficiados pelas reduções do ICMS. Desta forma, o sujeito passivo defende que deve ser utilizado, efetivamente, o crédito destacado na nota fiscal, devendo ser a infração anulada para apuração posterior de quais vendedores e produtos, efetivamente, possuem benefícios fiscais, pois se trata de *presunção relativa*, refutada pela impugnante.

Quanto à infração 8, o recorrente afirma que recolheu todo o ICMS retido aos cofres públicos do Estado da Bahia e anexou os comprovantes, quando da apresentação da impugnação, os quais comprovam que recolheu, no exercício de 2011, os DAE nas datas e nos valores estipulados, relativos às notas fiscais em que atuou como substituto tributário, mais uma vez exigidos, cujas provas não foram valoradas, pois as notas fiscais citadas figuram no demonstrativo de débito da infração, ensejando em enriquecimento ilícito do ente tributante, prática que deve ser vetada por este CONSEF.

Em decorrência do reexame necessário das infrações 1, 2, 4 e 6, “anuladas” pela 5ª JF, o recorrente passa a demonstrar a correção da Decisão de primeira instância, em relação às citadas exações.

Por fim, o recorrente requer o provimento do Recurso Voluntário para reconsiderando a Decisão da JF:

- a) Seja PARCIALMENTE ANULADA a infração 3, sendo excluída do lançamento os contribuintes ATIVOS e aqueles que foram declarados inaptos, baixados ou inativos após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou a multa, após declaração de culpa concorrente do Estado da Bahia;
- b) Seja INTEIRAMENTE ANULADA a infração 5, uma vez que, a *presunção* de que todas as empresas e produtos comercializados oriundos dos Estados de Goiás, Espírito Santo, Minas Gerais e Paraíba gozam de benefícios fiscais foi inteiramente refutada nos autos, sendo que caberia ao fiscal constatar quais contribuintes fariam uso de tal benefício para proceder a autuação, inclusive excluindo os produtos provenientes de indústrias, não abarcados pelo Decreto 14.213;
- c) Seja INTEIRAMENTE ANULADA a infração 8, uma vez que, em verdade, o recorrente não deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, tendo devidamente comprovado todos os recolhimentos efetuados aos cofres públicos do Estado da Bahia;

- d) Em sede de reexame necessário, seja confirmada a anulação das infrações 1, 2, 4 e 6;
- e) Por fim, requer que as intimações, relativas ao presente processo, sejam realizadas em nome de LÍCIO BASTOS SILVA NETO, OAB/BA 17.392, com endereço profissional na Rua Frederico Simões, 125, Ed. Liz Empresarial, sala 601 – Caminho das Árvores, Salvador (BA), sob pena de nulidade processual.

Na assentada do julgamento o Conselheiro Luiz Alberto de Amaral Oliveira, nos termos do art. 40, §§ 1º e 3º, do Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, se declara impedido da análise do processo, por ter participado do julgamento em instância inferior.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo dos débitos exigidos nas infrações 1, 2, 4 e 6 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, em relação às infrações 3, 5 e 8, do Auto de Infração, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

De início, quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos originais foram revisados e reformados pelo próprio autuante, em decorrência das razões de defesa apresentadas, cujas alegações do sujeito passivo foram também acolhidas pelo órgão julgador, de cujo resultado comungo, tendo em vista as provas documentais examinadas nos autos pelo autuante, o qual reconheceu que as mercadorias, objeto das operações inerentes às infrações 1, 4 e 6, foram objeto de devolução, sendo improcedentes as aludidas exações.

Já em relação à infração 2, a exoneração decorreu do reconhecimento do preposto fiscal de que:

“... confrontando as notas fiscais juntadas às folhas 572/593 com a escrituração fiscal, constata-se que os créditos utilizados estão na conformidade do artigo 6º do Decreto 7799/2000. Na verdade ao elaborar a escrituração fiscal, o contribuinte lançou no campo destinado à base de cálculo do ICMS, valores diversos dos que constam nas notas fiscais, mas que não causaram prejuízos ao fisco, visto que, ao aplicar as alíquotas de origem sobre tais valores, os créditos apropriados se adequaram aos valores previstos no Decreto 7799/2000.”

Assim, entendo correta a Decisão e não dou provimento ao Recurso de Ofício.

Inerente às razões do Recurso Voluntário, inicialmente, quanto ao pedido de que as intimações sejam efetuadas em nome de seu representante legal, sob pena de nulidade processual, há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores. Sendo assim, em que pese ser recomendável o atendimento do pleito, a falta de intimação ao representante legal não implicará na nulidade processual, desde que as intimações do autuado acerca do processo sejam feitas em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

No mérito, quanto à infração 3, o recorrente sustenta que deve ser excluído do lançamento as vendas realizadas a contribuintes ativos e aqueles que somente após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária tiveram configuradas as suas condições de baixados, inaptos ou inativos ou, alternativamente, excluída a multa em decorrência da culpa concorrente do Estado da Bahia.

Da análise das aludidas razões recursais verifica-se que o conjunto probatório acostado, às fls. 21 a 36 dos autos, é suficiente para comprovar a infração imputada no presente lançamento de ofício, conforme demonstrativo às fls. 351 a 360, não tendo o recorrente se desincumbido de fazer prova contrária às conclusões oriundas da autuação fiscal, cingindo-se o Recurso Voluntário a repetir as alegações expostas na defesa, já devidamente analisadas e refutadas pela JJF, não trazendo quaisquer novos argumentos fáticos ou jurídicos capazes de elidir as infrações a ele imputadas, uma vez que:

1. A responsabilidade do contribuinte em averiguar a situação cadastral daqueles com quem

comercializa encontrava-se prevista, à época, no art. 142, I, do RICMS/97, podendo ainda confirmar as informações a ele apresentadas no DIE no site da SEFAZ (art. 178 e 179 do RICMS), não sendo possível, assim, alegar o desconhecimento dessas informações para se eximir das infrações a ele ora imputadas ou atribuir culpa concorrente ao Estado da Bahia, logo, em consequência, impertinente o pleito para exclusão da multa aplicada ao caso concreto.

2. Ressalte-se que, à época, além da obrigação de se exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE), tais processos de inaptidão da inscrição cadastral eram precedidos de intimação por edital publicada no Diário Oficial do Estado, demonstrando a publicidade dos atos administrativos, quando ficasse comprovado, através de diligência fiscal, que o contribuinte não mais exercia atividade no endereço cadastrado, consoante previa o art. 171, I, do RICMS/97, a exemplo da empresa CM COMERCIAL DE ALIMENTOS.
3. Conforme já analisado na decisão de piso, as operações, objeto da exigência fiscal, foram efetivadas após as devidas publicações de editais de intimação para inaptidão, marco inicial para comprovar a condição da situação cadastral irregular do contribuinte, salvo se regularizada a pendência cadastral, o que não ocorreu. Sendo assim, os extratos de folhas 21 a 36 dos autos comprovam a correção da exação fiscal, uma vez comprovada a irregularidade da situação cadastral dos adquirentes das mercadorias comercializadas pelo recorrente e, em consequência, a inviabilidade da aplicação para redução da base de cálculo do imposto, previsto no art. 6º do Decreto nº 7799/2000, conforme a seguir:

CNPJ/CPF	RAZÃO	SITUAÇÃO	DT/SITUAÇÃO	EXIGÊNCIA	EDITAL/ FL. PAF
11.673.537/0001-39	CM COML DE ALIMENTOS LTDA	INT. P/ INAPT.	15.06.2011	JUL/2011	23/2011; FL. 21
13.285.078/0001-41	COMERCIAL FRAGA MAIA LTDA	INT. P/ INAPT.	08.06.2011	JUL/2011	22/2011; FL. 23
09.477.643/0001-03	O C BRANDÃO ME	INAPTO	13.07.2011	AGO/2011	FL. 25
05.473.795/0001-79	LUCIMAR ARAUJO BARRETO ME	INAPTO	29.06.2011	AGO/2011	22/2011; FL. 26
32.693.657/0001-78	RADIO SUBAE LTDA	INAPTO	20.01.1988	DEZ/2011	02/1998; FL. 32
07.114.699/0050-48	INST. ADVENT. NE BRASILEIRA	BAIXADO	31.10.2011	NOV/2011	01/2011; FL. 29
08.415.917/0001-69	GILMAR FERREIRA DA SILVA	INT. P/ INAPT.	02.02.2011	MAR/2011	FL. 36
11.373.884/0001-46	VALDIMIRO M. COSTA JUNIOR	INAPTO	30.03.2011	ABR/2011	11/2011; FL. 34
015.813.785/05	TEODORO ALVES DOS SANTOS	BAIXADO	01.01.2010	DEZ/2011	04/2010; FL. 30

Exigência subsistente. Mantida a Decisão.

Inerente à infração 5, na qual se exige o valor de R\$46.841,75 sob a acusação de crédito indevido de ICMS, nas aquisições de mercadorias oriundas dos Estados de Goiás, Espírito Santo, Minas Gerais e Paraíba, sem observância dos limites de créditos fixados pelo Decreto nº 14.213/2012, o recorrente alega que:

1. a JJF entendeu que todas as mercadorias oriundas dos citados Estados deveriam observar os limites fixados pelo aludido Decreto nº 14.213/2012;
2. o art. 2º, § único, do Decreto é explícito ao afirmar que o contribuinte poderá se apropriar do valor do crédito destacado no documento fiscal e proceder ao estorno da parte correspondente ao benefício fiscal, mantendo apenas a parte do crédito efetivamente cobrado na unidade federada de origem;
3. por óbvio, quando não existir benefício fiscal, tais obrigações não devam ocorrer, inclusive o estorno da parte correspondente ao benefício, caso este não exista;
4. o anexo único do dito Decreto é explícito ao afirmar que as reduções não dizem respeito aos produtos industrializados;
5. o fisco partiu da *presunção* de que todos os vendedores domiciliados nos citados Estados gozariam de benefícios fiscais e que o recorrente não realizou o estorno da parte correspondente àquele suposto benefício;
6. nem todos os vendedores provenientes daquelas unidades federativas possuem benefícios fiscais, conforme declarações dos próprios emitentes das notas fiscais, anexas à impugnação, como também diversos dos produtos elencados nesta infração não estão especificados no anexo único do referido Decreto, além de que são de fabricação própria (CFOP 6.101), exceto os produtos com CFOP 6.102;

7. tal crédito somente poderá ser limitado para produtos e empresas que possuem protocolos ou algum convênio com os Estados de origem e, como visto, existem várias empresas que venderam ao recorrente e não possuem qualquer benefício junto aos seus Estados, além de produtos que não são beneficiados pelas reduções do ICMS.
8. deve ser utilizado, efetivamente, o crédito destacado na nota fiscal, devendo ser a infração anulada para apuração posterior de quais vendedores e produtos, efetivamente, possuem benefícios fiscais, pois se trata de presunção relativa, refutada pela impugnante.

Da análise da acusação e do levantamento fiscal (fls. 497/507), verifica-se que a infração 5 gira em torno da aplicação do Decreto nº 14.213/12, que veda ao contribuinte adquirente estabelecido no Estado da Bahia a utilização do total de crédito destacado na nota fiscal relativamente às mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado por convênio ou protocolo, permitindo apenas o limite de crédito indicado no seu Anexo Único, conforme a seguir:

Art. 1º Fica vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

§ 1º O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto.

É importante esclarecer que as limitações ao direito de crédito em relação às operações isentas ou com não-incidência, criadas pela própria Constituição Federal, têm a clara finalidade de garantir a efetividade do princípio da não-cumulatividade, impedindo que o contribuinte utilize um crédito que, em verdade, não existe, já que a operação anterior não gerou pagamento do ICMS. Registre-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a redução de base de cálculo representa espécie de isenção fiscal parcial, admitindo, por conseguinte, o estorno proporcional do crédito de ICMS.

Se tratando de operações interestaduais, como no caso, a vedação à utilização do crédito se torna ainda mais relevante, pois se não houvesse qualquer limitação, o Estado destinatário seria obrigado a assumir o ônus do benefício fiscal oferecido pelo Estado remetente.

Dito isto, passo a enfrentar as alegações recursais, acima relacionadas, conforme a seguir:

No aludido Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, às fls. 659 a 661 dos autos, consta o tipo da mercadoria, o benefício concedido, a legislação do Estado de origem que o concede e, por fim, o crédito permitido neste Estado da Bahia em função do efetivo pagamento do ICMS pelo fornecedor em respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto.

Portanto, não se trata de presunção de benefícios fiscais, como alega o recorrente, mas de efetivo crédito outorgado pela legislação do Estado de origem das mercadorias, específicas e regulamentadas em normas estaduais e, em consequência, com carga tributária aquém ao valor do imposto destacado no documento fiscal, cujo crédito fiscal foi apropriado em sua inteireza pelo adquirente, visto que o recorrente não realizou o estorno da parte correspondente ao benefício fiscal, razão do lançamento de ofício em espécie, com base no demonstrativo, às fls. 497 a 507 dos autos.

Quanto aos documentos relativos às empresas GS Internacional S.A., Goiás Minas Indústria de Laticínios Ltda, Arcos Comércio Importação Ltda. e Goiás Verde Alimentos Ltda., às fls. 667 a 674, há de esclarecer:

1. A simples declaração de supostos prepostos da empresa GS Internacional S.A. (ES) de “... *que não é beneficiária do que trata o Artigo 530 L-R-B, Seção XI-B do RICMS/ES (Operações Realizadas por Estabelecimento Comercial Atacadista), por ser inscrita no FUNDAPE (Fundo para Desenvolvimento das Atividades Portuárias – Lei nº 2.508/70)*” e que recolhe o valor destacado no documento fiscal ao Estado de origem, não é prova que venha destituir a acusação fiscal, salvo se ratificada pela SEFAZ/ES;
2. A Goiás Minas Indústria de Laticínios Ltda., conforme consulta no SINTEGRA, é uma empresa com atividade principal fabril, porém, secundária de comércio atacadista de leite e laticínios,

cujas condições usufrui do benefício fiscal do crédito outorgado na origem de 3% sobre o valor da operação, consoante art. 11, III, do Anexo IX do RICMS/GO, em que pese o destaque do ICMS no documento fiscal de 12%, implicando no limite de crédito admitido no item 1.12 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12 de 9%, como apurado acertadamente no levantamento fiscal;

3. A Arcos Comércio Importação Ltda., conforme consulta no SINTEGRA, é uma empresa com atividade fabril e, portanto, não se enquadra no item “1.12” do Anexo Único do Decreto 14.213/12, devendo ser excluído do demonstrativo fiscal (fls. 497/507) o valor exigido de R\$1.300,00, relativo às Notas Fiscais de nºs: 109463 e 109464;
4. A Goiás Verde Alimentos Ltda. conforme consulta no SINTEGRA, é uma empresa com atividade fabril e, portanto, não se enquadra no item “1.12” do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, devendo ser excluído do demonstrativo fiscal (fls. 497/507) o valor exigido de R\$559,82, relativo à Nota Fiscal nº 84800;

Diante de tais considerações, concluo como subsistente em parte a quinta infração, no valor R\$44.981,93.

Quanto à infração 8, o recorrente afirma que recolheu todo o ICMS retido aos cofres do Estado da Bahia e que anexou os comprovantes (DAE às fls. 679 a 704), quando da apresentação da impugnação, relativos às notas fiscais em que atuou como substituto tributário no exercício de 2011.

Da análise dos citados DAE verifica-se que nos mesmos constam arrolados os números dos documentos fiscais aos quais se referem os recolhimentos do “ICMS CONTRIBUINTE SUBSTITUTO DO ESTADO”, sob código de receita “1006”.

Contudo, cotejando tais séries numéricas com os documentos fiscais arrolados no levantamento fiscal “*ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NÃO RETIDO NAS VENDAS DE MERCADORIAS PARA CONTRIBUINTE NÃO CADASTRADOS NA SEFAZ*”, às fls. 130 a 350 dos autos, observa-se que:

- no DAE relativo à competência de janeiro de 2011 (fl. 679) apenas a Nota Fiscal de nº 295019 compreende do valor recolhido através do DAE e que, indevidamente, configura do levantamento fiscal inerente ao mês de janeiro/2011. As demais notas fiscais arroladas no aludido DAE, cuja retenção foi recolhida, não constam no levantamento fiscal, logo, tais recolhimentos não servem para elidir a exação.

Assim, do valor exigido a título de ICMS retido e não recolhido de R\$2.938,88, relativo ao mês de janeiro de 2011, conforme levantamento fiscal às fls. 130 a 147 dos autos, deve-se excluir os valores relativos à Nota Fiscal nº 295019, por restar comprovado o recolhimento do imposto a ela relativa, remanescendo o valor exigido de R\$2.698,15;

- no DAE relativo à competência de abril de 2011 (fl. 700) apenas a Nota Fiscal de nº 343991 compreende do valor recolhido através do DAE e que, indevidamente, configura do levantamento fiscal inerente ao mês de abril/2011. As demais notas fiscais arroladas no aludido DAE, cuja retenção foi recolhida, não constam no levantamento fiscal, logo, tais recolhimentos não servem para elidir a exação.

Assim, do valor exigido a título de ICMS retido e não recolhido de R\$1.722,14, relativo ao mês de abril de 2011, conforme levantamento fiscal às fls. 193 a 201 dos autos, deve-se excluir os valores relativos à Nota Fiscal nº 343991, por restar comprovado o recolhimento do imposto a ela relativa, remanescendo o valor exigido de R\$1.673,53;

- no DAE relativo à competência de junho de 2011 (fl. 701) apenas a Nota Fiscal de nº 390716 compreende do valor recolhido através do DAE e que, indevidamente, configura do levantamento fiscal inerente ao mês de junho/2011. As demais notas fiscais arroladas no aludido DAE, cuja retenção foi recolhida, não constam no levantamento fiscal, logo, tais recolhimentos não servem para elidir a exação.

Assim, do valor exigido a título de ICMS retido e não recolhido de R\$4.104,27, relativo ao mês de junho de 2011, conforme levantamento fiscal às fls. 220 a 249 dos autos, deve-se excluir os

valores relativos à Nota Fiscal nº 390716, por restar comprovado o recolhimento do imposto a ela relativa, remanescendo o valor exigido de R\$4.035,61;

- no DAE relativo à competência de agosto de 2011 (fl. 702) apenas a Nota Fiscal de nº 411599 compreende do valor recolhido através do DAE e que, indevidamente, configura do levantamento fiscal inerente ao mês de agosto/2011. As demais notas fiscais arroladas no aludido DAE, cuja retenção foi recolhida, não constam no levantamento fiscal, logo, tais recolhimentos não servem para elidir a exação.

Assim, do valor exigido a título de ICMS retido e não recolhido de R\$3.484,20, relativo ao mês de agosto de 2011, conforme levantamento fiscal às fls. 264 a 283 dos autos, deve-se excluir os valores relativos à Nota Fiscal nº 411599, por restar comprovado o recolhimento do imposto a ela relativa, remanescendo o valor exigido de R\$2.411,40;

- no DAE relativo à competência de setembro/2011 (fl. 703) apenas a Nota Fiscal de nº 431231 compreende do valor recolhido através do DAE e que, indevidamente, configura do levantamento fiscal inerente a setembro/2011. As demais notas fiscais arroladas no aludido DAE, cuja retenção foi recolhida, não constam no levantamento fiscal, logo, tais recolhimentos não servem para elidir a exação.

Assim, do valor exigido a título de ICMS retido e não recolhido de R\$4.012,27, relativo a setembro/2011, conforme levantamento fiscal às fls. 283 a 299 dos autos, deve-se excluir os valores relativos à Nota Fiscal nº 431231, por restar comprovado o recolhimento do imposto a ela relativa, remanescendo o valor exigido de R\$3.970,93;

- no DAE relativo à competência de outubro/2011 (fl. 703) apenas a Nota Fiscal de nº 447199 compreende do valor recolhido através do DAE e que, indevidamente, configura do levantamento fiscal inerente a outubro/2011. As demais notas fiscais arroladas no aludido DAE, cuja retenção foi recolhida, não constam no levantamento fiscal, logo, tais recolhimentos não servem para elidir a exação.

Assim, do valor exigido a título de ICMS retido e não recolhido de R\$6.839,53, relativo a outubro/2011, conforme levantamento fiscal às fls. 299 a 317 dos autos, deve-se excluir os valores relativos à Nota Fiscal nº 447199, por restar comprovado o recolhimento do imposto a ela relativa, remanescendo o valor exigido de R\$6.347,08;

- nos DAE relativo às competências de fevereiro, março, maio, julho, novembro e dezembro de 2011 as notas fiscais arroladas nos aludidos DAE, cuja retenção foi recolhida, não constam no levantamento fiscal, logo, tais recolhimentos não servem para elidir a exação.

Assim, diante destas considerações e das provas documentais, dou provimento parcial ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, quanto à infração 8, a qual subsiste parcialmente no valor de R\$38.762,52, conforme a seguir demonstrado:

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 8			
DT Ocorr.	DT Vencmtº	ICMS AI	ICMS CJF
31/01/2011	09/02/2011	2.938,88	2.698,15
28/02/2011	09/03/2011	2.533,48	2.533,48
31/03/2011	09/04/2011	2.738,99	2.738,99
30/04/2011	09/05/2011	1.722,14	1.673,53
31/05/2011	09/06/2011	3.582,38	3.582,38
30/06/2011	09/07/2011	4.104,27	4.035,61
31/07/2011	09/08/2011	2.410,89	2.410,89
31/08/2011	09/09/2011	3.484,20	2.411,40
30/09/2011	09/10/2011	4.012,27	3.970,93
31/10/2011	09/11/2011	6.839,53	6.347,08
30/11/2011	09/12/2011	3.262,88	3.262,88
31/12/2011	09/01/2012	3.097,19	3.097,19
Totais:		40.727,10	38.762,51

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração Procedente em

Parte no valor de R\$96.851,43, após redução da infração 8.

VOTO DIVERGENTE (Infração 5)

Peço a devida vênia para discordar do i. Presidente/Relator quanto ao seu posicionamento em relação à Infração 5, quando o mesmo alega que “A Goiás Minas Indústria de Laticínios Ltda., conforme consulta no SINTEGRA, é uma empresa com atividade principal fabril, porém, secundária de comércio atacadista de leite e laticínios, cuja condição usufrui do benefício fiscal do crédito outorgado na origem de 3% sobre o valor da operação, consoante art. 11, III, do Anexo IX do RICMS/GO, em que pese o destaque do ICMS no documento fiscal de 12%, implicando no limite de crédito admitido no item 1.12 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12 de 9%, como apurado acertadamente no levantamento fiscal”.

Em que pese compactuar com todos os outros argumentos aqui não replicados, não posso manter a mesma decisão quanto as notas fiscais da Goiás Minas Indústria de Laticínios Ltda., pois pela natureza da operação fiscal (venda de produção do estabelecimento), bem como pelo CFOP (6.101) informados, resta claro a ideia de que as mercadorias ali arroladas foram industrializadas pelo estabelecimento e não adquiridas de terceiros e revendidas para a autuada.

O Decreto Estadual nº 14.213/12 estabeleceu vedações de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo e dentre os estados relacionados em seu anexo único, está o estado de Minas Gerais (estado aonde se localiza a Goiás Minas Indústria de Laticínios Ltda.).

Todavia, conforme as mercadorias listadas e os benefícios oferecidos pelo Estado Mineiro, nada se relaciona com as mercadorias **produzidas** no estabelecimento fornecedor da autuada. Os créditos permitidos segundo o autuante eram de 3% aplicável sobre a base de cálculo, o que leva ao entendimento de que foi utilizado como prerrogativa à venda de mercadorias por estabelecimento atacadista “item 2.1”, abaixo reproduzido, porém o que não ficou caracterizado nessa operação, conforme explanado.

2. - MINAS GERAIS			
ITEM	MERCADORIA	BENEFÍCIO	CRÉDITO ADMITIDO
2.1	Mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista.	Crédito presumido, de modo que a carga tributária, nas operações de saída promovidas pelo contribuinte, resulte em no mínimo 3% - Art. 75, XIV, “a” do RICMS/MG.	3% sobre a base de cálculo
2.2	Peixe, inclusive alevino, e de produtos comestíveis resultantes do seu processamento, em estado natural, ainda que resfriados ou congelados, bem como defumados ou temperados, destinados à alimentação humana.	Carga tributária de 0,1% - Art. 75, IV do RICMS/MG.	0,1% sobre a base de cálculo
Nota: A redação atual da coluna “Mercadoria”, do item 2.2, foi dada pelo Decreto nº 14.341, de 01/03/13 do DOE de 02 e 03/03/13, efeitos a partir de 02/03/13. Redação originária, efeitos até 01/03/13: <i>“Carne ou outros produtos comestíveis resultantes do abate de animais (aves, gado bovino, eqüideo, bufalino, caprino, ovino ou suíno), em estado natural, resfriados, congelados, maturados, salgados ou secos.”</i>			
2.3	Revogado		
Nota: O item 2.3 foi revogado pelo Decreto nº 14.341, de 01/03/13 do DOE de 02 e 03/03/13, efeitos a partir de 02/03/13. Redação originária, efeitos até 01/03/13:			
“2.3	Produto industrializado, cuja matéria-prima seja resultante do abate de animais (aves, gado bovino, eqüideo, bufalino, caprino, ovino ou suíno), destinado à alimentação humana.	Carga tributária de 0,1% - Art. 75, IV do RICMS/MG.	0,1% sobre a base de cálculo”
2.4	Medicamento genérico.	Carga tributária de 4% - Art. 75, XXII do RICMS/MG.	4% sobre a base de cálculo
2.5	Alho.	Crédito presumido de 90% do imposto devido - Art. 75, XXIV do RICMS/MG.	0,7% sobre a base de cálculo

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL da Infração 5.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, por decisão por maioria, com voto de qualidade do Presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281508.0006/15-9**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA. (DISTRIBUIDORA SÃO ROQUE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$96.851,43**, acrescido das multas de 60% sobre R\$58.088,92 e 150% sobre R\$38.762,51, previstas no art. 42, incisos II, “a”; V, “a” e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

VOTO VENCEDOR (Infração 5) – Conselheiros(as): Maurício Souza Passos, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Infração 5) – Conselheiros: Tiago de Moura Simões, Paulo Sérgio Sena Dantas e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

TIAGO DE MOURA SIMÕES – VOTO DIVERGENTE
(Infração 5)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS