

PROCESSO - A. I. N° 293872.0001/16-7
RECORENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CANAÃ COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
(CANAÃ ALIMENTOS)
RECORRIDOS - CANAÃ COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (CANAÃ ALIMENTOS) e FAZENDA
PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0173-02/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/07/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0233-12/17

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Refeitos os cálculos pelo próprio autuante. Mantida decisão recorrida. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. Refeitos os cálculos pelo próprio autuante. Mantida decisão recorrida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. O recorrente comprovou erro no levantamento fiscal, parte deles não acatado pelo autuante e pelos julgadores de piso. A mercadoria (posta de corvina) não estava enquadrada na substituição tributária (conforme anexo I do RICMS/BA), não sendo devido a cobrança da antecipação tributária. Em outra situação o imposto não destacado nas notas fiscais de origem não podem ser desconsiderados para efeito de cálculo da Antecipação Tributária. Por último, ficou comprovado que houve a devolução das mercadorias adquiridas antes do prazo para pagamento do imposto antecipado. Acatada razões defensivas. Modificada Decisão recorrida quanto as razões recursais. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado 23/03/2016, que exige ICMS no montante de R\$1.524.990,69, em decorrência do cometimento de 3 (três) infrações abaixo descritas:

Infração 01 – R.O. & R.V. – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação de mercadorias regularmente escrituradas. Valor histórico autuado R\$22.070,78. Infração Demonstrada no Anexo I do PAF.

Infração 02 – R.O. & R.V. – 03.02.06 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Valor histórico autuado R\$9.161,19. Infração Demonstrada no Anexo II do PAF.

Infração 03 – R.O. & R.V. – 07.01.04 – Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 69 e 88. Valor histórico autuado R\$1.493.758,72. Infração Demonstrada no Anexo III do PAF. Foi anexado aos autos e também entregue ao contribuinte CD AUTENTICADO, contendo os demonstrativos desta infração, em razão do grande volume de registros.

Por meio do seu representante legal, o sujeito passivo apresentou sua Defesa Administrativa às fls. 147/161, pleiteando a exclusão da exigência em relação ao produto charque no que tange as infrações 1 e 2, bem como da infração 3 quanto as demais situações que expôs, tendo o autuante

acatado parcialmente as alegações defensivas em sua informação fiscal prestada às fls. 238/240, reduzindo a infração 1 para R\$21.875,39, a infração 2 para R\$3.035,53 e por fim a infração 3 para R\$1.256.130,99.

Em seguida, em face das modificações dos cálculos apresentados e da redução do lançamento original, o sujeito passivo apresentou manifestação às fls. 252/256 ainda insatisfeita com parte do saldo residual da infração 3, clamando que fosse atendido o seu pleito defensivo.

Nessa esteira o autuante veio novamente aos autos (fl. 261) para ratificar as alterações promovidas em sua informação fiscal, e nessa esteira a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 2ª JJF que votou por unanimidade pela procedência em parte do Auto de Infração, nos seguintes termos.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 03 (três) infrações.

Em sua defesa o autuado registra que sua impugnação é parcial, reconhecendo que, eventualmente, ocorreu alguns equívocos na apuração do imposto a recolher mensalmente, até mesmo por conta das inúmeras operações, próprias do seu negócio de comércio atacadista.

Em relação às infrações 01 e 02, alegou improcedência em parte das mesmas, impugnando as cobranças relativas ao produto "Charque (JARKED BEEF)", argumentando que na tributação se aplicam as alíquotas de 17% nas operações internas e de 12% nas operações interestaduais, mas a base de cálculo deve ser reduzida de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento), em relação às operações internas e Interestaduais, respectivamente, conforme o inciso XXXI do artigo 87 e o artigo 78-B, ambos do RICMS-BA, em vigor até 31.03.2012.

Entendo que o argumento defensivo deve ser parcialmente acolhido, uma vez que o próprio autuante, na informação fiscal, reconheceu a existência de equívoco na autuação relativo a cobrança das operações interestaduais, uma vez que a carga tributária final, nestes casos, é de 7% e não 12%. Logo, o argumento defensivo, nesta parte, fica acolhido.

Entretanto, em relação as operações internas, não cabe acolhimento ao pleito defensivo, uma vez que o autuado aplicou alíquota "0" nestas operações e não "7%" como é devido.

Logo, acato o resultado da revisão fiscal, após a exclusão das operações interestaduais com "charque", que resultou na redução do valor autuado na infração 01 para R\$21.875,39 e na infração 02 para o montante de R\$3.035,53, conforme demonstrativos, fls. 242 a 245.

Ademais, devo ressaltar que, diante da revisão fiscal, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo sendo informado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou, em relação aos novos valores relativos às infrações 01 e 02. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina que "O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas."

Infrações 01 e 02 parcialmente mantidas.

No tocante à infração 03, o autuado, assim como nas infrações anteriores, impugnou parcialmente o valor autuado, apontando diversos argumentos, já relatados, os quais passou ao exame.

Acolho o argumento defensivo no tocante às Notas fiscais nºs 65867;75986;76505;59984;9736 e 65827, uma vez que restou comprovado que foram notas fiscais escrituradas no exercício seguinte ao período objeto da autuação em lide, fato que foi constado pelo próprio fiscal autuante, quando da sua informação fiscal. Portanto, ficam excluídas da autuação.

Também acolho o argumento defensivo em relação às notas fiscais nºs 25997; 42092; 2345; 49125 e 101818, uma vez que o autuado comprovou que a devolução das mercadorias ocorreu antes do prazo exigido para pagamento do imposto antecipado. Fato que foi constado pelo próprio fiscal autuante, quando da sua informação fiscal. Portanto, ficam excluídas da autuação.

Igualmente, acato o argumento defensivo no tocante às Notas fiscais nºs 40268; 527590; 529652; 182015; 598479; 598480; 34681; 117221; 745984; 745985; 760781; 760782; 291938; 190887 e 101817, pois restou comprovado que foram canceladas pelo emitente, fato que foi constado pelo próprio fiscal autuante, quando da sua informação fiscal. Portanto, ficam excluídas da autuação.

Acato, ainda, o argumento defensivo em relação às Notas Fiscais nºs 139116, 140390 e 2939189, pois restou comprovado que foi recolhido o imposto mediante GNRE, fato que foi constado pelo próprio fiscal autuante, quando da sua informação fiscal. Portanto, ficam excluídas da autuação.

Não acato o argumento defensivo de que existem mercadorias no levantamento fiscal que não são enquadradas na substituição tributárias, conforme abaixo transcrito da defesa do sujeito passivo: “V - mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária.”

Pois se trata de uma alegação genérica, uma vez que, de posse dos levantamentos fiscais, caberia ao contribuinte autuado apontar, de forma objetiva, quais seriam essas mercadorias e em que nota fiscal constam do levantamento que embasou a autuação.

Devo registrar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

O contribuinte autuado se manifestou em 03 (três) oportunidades.

Na primeira, em sua defesa inicial, a partir da folha 147 dos autos, onde alega, genericamente, que: V - mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária. Sem apontar de forma objetiva, quais seriam essas mercadorias e em que nota fiscal constam do levantamento que embasou a autuação.

Tal alegação defensiva foi rebatida pelo autuante ao afirmar que todas as mercadorias objeto da autuação estavam enquadradas na substituição tributária.

Na segunda manifestação defensiva, folhas 252 a 256 dos autos, após receber cópia da informação fiscal, na qual o autuante afirmou que todas as mercadorias objeto da autuação estavam enquadradas na substituição tributária, o contribuinte autuado silenciou sobre a alegação do autuante.

Em respeito ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, EM VIGOR até a presente data, interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, transcrevo o artigo 140 do citado regulamento:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Na terceira manifestação defensiva, de igual modo, na Fase de Sustentação Oral, o contador do autuado nada falou em relação ao referido tema.

Assim, entendo que caberia ao autuando, em suas manifestações defensivas, ter apontado, de forma objetiva, quais seriam essas mercadorias e em quais notas fiscais constam do levantamento que embasou a autuação.

Igualmente não acato o argumento defensivo relativo às Notas Fiscais nº 48060; 48400; 22981; 24784; 49011; 49436; 51461 e 92612, uma vez que o fato do emitente não ter destacado o imposto referente às operações não desonera o adquirente de realizar o recolhimento do imposto antecipado. Para ter direito ao crédito fiscal, caberia ao sujeito passivo solicitar ao remetente emitir uma nota fiscal complementar contendo o destaque do imposto, com bem ressaltou o autuante em sua primeira informação fiscal.

No tocante a arguição de inconstitucionalidade em relação ao crédito não destacado nos documentos fiscal, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstengo de manifestar a respeito.

Por fim, cabe ressaltar que no caso de ocorrer devolução total, parcial ou desfazimento do negócio, tendo o adquirente recolhido o imposto por antecipação, o §5º do artigo 299 do RICMS/2012 orienta que o resarcimento do imposto antecipado, quando cabível, será feito mediante pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Por tudo acima exposto, acolho integralmente o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante, quando da informação fiscal, ficando à infração 03 parcialmente caracterizada no valor de R\$1.256.130,99, conforme demonstrativos às folhas 247 e 248 dos autos.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	21.875,39
2	PROCEDENTE EM PARTE	3.035,53
3	PROCEDENTE EM PARTE	1.256.130,99
TOTAL		1.281.041,91

Entretanto, após este Relator prolatar o voto, inclusive tendo apontado o valor devido para as infrações, e após o ilustre Julgador ÁLVARO BARRETO VIEIRA, ter proferido seu voto, concordando com o voto do Relator, sem ressalva, o representante do contribuinte autuado requereu a palavra ao ilustre Presidente da Junta JOSÉ CARLOS BACELAR, a qual lhe foi concedida, em decisão monocrática do Presidente, ocasião em que a defesa retorna ao argumento, repito, apresentado apenas na manifestação defensiva inicial, sobre a existência de

mercadorias não enquadradas na substituição tributária.

Entendo que nessa fase processual, fase de votação, após a prolação do voto do Relator e do ilustre Julgador ÁLVARO BARRETO VIEIRA, não cabe mais análise de questão defensiva, que foi rebatida na primeira informação fiscal, da qual o autuado recebeu cópia e se manifestou, entretanto, tenha silenciado sobre esse tema especificamente.

Por tais razões, mantenho meu voto, prolatado anteriormente, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	21.875,39
2	PROCEDENTE EM PARTE	3.035,53
3	PROCEDENTE EM PARTE	1.256.130,99
TOTAL		1.281.041,91

De ofício, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de sua própria decisão, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O autuado interpôs Recurso Voluntário às fls. 290 a 294, alegando que a decisão vergastada deixou de acatar, sem um mínimo de razoabilidade, uma parcela de suas alegações defensivas, conforme expôs.

Alega que no mérito da infração 3, o Órgão Julgador desconsiderou as Notas Fiscais nºs 22981 e 24784 que se referem às aquisições de pescado, mercadoria esta recebida com isenção do ICMS e que desta forma, não caberia o recolhimento do imposto por substituição tributária.

Explica que os julgadores de piso trataram a sustentação oral realizada em 1ª instância como alegações genéricas, quando em tese as cópias das citadas notas fiscais já constavam anexadas ao processo, comprovando assim a veracidade de suas assertivas.

Critica o próprio voto em separado de um dos julgadores, que mesmo reconhecendo que as cópias das notas fiscais já estavam no processo, não impediu do autuado vir novamente ao processo, agora em sede de Recurso Voluntário, apresentar as mesmas razões.

O recorrente não se conforma com a desconsideração do crédito fiscal correspondente as Notas Fiscais nºs 48060, 48400, 49011, 49436, 51461 e 92612, ainda que ausente o destaque do ICMS na operação original de aquisição de tais mercadorias. Alega que a autoridade fiscalizadora não se atentou para o princípio da não-cumulatividade, previsto no Art. 155, II, §2º, II, alínea “b”, em que se estabelece que o imposto que for devido em virtude de operação anterior gera crédito para a operação subsequente, mesmo na operação interestadual, atendidos os requisitos constitucionais, bem como as previsões das leis complementares e convênios.

Explica que o direito ao crédito, na hipótese de tributos não cumulativos, não se vê restringido pela Constituição a um necessário e efetivo pagamento do tributo por ocasião das operações anteriores, ao que descabe qualquer limitação a respeito. Desta forma, entende que tal direito manter-se-á íntegro, ainda que o contribuinte não o tenha aproveitado oportunamente ou o remetente não o tenha destacado. Assevera que o abatimento é direito constitucional, portanto, o aproveitamento de crédito não perece pelo não aproveitamento tempestivo ou falta de destaque na operação anterior, não sendo constitucional, legal ou razoável a glosa dos créditos fiscais sobre as citadas notas fiscais, conforme entendeu os prepostos fiscais, endossados pelos julgadores de piso.

Por fim, alega que em relação à Nota Fiscal nº 412545, o órgão desconsiderou a devolução parcial do produto carne bovina (fraldão), contido na Nota Fiscal de Devolução nº 205264 de 03/12/2013, o que demandou a equivocada exigência de ICMS e sua manutenção por decisão do competente Órgão Julgador de Primeira Instância, no valor de R\$2.113,25 no mês de novembro/13.

Pede ainda o recorrente que seja verificada a composição do valor apontado pelo Conselho como sendo o devido na infração 3, posto que a partir do valor exigido no AIIM, subtraindo-se o valor defendido que foi deferido, não coincide com o total apontado na Decisão como sendo o devido nessa infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício contra a Decisão proferida pela 2^a JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir ICMS do sujeito passivo, no valor histórico de R\$1.524.990,69, em decorrência do cometimento de 03 (três) infrações, referente aos exercícios de 2012 e 2013.

O Recurso de Ofício se refere a todas as 03 (três) infrações lançadas no presente AI.

O autuante em sua informação fiscal acolheu parcialmente as alegações defensivas, após analisar a documentação trazida pelo sujeito passivo, providenciando a revisão do lançamento fiscal, ficando reduzidos os valores originalmente exigidos.

Considerando que foi o próprio autuante, auditor fiscal que teve acesso aos livros e documentos fiscais do autuado, quem refez os cálculos e, expressamente, admitiu a ocorrência de erros nos demonstrativos iniciais apresentados, bem como com base no julgamento de piso que reproduziu com precisão a informação prestada pelo preposto fiscal, acolho os novos valores apurados na informação fiscal.

Voto, desta forma, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Na súplica recursal, o recorrente se insurge contra a exigência do ICMS da infração 3, em três situações distintas.

Primeiramente alega que as Notas Fiscais nºs 22981 e 24784 referem-se à aquisição de pescado, mercadoria esta recebida com isenção do ICMS e que desta forma, não caberia o recolhimento do imposto por substituição tributária, sendo, portanto, indevido a exigência do imposto no valor de R\$4.132,53 (fl. 62) e R\$8.953,82 (fl. 64), respectivamente, ambas do mês de agosto de 2012.

O autuante em sua informação fiscal rechaçou essa alegação, informando que o fato do emitente não ter destacado o imposto referente às operações não desonera o contribuinte do recolhimento do imposto antecipado. Acontece que o produto adquirido (NCM 0303.79.10 - posta de corvina) não constava na lista da substituição tributária de acordo com o anexo I do RICMS/BA no período do fato gerador, não estando, portanto passivo da antecipação total do imposto conforme determina o Art. 289 também do RICMS/BA. Desta forma, acato as razões defensivas, reduzindo o valor original exigido conforme valores descritos acima.

De segundo plano, o autuado questiona forma de cobrança da Antecipação do ICMS sobre as Notas Fiscais nºs 48060, 48400, 49011, 49436, 51461 e 92612, por entender que o fato do emitente dos documentos não ter destacado o ICMS não impede o aproveitamento do crédito fiscal correspondente, no momento do cálculo do imposto.

Ao analisar as notas fiscais observei que não houve destaque do imposto para os produtos relacionados, pois foi aplicada pelo(s) remetente(s) a isenção do ICMS, de acordo com uma fundamentação legal interna do estado de origem. Desta forma as operações foram desoneradas do ICMS e por esta razão, no cálculo da Antecipação Tributária o autuante desconsiderou o imposto que seria devido na origem. Todavia o contribuinte baiano não pode arcar com o ônus do não aproveitamento desse “crédito” para abatimento no cálculo da antecipação tributária, ainda que não haja o citado destaque, de acordo com o §5º do Art. 23 da Lei nº 7.014/96, conforme abaixo:

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas da unidade federada de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

O Termo utilizado pela legislação acima reproduzido é de “imposto devido” pela operação própria, e não de “imposto recolhido”. Se por algum motivo a UF de origem desonerou o ICMS de seu representado, não é este fato que alterará a forma de cálculo para o contribuinte adquirente, nesse caso o autuado.

Assim sendo, fica reduzido o montante do mês de julho/12 em R\$352,80 e R\$2.293,73 no que tange as Notas Fiscais nºs 48060 e 48400, respectivamente, do mês de agosto/12 em R\$2.677,50 e R\$283,19 no que se refere às Notas Fiscais nºs 49011 e 49436, respectivamente, do mês de outubro/12 em R\$1.269,77 referente a Nota Fiscal nº 51461 e por fim em R\$431,85 referente a Nota Fiscal nº 92612.

Por último, alega o recorrente que em relação à Nota Fiscal nº 412545, o órgão desconsiderou a devolução parcial do produto carne bovina (fraldão), contido na nota fiscal de devolução nº 205264 de 03/12/2013 e que demandou a equivocada exigência de ICMS e sua manutenção por decisão do competente órgão julgador de primeira instância, no valor de R\$2.113,25 no mês de novembro/13.

Mesmo após apresentação das supracitadas notas fiscais na peça defensiva elaborada pelo sujeito passivo, o autuante se manteve silente, bem como não houve análise por parte da 2ª JJJ a respeito desse assunto.

A Nota Fiscal de Devolução nº 205264 consta impressa e acostada ao PAF na fl. 300 e pelo que pude observar há a menção da nota fiscal original, com destaque do número, data, bem como o produto devolvido coincide com o produto adquirido, ainda que a devolução tenha sido parcial. Em que pese o documento fiscal ter sido emitido no mês posterior ao do recebimento das mercadorias, a sua apresentação se deu antes da data de pagamento do imposto antecipado.

Após explanação, resta assim o montante das 3 infrações, principalmente da Infração 3, reduzida após julgamento de Segunda Instância:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	MANTIDA DECISÃO RECORRIDA	21.875,39
2	MANTIDA DECISÃO RECORRIDA	3.035,53
3	PROVIMENTO DO R. VOLUNTÁRIO	1.246.708,90
TOTAL		1.271.619,82

Por fim, o recorrente alegou que o valor remanescente da Infração 3 após deferido o valor defendido, não coincide com o total mantido na decisão de piso, todavia não apontou qual tenha sido o erro cometido. O que pude observar é que o valor retificado pelo autuante em sua informação fiscal é o mesmo valor mantido pela 2ª JJJ, o que leva ao entendimento de que os julgadores de piso acataram inteiramente as mudanças procedidas pelo autuante.

Diante de todo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293872.0001/16-7 lavrado contra **CANAÃ COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (CANAÃ ALIMENTOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.246.708,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS