

PROCESSO - A. I. Nº 089027.3000/16-7
RECORRENTE - ALIANÇA ATACADISTA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0202-03/18
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA (CENTRO NORTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0340-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO NA LEGISLAÇÃO. Considerando que as mercadorias adquiridas, foram inteiramente revendidas para o Estado de Sergipe, o valor a ser estornado só por coincidência seria igual, mas não obrigatoriamente, pois o cálculo do ICMS ST necessariamente não é igual, e já que se o contribuinte estornar um valor inferior ao que foi efetivamente pago pela aquisição, estaria enriquecendo a Fazenda Pública, sem causa, entendo que é improcedente a infração 1. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infrações comprovadas mediante levantamento fiscal efetuado com base na EFD. Mantida a Decisão recorrida para este item. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à infração 1. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2016, o qual se refere à exigência do crédito tributário no valor total de R\$87.789,12, em que a infração 5 foi julgada improcedente, e, relativamente às infrações 2, 4, 6 a 8, o contribuinte não se esmerou na peça recursal, sendo só objeto do recurso as seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.59: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS maior que o retido ou antecipado na operação de aquisição mais recente, em razão de saídas interestaduais de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária, nos meses de janeiro a maio, julho a setembro de 2011; fevereiro a setembro e dezembro de 2012. Valor do débito: R\$16.467,23. Multa de 60%.

Infração 03 – 03.02.05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011; fevereiro a julho, setembro a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$11.882,60. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 131 a 143, o fiscal autuante prestou informação fiscal às fls. 773 a 779 dos autos. Nas fls. 782/783 a JJF deliberou conversão do presente processo em diligência à INFAZ de origem solicitando que o autuante:

1. Se manifestasse sobre a alegação defensiva referente ao desconto da base de cálculo por “caixa” ou “pacotes”, e não por unidade e que foi considerado no levantamento fiscal o aumento de 7% para 17% que ocorreu de forma retroativa, antes da entrada em vigor do Decreto 14.898/2013. O levantamento fiscal fosse refeito, de acordo com a comprovação que fosse apresentada pelo defendente, mediante intimação.
2. Sobre a infração 05, intimasse o defendente para comprovar o efetivo e regular cancelamento das notas fiscais, e excluísse do levantamento fiscal os documentos que fossem comprovados.
3. Quanto à infração 07, prestasse informação acerca das alegações defensivas, e excluísse do levantamento fiscal o que fosse comprovado.
4. Em relação à infração 08, intimasse o contribuinte para apresentar prova da escrituração das Notas no

Sistema Público de Escrituração Digital (SPED Fiscal), e excluiu do levantamento fiscal as notas fiscais comprovadas.

Também foi solicitado que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado, cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, bem como, a informação fiscal de fls. 773 a 779, com a indicação do prazo de dez dias para o defendente se manifestar sobre os elementos a ele fornecidos.

O defendente apresentou manifestação às fls. 787 a 790, o fiscal presta nova informação às fls. 792/793 e novamente a JJF, às fls. 804/805, encaminha o presente processo em nova diligência à INFAZ de origem, solicitando que o autuante:

- 1. Se manifestasse sobre a alegação defensiva de que foi considerado no levantamento fiscal o aumento de 7% para 17% que ocorreu de forma retroativa, antes da entrada em vigor do Decreto 14.898/2013. O levantamento fiscal fosse feito, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos.*
- 2. Sobre a infração 05, verificasse a veracidade dos documentos apresentados pelo defendente, se foram extraídos do Portal de Nota Fiscal Eletrônica (Anexo III da defesa), e excluiu do levantamento fiscal os documentos que fossem comprovados.*
- 3. Quanto à infração 07, o autuado juntou cópias de DAEs (fls. 490 a 793 – Anexo V da defesa). Se manifestasse acerca das alegações defensivas e documentos acostados aos autos, e refizesse o levantamento fiscal para excluir o que fosse comprovado.*
- 4. Em relação à infração 08, o contribuinte afirmou que no Auto de Infração lavrado pela fiscalização da Infaz Barreiras foi constatado que houve erro de preenchimento da EFD. Se constatado o referido erro, mas os documentos fiscais constarem na mencionada Escrituração Fiscal Digital, que fossem excluídas do levantamento fiscal as referidas notas fiscais comprovadas.*

Após o atendimento da diligência foi solicitado que a repartição fiscal intimasse o sujeito passivo, fornecendo cópia dos elementos anexados aos autos pelo autuante no cumprimento desta diligência (informação e anexos), concedendo o prazo de dez dias para o autuante se manifestar.

Em atendimento, o autuante presta novamente sua informação fiscal às fls. 809 a 813, O defendente também apresentou manifestação às fls. 837 a 839. Por fim, após de diversas deliberações proferidas a JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS e penalidade por descumprimento de obrigação acessória, conforme descrição dos fatos efetuada de forma compreensível, tendo sido indicados os dispositivos infringidos e das multas aplicadas, relativamente às irregularidades apuradas. Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

[...]

No mérito, a Infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS maior que o retido ou antecipado na operação de aquisição mais recente, em razão de saídas interestaduais de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária, nos meses de janeiro a maio, julho a setembro de 2011; fevereiro a setembro e dezembro de 2012.

O autuado alegou que a operação se inicia com a transferência das mercadorias de Uberlândia – Minas Gerais para o Estado da Bahia. Na primeira operação recolhe 7% a título de ICMS-ST, haja vista que se tratam de produtos sujeitos à ST (Substituição Tributária). Disse que não vendeu as mercadorias dentro do Estado da Bahia, mas sim efetuou a venda das mesmas para o Estado de Sergipe. Logo, não se concretizou a operação presumida (venda na BA) e, portanto, tem direito ao crédito do ICMS-ST que recolheu quando da transferência de Minas Gerais para a Bahia.

Na saída interestadual de mercadoria que já tiver sido objeto de antecipação do ICMS, a fim de que não se configure duplicidade de pagamento do imposto, o remetente deve utilizar como crédito fiscal o imposto incidente na operação de aquisição mais recente das mercadorias. No caso em comento, foram apurados valores relativos às diferenças entre os créditos corretamente calculados e o valor lançado pelo autuado, tendo como fonte a Escrituração Fiscal Digital – EFD, em razão de operações interestaduais de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária.

O autuante não discute a legalidade do uso deste crédito e informa que apurou que houve crédito a maior do ICMS ST referente à venda para fora do Estado, conforme a descrição dos fatos e demonstrativos elaborados, cuja fonte é a EFD, anexo ao PAF e entregues ao defendente.

De acordo com os demonstrativos do autuante às fls. 45 a 58, foram apurados os valores corretos dos créditos relativos ao ICMS ST, correspondentes às vendas realizadas para fora do Estado, encontrando-se a diferença entre o crédito corretamente calculado e o valor lançado pelo autuado, tendo como fonte a Escrituração Fiscal Digital – EFD.

No mês de janeiro de 2011, por exemplo, consta que o valor correto do crédito fiscal é R\$2.820,48, o que está em conformidade com as GLA-ST acostadas aos autos pelo defendente às fls. 159 a 162. Ou seja, o valor correto a ser creditado no referido mês é R\$2.820,48, mas consta que foi lançado na escrita fiscal o valor de R\$2.838,64, gerando uma diferença de R\$18,16, valor que foi exigido no presente lançamento, conforme demonstrativo de débito do Auto de Infração. O mesmo fato ocorreu em relação aos demais meses do levantamento fiscal.

Quanto ao benefício previsto no Decreto nº 7799/00, alegado pelo defendente, ressalto que o mencionado Decreto se aplica nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes também inscritos neste Estado da Bahia.

Entendo que está comprovada a irregularidade apurada por meio do levantamento fiscal, e os elementos apresentados pelo defendente são insuficientes para elidir a exigência fiscal. Infração subsistente.

[...]

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011; fevereiro a julho, setembro a dezembro de 2012.

[...]

O defendente requer que as intimações referentes ao presente processo sejam realizadas em nome do procurador que ora subscreve e endereçadas à Rua Jamil Tannús, nº 700, Bairro Lídice, Uberlândia – MG, CEP 38.400-124. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$34.728,37, conforme quadro abaixo.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	16.467,23
02	PROCEDENTE	4,60
03	PROCEDENTE	11.882,60
04	PROCEDENTE	381,57
05	IMPROCEDENTE	-
06	PROCEDENTE EM PARTE	1.623,25
07	PROCEDENTE EM PARTE	2.582,64
08	PROCEDENTE EM PARTE	1.786,50
TOTAL		34.728,39

O contribuinte através de seu advogado inconformado interpõe peça recursal, tempestivamente, às fls. 887 a 898, trazendo seu apelo novamente no seguinte modo:

De início, pede e requer expressamente que as intimações futuras sejam realizadas exclusivamente na pessoa do procurador que ora subscreve, cujo endereço completo (inclusive eletrônico): Rua Rio de Janeiro, nº 353, Edifício Neo Office, Salas 1603/1604, Bairro Brasil Uberlândia – MG, CEP: 38400-658, e-mail: aldo@sousanetoadvogados.com.br.

Verifica que a Decisão piso reduziu a autuação de R\$87.789,12 para R\$34.728,39, no qual junta Tabela do valor julgado.

Pontua que as infrações 1 e 3 corresponde a 80% do valor julgado pela Junta julgadora e, por isso, o seu apelo recursal irá se contrapor como objeto principal de debate através desta peça. Aponta também que, da leitura do Acórdão proferido, percebeu que a 3ª JJF simplesmente acatou cegamente a revisão fiscal, não adentrando ao mérito das discussões e das alegações trazida pela Impugnante na peça defensiva, razão pela qual, novamente, o presente Recurso é imprescindível

para demonstração do direito.

No mérito, salienta que a infração 5 foi julgada improcedente, no entanto, às infrações 2 e 4 são julgadas procedente, trazem valores insignificante e, por esta razão, também não serão objeto deste Recurso. Quanto às 6, 7 e 8 foram reduzidas de forma significativa e, por ora, não as combaterá, se resguardando ao direito de combatê-las em eventual ação judicial caso as demais infrações, não sejam revistas por este Eg. Conselho de Fazenda. Por fim, como já dito anteriormente, as infrações 1 e 3 serão combatidas nesta de Segunda Instância.

De logo pede pela improcedência da infração 1 – crédito indevido a maior que reteve ou antecipado em operação mais recente, em razão de saídas interestaduais de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária – sinaliza que esta imputação se inicia com a transferência das mercadorias de Uberlândia – Minas Gerais para o Estado da Bahia, sendo que nesta etapa da operação recolhe o ICMS normal (operação interestadual) e o ICMS-ST, haja vista que a operação ora fiscalizada trata-se de produtos sujeitos à tal tributação (ST), conforme legislação do Estado da Bahia.

Explica que, posteriormente, não vendeu as mercadorias dentro do Estado da Bahia, mas sim efetuou a venda das mesmas para o Estado de Sergipe. Logo, não se concretizou a operação presumida (venda na BA) e, portanto, entende que tem direito ao crédito do ICMS-ST que recolheu quando da transferência de Minas Gerais para a Bahia, haja vista a não cumulatividade do imposto.

Quanto a tal ponto, sustenta que não há dúvidas da legalidade do crédito, tanto que o relator do Acórdão em seu voto alegou que **“o autuante não discute a legalidade do uso deste crédito”**. Todavia, aduziu que a apuração deste crédito se deu “a maior” em razão das informações constantes na EFD, exemplificando o mês de Janeiro de 2011, onde conta *“que o valor correto do crédito fiscal é R\$2.820,48, o que está em conformidade com as GIA-ST acostadas aos autos pelo dependente às fls. 159 a 162. Ou seja, o valor correto a ser creditado no referido mês é R\$2.820,48, mas consta que foi lançado na escrita fiscal o valor de R\$2.838,64, gerando uma diferença de R\$18,16, valor que foi exigido no presente lançamento, conforme demonstrativo de débito do Auto de Infração. O mesmo fato ocorreu em relação aos demais meses do levantamento fiscal”*.

Destaca que há um claro erro da fiscalização, o que foi acompanhado pelos ilustres julgadores da 3ª JF, porque o fiscal apurou o valor do crédito fiscal como aquele de R\$ 2.820,48, **tomando como base o imposto devido ao estado de Sergipe**, e não o imposto da transferência de MG para a BA. Ou seja, este valor de R\$ 2.820,48 é o valor que a Recorrente recolheu para o ESTADO DE SERGIPE conforme as GIA-ST que foram anexadas. Já o crédito fiscal que utilizou decorre da operação anterior, ou seja, o ICMS recolhido para o ESTADO DA BAHIA e que, posteriormente, a operação não se realizou. Para tal esclarecimento junta desenho onde demonstra a operação que quer que seja acolhida:



Explica que o “ICMS 1” do quadro acima, que equivale ao ICMS normal do diferencial de alíquota entre MG e BA e o ST, é recolhido ao Estado da Bahia. Este ICMS equivale ao valor de **R\$ 2.838,64** mencionado pelo relator no mês 01/2011, que foi recolhido ao Estado baiano e, posteriormente, como a operação não se concretizou, foi utilizado como crédito fiscal. Para o “ICMS 2”, é aquele devido ao Estado de Sergipe, haja vista que houve venda originada da Bahia para aquele Estado, e foi recolhido por meio de GIA-ST ao referido Estado, ou seja, não foi utilizado como crédito e nem poderia, pois é um valor devido ao Estado de SE. Este “ICMS 2” equivale ao valor de **R\$**

2.820,48 citado pelo relator do acórdão.

Destaca que os referidos valores estão devidamente escriturados na EFD da Recorrente e foram contabilizados de forma correta e legal, havendo um claro erro da fiscalização e dos julgadores na identificação do crédito fiscal efetivamente utilizado. Ora, como seria possível utilizar crédito decorrente do pagamento de GIA-ST?

Esclarece que esta guia, tem por objetivo o recolhimento de ICMS devido para outro Estado que não aquele onde o contribuinte está estabelecido. E o ilustre relator utilizou o valor da GIA-ST para dizer que “o valor do crédito fiscal está em conformidade com as GIA-ST acostadas aos autos pela defendente” e por esta razão haveria um lançamento fiscal diferente do que era devido.

Sustenta, portanto, que o fiscal “encontrou” a diferença de crédito a maior pois utilizou como “crédito fiscal” o valor constante na GIA-ST, ou seja, o valor que foi recolhido ao Estado de Sergipe (na operação 2 do quadro acima) e não o valor do crédito fiscal que decorreu do recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia (na operação 1 do quadro acima), restando claro o erro dos mesmos na identificação do crédito fiscal.

Ressalta que neste ato, a constatação de tal erro seria de fácil identificação se o próprio fiscal houvesse analisado este ponto em sua revisão fiscal, solicitada pela Junta de Julgamento, ou mesmo se a 3ª JF tivesse concordado em realizar a perícia contábil, requerida pela Recorrente. Mas não foi o caso! O fiscal simplesmente ignorou tal informação em sua revisão e a 3ª JF simplesmente acatou a conclusão da fiscalização, ambos sem observar o claro erro na identificação do crédito correto, imputando infração indevida à empresa ora Recorrente.

Reitera no que se refere ao crédito de 7% utilizado, resta demonstrado o claro erro na identificação do crédito pelo fiscal de forma correta, haja vista que o crédito fiscal utilizado decorre da operação MG – BA e não da operação subsequente BA – SE, que foi aquela utilizada pela fiscalização para entender o uso “a maior” do crédito.

Destaca ainda, que os créditos das duas operações estão registrados na EFD da Recorrente, ou seja, a alegação do ilustre relator do processo de que deve tomar por base as informações da EFD e, por isso, estariam corretas não tem qualquer fundamento haja vista que o fiscal tem informações sobre as duas operações na EFD e optou por utilizar aquela incorreta.

Assinala que há outro crédito utilizado que foi objeto da fiscalização e que foi mantida pela decisão da 3ª JF. Trata-se do crédito utilizado decorrente das vendas de mercadorias realizadas para fora do Estado da Bahia, instituído pelo artigo 2º do Decreto Estadual nº 7.799 de 09 de maio de 2000. Neste ponto, o relator defendeu a ilegalidade da utilização do mesmo nos seguintes termos: *“Quanto ao benefício previsto no Decreto nº 7799/00, alegado pelo defendente, ressalto que o mencionado Decreto se aplica nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes também inscritos neste Estado da Bahia”*.

Reproduz o caput do artigo 1º do Decreto nº 7799/00, onde dispõe que o benefício previsto na norma se aplica às operações de saídas internas destinadas a contribuintes também inscritos neste Estado da Bahia.

Assevera que, o artigo 2º da mesma norma (transcrito na peça), ampliou o benefício concedido no artigo 1º para operações interestaduais realizadas pelos contribuintes que estivessem beneficiados pelo referido artigo. Explica que da leitura do artigo 2º resta claro que, sendo o contribuinte beneficiado pelo artigo 1º, isto é, estando o contribuinte baiano *“inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto”*, poderá lançar o crédito nas operações interestaduais que realizar, desde que tal operação ocorra com *“mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único deste decreto”*.

Afirma ser exatamente o caso, pois sustenta está cadastrada neste Estado baiano, sendo

contribuinte do mesmo com inscrição estadual regularizada, tem como atividade aquelas descritas no Anexo Único (vide CNAE's da Recorrente) e realizou operações somente com mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único.

Salienta que resta evidente que o Relator do processo em Primeira Instância não observou a ampliação do benefício do artigo 1º para as operações interestaduais, restando claro que a Recorrente lançou crédito de forma legal.

Destaca que em diversas fiscalizações realizadas, nunca houve questionamento quanto à utilização do referido crédito. Mais do que isso, nos diversos contatos realizados pela contabilidade da empresa com a fiscalização sempre restou claro o direito da utilização do mesmo.

Entende ter provado seu direito aos créditos fiscais utilizados, não havendo sustentação legal para manutenção da infração 01 imputada no Auto de Infração, onde requer que seja julgada improcedente a referida infração, excluindo-se o valor correspondente do Auto de Infração.

Nos argumentos da infração 3 – recolhimento a menor em decorrência do erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas – argumenta que a determinação da base de cálculo que utilizou levou em consideração os descontos por produto enquanto a fiscalização entendeu que a aplicação do desconto seria por caixa, ou seja, ao lançar os descontos dos produtos a Recorrente cadastrava o valor do desconto (vDesc) do produto (ex: R\$ 0,10), e a quantidade de produtos (qCom) constantes nas caixas e/ou pacotes (ex: 10), lançando ao final o valor total daquele desconto, resultado da multiplicação do desconto pela quantidade de produtos. Assim, numa caixa com 10 produtos, calculou o desconto por produto (R\$ 0,10), multiplicou pela quantidade de produtos existentes na caixa/pacote e utilizou o valor total da redução ao final (R\$ 1,00).

Sustenta ser correto, pois assevera que na Impugnação Administrativa, a forma de agrupamento dos produtos (em caixa, pacotes ou mesmo em unidades) é uma mera decisão logística do contribuinte. Logo, se há redução na legislação para aquele produto, o cálculo da redução deverá ser multiplicado pela quantidade de produtos existentes no pacote/caixa, que é o total de produtos existentes na Nota Fiscal, chegando-se ao valor total do desconto e aplicando-o. Na manutenção desta infração, o relator do Acórdão sustentou que: *“Na última informação fiscal à fl. 792, o autuante disse que verificou no espelho da nota fiscal tomada como exemplo pelo defendente e constatou que a base de cálculo do documento fiscal é que foi considerada, sendo observado o desconto lançado na referida nota fiscal, não importando se o desconto foi por caixa ou por unidade, ou seja, foram consideradas as informações consignadas no documento fiscal para determinação da base de cálculo do ICMS.*

Sendo considerados os dados constantes nos documentos e Escrituração Fiscal Digital – EFD, é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a mencionada escrituração fiscal digital e a sua remessa ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais. Em relação a quaisquer divergências, apuradas quando da realização do levantamento fiscal, não há como providenciar a correção de NFe já emitida e correspondente escrituração fiscal. No caso em exame, os elementos apresentados pelo defendente são insuficientes para comprovar as alegações defensivas”.

Disse que tal alegação não pode prosperar. Isso porque, no arquivo XML de todas as Notas Fiscais, é possível identificar claramente a existência das informações que, sustenta o relator, não estariam presentes.

Pontua que é de conhecimento amplo, o arquivo XML é a versão digital da Nota Fiscal propriamente dita, consistindo no formato utilizado para o registro de informações relativas à NF-e. Logo, é um arquivo que acompanha a NFe para todos os fins e pode ser acessado pela fiscalização a qualquer tempo. Reitera que o arquivo XML é enviado ao Fisco para detalhar as informações constantes na Nota Fiscal, exatamente para que tenha informações detalhadas como esta ora questionada. E de propriedade do referido arquivo o fisco pode constatar claramente o

valor que foi utilizado para o desconto de cada produto e o valor total do desconto. Junta exemplo do alegado onde consta no arquivo XML das Notas, conforme fl. 896.

Explica que esta é a aba referente ao produto (<prod>) em si, constando o valor do desconto e a quantidade de produtos. Ao final, há outra aba (<total>) na qual é possível verificar o valor total do desconto, que foi lançado de acordo com a multiplicação do <qCom> pelo <vDesc> de cada produto.

Chama atenção, onde sustenta que não houve questionamento se o valor dos descontos estava correto (nem pela fiscalização nem no Acórdão). A única alegação é de que “se está na EFD é o que deve ser considerado”. Acrescenta que a informação vai para a EFD é a informação da Nota Fiscal simplesmente, ou seja, os detalhes da Nota são obtidos pelo arquivo XML da Nota, que também é enviado ao fisco como obrigação acessória da Recorrente, ou seja, bastaria que o fiscal acessasse o XML das Notas Fiscais, que foi enviado ao Fisco, que verificaria a origem dos descontos, isto é, teria conhecimento que aquele desconto total decorre da multiplicação da quantidade de produtos com desconto pelo valor do desconto para cada produto.

Observou que a argumentação do fiscal foi de que buscou a informação na EFD da empresa e, portanto, está correto, ignorando por completo a verdade real (os descontos foram concedidos de forma correta por produto), que poderia ser obtida pela mera análise do arquivo XML das Notas Fiscais, é privilegiar a forma sobre a essência, a formalidade sobre a realidade, a burocracia sobre o direito do contribuinte, o que é vedado pela legislação pátria e combatido pelos tribunais judiciais e pelos Conselhos de Contribuintes em todas as esferas. Complementa dizendo o relator ser de “responsabilidade exclusiva do contribuinte a mencionada escrituração fiscal digital”, também é responsabilidade da fiscalização a busca pela verdade real, através dos documentos que o próprio fisco exige dos contribuintes (arquivo XML), privilegiando o formalismo moderado sem onerar desproporcionalmente o contribuinte.

Lembra que a própria legislação que regula o Processo Administrativo Federal, o Decreto nº 70.235/72, que é utilizada de forma subsidiária a processos estaduais e municipais, prescreve que o processo tributário administrativo é regulado pelos princípios constitucionais, dentre eles o do formalismo moderado e o da verdade material.

Sustenta que não merece prosperar a alegação da fiscalização e, tampouco, a argumentação tecida pelo ilustre relator para manter a autuação, haja vista que os descontos foram concedidos por produto, estando a base de cálculo eleita pelo contribuinte em estrita observância à legislação e às informações constantes no arquivo XML das Notas, plenamente acessíveis pelo Fisco.

Finaliza requerendo o Provimento do presente Recurso Voluntário apresentado no sentido de improceder as infrações 1 e 3 e julgar Procedente em Parte, com as revisões e exclusões já expostas através das diligências efetuadas.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Dr. Aldo de Sousa Neto - OAB/MG nº 123.076.

VOTO (Vencido quanto à infração 1)

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado com previsão legal no art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, tendo a 3ª JF julgado Procedente em Parte o presente Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$87.789,12, atualizado para R\$34.728,39 mais multas de 60%, em decorrência da desoneração parcial do auto de infração imputado:

De início informo que a infração 5 fora julgada improcedente, quanto as infrações 2 e 4 (julgadas procedente), 6, 7 e 8 (foram reduzidas na decisão de piso), o contribuinte não promoveu alegações na peça recursal, corroborando assim com a Decisão recorrida sendo exclusivamente objeto do Recurso aqui relatado as seguintes infrações:

01 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS maior que o retido ou antecipado na operação de aquisição

mais recente, em razão de saídas interestaduais de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária, nos meses de janeiro a maio, julho a setembro de 2011; fevereiro a setembro e dezembro de 2012. Valor do débito: R\$16.467,23. Multa de 60%.

03 – Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011; fevereiro a julho, setembro a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$11.882,60. Multa de 60%.

Do exame dos autos é possível notar a redução do valor lançado, em ambas infrações, foram frutos de diligências solicitadas na fase inicial, antes da decisão de piso, convalidadas por manifestações do autuado com certificação de esclarecimentos expostos em defesa impugnatória e nas informações fiscais solidificadas a convicção manifestada do autuante. A 3ª JJF acolheu o resultado efetuado pelo fiscal autuante, com isto julgou procedente em parte o Auto supracitado, mantendo, assim, a Decisão neste ponto.

Na infração 01, o contribuinte alega improcedência contestando que não realizou vendas de mercadorias dentro do Estado e que, por isso não há operação presumida conforme atesta a fiscalização, tendo assim, direito ao crédito referente ao imposto ST que afirma ser de Minas Gerais para a Bahia. Roga para princípio da não cumulatividade do imposto. O fiscal aduziu que a apuração deste crédito se deu “a maior” em razão das informações constantes na EFD. Explica que há erro da fiscalização em relação ao valor do crédito fiscal quando se verifica o início para se apurar o imposto, no qual tomou por base o imposto devido ao Estado de Sergipe, e não o imposto da transferência de MG para a BA, ou seja, o valor recolhido é de Sergipe. Já o crédito fiscal utilizado, sendo operação anterior, o ICMS recolhido para Bahia, a operação não se realizou. Assim, constata erro do próprio fiscal.

Disse também ter direito ao crédito de 7% utilizado, haja vista que o crédito fiscal decorre da operação MG – BA e não da operação subsequente BA – SE, que foi aquela utilizada pela fiscalização para entender o uso “a maior” do crédito, no qual estas operações estão devidamente registradas na EFD.

Alega também que o crédito ora discutido, instituído pelo artigo 2º do Decreto Estadual nº 7.799/2000, pontua que o caput do artigo 1º do referido decreto citado, dispõe que o benefício previsto na norma se aplica às operações de saídas internas destinadas a contribuintes também inscritos neste Estado da Bahia, sendo ampliado – o artigo 2º - para operações interestaduais realizadas pelos contribuintes que estivessem beneficiados pelo referido artigo, sendo assim, exatamente o caso em tela, pois sustenta está cadastrada neste Estado baiano, sendo contribuinte do mesmo com inscrição estadual regularizada, tem como atividade aquelas descritas no Anexo Único e que realizou operações somente com mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único.

Na análise dos documentos e das razões recursais, vejo que não merece reparo a decisão de primo grau haja vista que a carta magna em seu art. 155 e Lei Complementar nº 87/96, reservou aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar a cobrança de ICMS em seu território conforme estabelecido no RICMS/BA, mantenho a Decisão recorrida tendo em vista não haver convencimento de transferência interestadual com a mesma titularidade e, sim, venda para empresa sediada em outra unidade da federação (Sergipe).

Verifiquei que ficou constado que o fiscal autuante agiu corretamente, sendo que mostrou em suas argumentações fiscais que está consignado na nota fiscal todas as informações para se determinar a base de cálculo, no qual demonstra que pegou o valor da Nota Fiscal de R\$15,60 e diminuiu R\$0,06, achando a base de cálculo para se apurar o imposto. Mantenho a infração e, consequentemente, a Decisão da JJF.

Para a infração 03, volta a alegar equívocos cometidos, por não ter considerado a redução da base de cálculo contemplada pelo Convênio ICMS 52/91 (art. 266 e 289 do RICMS/BA).

Pontua memória de cálculos, fazendo referência para determinação da base de cálculo em relação aos descontos por produto, sendo que a fiscalização aplicou o desconto por caixa. Pede realimento da redução dos produtos, fazendo o cálculo pelas quantidades existentes no

pacote/caixa. Explica que o arquivo constante nos autos (em excell), a aba referente ao produto (<prod>) em si, consta o valor do desconto e a quantidade de produtos. Ao final, há outra aba (<total>) na qual é possível verificar o valor total do desconto, que foi lançado de acordo com a multiplicação do <qCom> pelo <vDesc> de cada produto, pois solicita ao fiscal que verificasse a origem dos descontos e a forma do cálculo deve ser pela multiplicação da quantidade de produtos com desconto pelo valor do desconto para cada produto.

Faz referência ao Decreto nº 70.235/72, onde roga para os princípios constitucionais, dentre eles o do formalismo moderado e o da verdade material.

O cerne questionado consiste em atendimento ao disposto constitucional, a Lei KANDIR, ao disciplinar a aplicabilidade do ICMS e, se não bastasse os dispositivos constitucionais, referendada em seus arts. 4º, XV, 17, XI e §1º da Lei nº 7.014/96, onde evidencia a certeza necessária da fórmula e critérios da alíquota interna da base impositiva de calcular a diferença de alíquota para não haver erro e excesso de tributação.

Vejo que o relator da Primeira Instância, antes mesmo de colocar os autos em pauta de julgamento, referendou duas diligências para sanar todas as dúvidas constantes nos autos. E, após todas as deliberações, o contribuinte não conseguiu elidir a autuação desta infração, não trazendo nada de novo que pudesse improceder, ou até mesmo, reduzir a autuação. Assim, também mantenho a Decisão piso pela procedência.

Diante do exposto, não vejo razões para reformar o v. acórdão recorrido, devido atendimento aos princípios basilares, demonstrando assim legalidade e, por não ver fundamento legislativo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado e mantendo a ação fiscal como PROCEDENTE EM PARTE do Auto de Infração. Assim, o montante do imposto é conforme abaixo:

INF	CONCLUSÃO	IMPOSTO-JJF	IMPOSTO-CJF
01	PROCEDENTE/NÃO PROVIDO	16.467,23	16.467,23
02	PROCEDENTE/NÃO IMPUGNADA	4,60	4,60
03	PROCEDENTE/NÃO PROVIDO	11.882,60	11.882,60
04	PROCEDENTE/NÃO IMPUGNADA	381,57	381,57
05	IMPROCEDENTE/NÃO OBJETO DO RV	0,00	0,00
06	PROCEDENTE EM PARTE/NÃO IMPUGNADA	1.623,25	1.623,25
07	PROCEDENTE EM PARTE/NÃO IMPUGNADA	2.582,64	2.582,64
08	PROCEDENTE EM PARTE/NÃO IMPUGNADA	1.786,50	1.786,50
TOTAL		34.728,39	34.728,39

VOTO VENCEDOR (Infração 1)

Com a devida vênia, devo discordar do voto do eminente Relator, quanto ao item 1. O autuante comparou a retenção para imposto devido ao Estado de Sergipe, entendendo que o mesmo valor deveria ter sido estornado pelas aquisições do Estado de Minas Gerais, quando o estorno em princípio, não tem qualquer correlação com as saídas para outros estados, conforme explicou.

Em determinadas circunstâncias, o imposto no estado de destino sequer é devido, por exemplo, no caso de as mercadorias lá serem isentas, e neste caso, mesmo que não pagasse qualquer valor ao estado destinatário final, nem por isto, deixaria de ter o direito de estornar o ICMS ST pago pela aquisição, do contrário o Estado da Bahia estaria a se locupletar de imposto pago, só por ter sido um estado de trânsito provisório da mercadoria.

In casu, o autuante comparou o valor pago pela saída, e entendeu que este valor, é que deveria corresponder ao estorno. O cálculo de substituição tributária, leva em consideração a alíquota interna do estado de destino, eventuais benefícios fiscais, etc., o que em si, pode tornar o valor diferenciado do ICMS ST pago pela aquisição, e não necessariamente igual.

No caso desta lide, só faria sentido haver cobrança de diferença de imposto estornado, se comprovado que parte da mercadoria adquirida, foi aqui comercializada e não revendida para outro estado, e isto sequer foi cogitado pelo autuante no lançamento.

Assim, considerando que as mercadorias adquiridas, foram inteiramente revendidas para o Estado de Sergipe, o valor a ser estornado só por coincidência seria igual, mas não obrigatoriamente, pois o cálculo do ICMS ST necessariamente não é igual, e já que se o contribuinte estornar um valor inferior ao que foi efetivamente pago pela aquisição, estaria enriquecendo a Fazenda Pública, sem causa, entendo que é improcedente a infração 1.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da infração 1. Assim, o montante do Auto de Infração é o seguinte:

INF	CONCLUSÃO	IMPOSTO-JJF	IMPOSTO-CJF
01	IMPROCEDENTE/PROVIDO	16.467,23	0,00
02	PROCEDENTE/NÃO IMPUGNADA	4,60	4,60
03	PROCEDENTE/NÃO PROVIDO	11.882,60	11.882,60
04	PROCEDENTE/NÃO IMPUGNADA	381,57	381,57
05	IMPROCEDENTE/NÃO OBJETO DO RV	0,00	0,00
06	PROCEDENTE EM PARTE/NÃO IMPUGNADA	1.623,25	1.623,25
07	PROCEDENTE EM PARTE/NÃO IMPUGNADA	2.582,64	2.582,64
08	PROCEDENTE EM PARTE/NÃO IMPUGNADA	1.786,50	1.786,50
TOTAL		34.728,39	18.261,16

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **089027.3000/16-7**, lavrado contra **ALIANÇA ATACADISTA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.474,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.786,50**, prevista no inciso IX da mesma Lei – reduzida a multa em obediência à Lei nº 13.461/15 c/c o art. 106, II, “c” da Lei nº 5.172/66 (CTN), com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 1) – Conselheiros(as): Ildemar José Landin, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Marcelo Mattedi e Silva e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO (Infração 1) – Conselheiros: José Raimundo Oliveira Pinho e Henrique Silva Oliveira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO – RELATOR/VOTO VENCIDO (Infração 1)

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - VOTO VENCEDOR (Infração 1)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS