

PROCESSO - A. I. N° 206951.0003/20-4
RECORRENTE - BOX 111 ADEGA GOURMET LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0002-02/21-VD
ORIGEM - INFRAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/11/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0279-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Crédito decorrente de devoluções não comprovadas. Infração parcialmente subsistente, em virtude de o recorrente ter comprovado parte das devoluções. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. O contribuinte aplicou alíquota sem contemplar o adicional de 2% vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Com o advento do Decreto nº 16.897/2016, instituiu-se o benefício da redução de base de cálculo em 41,176%, para as operações de importação e saídas internas destinadas a pessoas jurídicas, sem limitar a contribuintes de ICMS, com os produtos especificados, determinando observância do art. 7º, ou seja, a celebração do Termo de Acordo, sem qualquer imposição de observância das regras do art. 1º, I do Decreto nº 7.799/2000, sendo revogada a redação originária do referido Decreto, o qual previa a necessidade de observância do art. 1º, I. Não houve introdução desta exigência em momentos posteriores no teor da redação do art. 3º-F, nem tampouco em qualquer outro dispositivo legal. O lançamento de ofício não se sustenta no valor original contido no Auto de Infração, haja vista as disposições do Decreto nº 7.799/2000, vigentes à época dos fatos geradores, bem como fere o art. 111, II do CTN. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Vencido o voto do relator quanto à infração 3. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal), nº 0002-02/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 15/06/2020, para formalizar a constituição de crédito tributário no valor de R\$ 51.553,17, sob a acusação do cometimento das 03 (três) irregularidades assim discriminadas pelo órgão julgador da primeira instância, *in verbis*:

“INFRAÇÃO 01 – 01.02.28 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, apurada nos períodos de janeiro, junho, agosto, novembro de 2018, março, agosto e outubro de 2019. ICMS no valor de R\$ 5.101,37 acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 28, 30 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 309 e 310 do RICMS/2012.

A autuante informa que o contribuinte “Utilizou crédito de devolução irregular e de notas fiscais de saídas, conforme observação contida no Demonstrativo Anexo I do PAF”.

INFRAÇÃO 02 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, apurada nos períodos de janeiro a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 6.308,86 acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

A autuante informa que o contribuinte “Deixou de recolher o adicional do Fundo de Pobreza, previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96, conforme Demonstrativo II do PAF”.

INFRAÇÃO 03 – 03.02.06 – Recolheu a menor o ICMS em razão da utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo, apurada nos períodos de janeiro a dezembro de 2019. ICMS no valor de R\$ 40.142,94 acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29, § 8º da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 267 e 268, a depender da hipótese, do RICMS/2012.

A autuante informa que “A empresa utilizou o benefício do Decreto nº 7.799/2000, sem, contudo, atender aos requisitos exigidos pelo referido decreto previsto no art. 1º, inc. I, conforme Demonstrativo Anexo III do PAF”.

A Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide no dia 21/01/2021 e decidiu pela Procedência por unanimidade, nos seguintes termos (fls. 472 a 477):

“VOTO

O Auto de Infração em análise, imputa ao sujeito passivo a acusação de três infrações à legislação do ICMS, todas tempestivamente impugnadas de forma parcial.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual, atualmente na condição de MICROEMPRESA, optante do SIMPLES NACIONAL, desde 01/01/2020, condição que se encontrava também no período de 25/06/2013 a 31/01/2017. Ou seja, entre 01/02/2017 a 31/12/2018, estava inscrito na condição NORMAL, apurando o ICMS no regime de conta corrente fiscal, tudo conforme registros do SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO CONTRIBUINTE – INC.

A atividade econômica desenvolvida pela autuada, está cadastrada no CNAE-FISCAL 4635-4/99 - COMÉRCIO ATACADISTA DE BEBIDAS NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE e secundárias de comércio varejista de bebidas e produtos alimentícios em geral, além de serviços de alimentação para eventos e recepções – bufê.

O contribuinte tomou conhecimento do início da ação fiscal, através da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, fl. 08 encaminhada via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, mensagem 157423, postada em 23/04/2020, lida no mesmo dia.

Às fls. 33 a 390, foram anexados os demonstrativos analíticos acompanhados de vasta documentação que comprovam a integridade dos dados constantes nos citados demonstrativos elaborados de forma clara e didática, fato que permitiu ao contribuinte conhecer as acusações que estão lhe sendo imputadas.

Preliminarmente, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara; é possível determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o lançamento, portanto, a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Não tendo a defesa arguido preliminar de nulidade passo a analisar o mérito das acusações.

A infração 01 acusa o contribuinte de ter utilizado crédito fiscal indevidamente, repercutindo na redução do ICMS a recolher, decorrente de operações classificadas como devoluções.

Em sua defesa, a autuada argumenta que os créditos são legítimos, porquanto as operações que deram origem a estes, tidos pela fiscalização como indevidos, efetivamente decorreram de operações de devoluções de mercadorias, apresentando para cada operação as razões que entendeu justificar a apropriação dos créditos, admitindo ser procedente apenas uma parte da exigência.

A autuante, em sede de informação fiscal rebateu pontualmente cada argumento, com base em dados, fatos e evidências constantes nos próprios documentos apresentados pela defesa como provas da validade dos créditos exigidos, demonstrando de forma clara e cabal que as provas trazidas pela defesa, não validam seus argumentos.

Constatou, que contrariamente, os documentos apresentados pela defesa terminaram por corroborar com a acusação, e sendo as informações prestadas pela autuante comprovadas pelos documentos trazidos aos autos,

considero a infração 01 subsistente.

Em relação a infração 02, a acusação repousa no fato de ter a fiscalização constatado a falta de recolhimento do adicional de dois pontos percentuais, cuja arrecadação é inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96.

A defesa argumenta que procedeu parte do recolhimento do imposto, contudo, utilizou o código de receita 2141, referente a mercadoria substituída, quando deveria utilizar o código 2036 para as mercadorias tributadas.

Apresenta tabela relacionando todos os valores recolhidos com o código 2141 e cotejando com os valores apurados pela fiscalização, afirma que resta a recolher o montante de R\$ 314,38, referente ao ICMS do FUNCEP.

A autuante contesta os argumentos da defesa, afirmado que a autuada deveria usar a alíquota de 27% nas saídas da mercadoria, tendo utilizado 25% como pode ser observado no livro Registro de Saídas, cujas cópias estão anexas, sendo que os recolhimentos apresentados com a utilização do código de receita 2141, se refere a diferença de antecipação tributária, enquanto o crédito reclamado trata de imposto devido nas saídas.

Ao analisar detidamente o levantamento analítico elaborado pela autuante, anexo às fls. 34 a 60, verifica-se que as mercadorias relacionadas deveriam ter sido tributadas na saída, também com o adicional de dois pontos percentuais destinados ao FUNCEP, uma vez que se trata de mercadorias sujeitas a tributação normal, sendo também devido o ICMS – antecipação parcial, que foi recolhido, conforme constata-se ao examinar a relação de pagamentos efetuados em 2018 e janeiro de 2019.

Quanto aos recolhimentos efetuados com o código de receita 2141 – ICMS Antecipação Tributária Anexo 01 – Adicional Fundo Pobreza, a autuante assegura tratar-se de pagamento de valores referentes a diferença de antecipação tributária, não tendo relação com os valores exigidos na infração 02.

Verifico que a autuada não comprova sua alegação de que tais valores correspondem ao recolhimento do adicional de 2% destinado ao FUNCEP, não existindo nos autos qualquer evidencia que tal alegação seja consistente, e, assim não pode ser acolhida.

Quanto ao pedido de retificação do código de receita, esclareço que tal pedido deverá ser providenciado pelo contribuinte através de procedimento apartado, junto a unidade fazendária de sua circunscrição fiscal, por não ser cabível a sua apreciação neste processo administrativo fiscal.

Pelo exposto, considero procedente a exigência dos valores a recolher, sendo a infração 02 subsistente.

A infração 03, exige o ICMS recolhido a menor em razão da utilização indevida de benefício previsto no Decreto nº 7.799/2000, sem atender aos requisitos exigidos no seu art. 1º, inc. I.

A defesa argui que a autuada detém Termo de Acordo – Decreto nº 7.799/2000, concedido conforme Parecer nº 37470/2018, de 20/11/2018 e não se verifica a existência de vinculação entre o art. 3º-F com o art. 1º e seus incisos do citado decreto e não faz referência ao art. 1º, inc. I e sim, delimita tão somente a aplicação do art. 3º-F que abrange as NCMs por ela utilizadas.

Admite ser devido a exigência de R\$ 329,38 em virtude de vendas efetuadas a pessoas físicas que não fazem jus a redução da base de cálculo do ICMS, prevista no citado decreto.

A autuante, em sede de informação fiscal, mantém a infração, admitindo que a autuada é detentora do benefício, contudo, necessariamente, para usufruir do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, deve vender 65% do montante das mercadorias comercializadas no atacado para contribuintes do ICMS devidamente inscritos no Cadastro Estadual, quando o faturamento do ano anterior for menor ou igual a R\$ 45.000.000,00, que é o caso da autuada.

É fato que a autuada estava acobertada pelos benefícios do citado Decreto, uma vez que o Termo de Acordo assinado em 20/11/2018, conforme Parecer 37470/2018, teve vigência até 31/12/2019, período que contempla as ocorrências arroladas na infração 03.

Oportuno esclarecer que o Decreto nº 7.799/2000, concede a redução da base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do seu anexo, poderá ser reduzida em 41,176%, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, ao percentual de faturamento de 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais), consoante art. 1º, inc. I, perfil que se enquadra o contribuinte demonstrativo, fl. 82.

Importante frisar, que para usufruto do benefício de redução da base de cálculo o contribuinte deverá observar o que dispõe o art. 1º, inc. I, cuja redação foi dada pelo Decreto nº 9.547/2017, com efeitos a partir de 20/09/2005:

Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este

Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

I - 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais);

Ressalto ser equivocado o entendimento da autuada, ao interpretar que o art. 1º, inc. I do Decreto nº 7.799/2000, “...não se aplica ao solicitado Termo de Acordo DEFERIDO pela Secretaria do Estado da Bahia, e que “...não existe nenhuma vinculação do art. 3º-F do o art. 1º e seus incisos.”, uma vez que tendo assinado o Termo de Acordo, o contribuinte submete-se a todas as condicionantes previstas no citado decreto, inclusive ao que prevê o seu art. 7º, in verbis:

Art. 7º A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H, 3º-I e 3º-J fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através do titular da Diretoria de Estudos Econômico-Tributários e Incentivos Fiscais, e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.

(Redação dada pelo Decreto nº 14.372/2013 com efeitos de 29/03/2013 até 06/05/2019).

Da inteleção do dispositivo transscrito, conclui-se que o benefício concedido ao contribuinte atacadista nos termos do citado decreto é circunscrito a este estabelecimento, devendo este, se submeter integralmente às exigências e formalidades previstas no decreto, dentre as quais a celebração do Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda, que se constitui em mero instrumento de formalização para fruição do benefício fiscal, não podendo ultrapassar, tampouco limitar as condicionantes do Decreto nº 7.799/2000.

O demonstrativo, fl. 82, aponta que no período de 2019, abrangido pela fiscalização, em nenhum mês o percentual de faturamento de 65% do valor global das saídas, exigido para usufruto do benefício da redução da base de cálculo, foram destinadas a contribuintes do ICMS, portanto, a autuada, neste período, não fez jus ao benefício.

Assim, considero subsistente a infração 03.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 488 a 503, no qual inicia assinalando que a Decisão atinente à infração 01 foi absolutamente genérica, não tendo enfrentado as argumentações trazidas na peça defensiva, limitando-se a acolher as argumentações expendidas na informação fiscal.

Divide as razões do apelo atinente a este item da autuação por nota fiscal (sete das dez constantes do demonstrativo elaborado pela auditora, de fls. 11/12), conforme o exposto a seguir:

Nota Fiscal nº 131.

A autuante, em sua informação, afirmou que a devolução registrada na Nota Fiscal nº 131 foi irregular, pois não conseguiu encontrar a Nota Fiscal de saída vinculada (nº 876). Além disso, amparou sua conclusão pela irregularidade da devolução por ter sido efetuada 41(quarenta e um), dias depois da venda.

Diversamente do informado pela autuante, o documento fiscal de saída, DANFE NFC-e nº 876, foi juntado à defesa, constando do Anexo 1 da impugnação. Para além disso – e o mais importante – consta também dos registros da SEFAZ/BA para verificação, como se confirma na Consulta DANFE NFC-e que anexa no Doc. 04.

Caso tivesse sido intimado a se manifestar sobre a Informação Fiscal, teria juntado comprovação que, por alguma razão, a autuante não conseguiu encontrar, o que faz nesta oportunidade, por excesso de zelo, requerendo que seja apreciada por este Conselho de Fazenda.

Superado esse ponto, verifica-se no corpo dos DANFEs (ambos do Anexo 1 da defesa) que houve emissão de Documento Fiscal de Devolução, nº 131, em 31/01/2018, das mercadorias cuja operação de venda foi registrada na Nota Fiscal nº 876, de 20/12/2017. Procedimento que reputa absolutamente regular.

Indiferente o fato, ressaltado pela autuante, de a devolução da venda a consumidor final ter

ocorrido 41 dias depois, pois inexiste previsão legal de que tal devolução seja vedada ou presunção de que seja fraudulenta. O ônus de provar eventual fraude na operação seria do Fisco, que não produziu qualquer demonstração nesse sentido.

Nota Fiscal nº 1209.

Quanto a esta nota fiscal, o Recorrente juntou à sua impugnação (Anexo 2), carta de correção – “*CFOP onde lê-se 5202 considerar 1202*”. Em informação fiscal, a autuante informou que “*a defesa alega ter errado o CFOP e apresenta uma carta de correção onde não se identifica a que documento se refere*”.

Diante de tal afirmação, tem como muito provável que a auditora fiscal desconheça a estrutura de uma carta de correção, crendo que esta possuiria uma chave de acesso autônoma. Caso tivesse verificado os 44 dígitos da chave de acesso da carta de correção e a comparasse à chave da nota fiscal, anexada por si na folha seguinte, constataria a vinculação entre ambas e reconheceria a improcedência da autuação.

Nota Fiscal nº 1279.

O crédito foi reputado irregular pela autuante porque o endereço da NF de devolução não confere com o constante da Nota Fiscal de venda.

Ocorre que, como informado na impugnação, tratou-se de mero erro material no preenchimento da NF, mas que não a altera em seus aspectos substanciais, posto que o CNPJ informado é o correto.

Nesse contexto, o documento fiscal não pode ser tido como inidôneo, pois, apesar de conter declaração inexata, tal irregularidade não o torna imprestável para o fim a que se destina, *ex vi* do art. 44, “d” e parágrafo único da Lei Estadual nº 7.014/96.

Nota Fiscal nº 1334.

Ao prestar informação sobre este ponto da autuação, a auditora fiscal, olvidando toda a explicação dada pela defesa, consigna que a Nota Fiscal se refere a despesa com refeição, devolvida 20 dias depois, e que apresenta saída anterior à emissão, pelo que ratifica seu entendimento de que a devolução seria irregular.

Entretanto, como informado na impugnação, não se tratou efetivamente de devolução. A Recorrente, constatando equívoco na descrição do produto da Nota Fiscal nº 1322 (despesa com refeição) alguns dias depois da emissão, emitiu Nota Fiscal de devolução para estornar a operação e emitiu novas notas fiscais para regularizar a saída dos itens. Inexiste qualquer irregularidade nesta forma de proceder, sendo legítima a tomada de crédito.

Caso a Autuante pretendesse desqualificar o procedimento, deveria provar o cometimento de fraude, mas não o fez, presumindo-lhe a má-fé sem qualquer lastro para tanto.

Nota Fiscal nº 1348.

A Autuante presume a irregularidade da Nota Fiscal de devolução de mercadorias, pois a “*Nota Fiscal nº 1348 se refere a devolução 45 dias depois das Notas Fiscais de venda números 1313 e 1316 anexa a essa informação. Ademais, o destinatário é um bar*”.

A priori, destaque-se que não há qualquer previsão legal de que um bar não pode devolver uma bebida 45 dias após a compra, de modo que inexistiria irregularidade caso fosse essa a operação realizada.

Ocorre que, como informado na impugnação, mais uma vez não se está diante de efetiva devolução de mercadorias, mas de cancelamento de Nota Fiscal emitida equivocadamente, via emissão de Nota Fiscal de devolução, procedimento absolutamente regular.

No caso, o Recorrente constatou que emitiu Notas Fiscais em duplicidade para a mesma operação (Notas Fiscais nºs 1313 e 1316 – Anexo 5 da Defesa). Para corrigir o equívoco, emitiu a Nota de Devolução nº 1438.

Pelas mesmas razões enunciadas no tópico precedente, o procedimento e a tomada de crédito são regulares até que se prove o contrário, ônus de que não se desincumbiu a Autuante.

Nota Fiscal nº 8.

Sobre as razões de improcedência da autuação relativa ao crédito da Nota Fiscal nº 8, a Autuante não teceu qualquer consideração em sua Informação Fiscal. A única consideração é a que consta do Anexo I do Auto de Infração: “*Nota Fiscal nº 1566 (REF. SAÍDA NÃO EXISTE; fl. 12)*”.

Como informado na defesa, a Nota Fiscal nº 8 é relativa à devolução de parcela dos produtos enumerados na Nota Fiscal de saída nº 1566, de 27/08/2019. Afirma anexar esse último documento fiscal ao Recurso por excesso de zelo (Doc. 05), comprovando que houve remessa em consignação de 180 (cento e oitenta) garrafas de vinho para a empresa Bahia Eventos Ltda. (Nota Fiscal nº 1566), em 22/08/2019, das quais foram devolvidas 65 (sessenta e cinco) unidades (Nota Fiscal nº 8) em 27/08/2019.

Provavelmente (pois não houve informação que permita conclusão definitiva nesse sentido), a Auditora Fiscal consignou que a referência de saída não existe porque os valores não são coincidentes.

Analizando as duas Notas Fiscais, contudo (fls. 519/520), verifica-se que houve devolução de parte dos produtos remetidos em consignação – o que é, inclusive, o esperado -, procedimento sem qualquer irregularidade, sendo improcedente a autuação também quanto a este tópico.

Nota Fiscal nº 1627.

Por fim, a autoridade Autuante presume a irregularidade da devolução registrada na Nota Fiscal nº 1627 por ter ocorrido 21 dias após a venda, dentro da mesma cidade.

Não há qualquer dispositivo legal que ampare a presunção de que uma devolução ocorrida 21 dias depois da saída da mercadoria, advinda de cliente domiciliado na mesma cidade, seja irregular ou fraudulenta. Inexistindo prova nesse sentido, a operação e o crédito são regulares, sendo a autuação improcedente.

Quanto à infração 02, sinaliza o sujeito passivo que, conforme demonstrado na impugnação, para realizar o recolhimento do adicional de 2% do FUNCEP, utilizou o código de receitas 2141 (ICMS Antecipação Tributária Anexo 01 - Adicional Fundo Pobreza), quando o correto teria sido utilizar o código 2036 (ICMS Adicional Fundo de Pobreza - Inscrito).

Isso se comprovaria nas memórias de cálculo (Docs. 06 e 07), e nas Notas Fiscais de referência (Docs. 08 e 09). Do cotejo dessa documentação, verifica-se que realizou, de maneira equivocada, o cálculo do adicional do FUNCEP sobre Notas Fiscais de aquisição de vinho.

O vinho não está no Anexo 01 do Regulamento do ICMS desde o ano de 2016 (Decreto nº 16.738, de 20/05/2016, efeitos a partir de 01/06/2016), ficando evidente que não passou de equívoco o recolhimento da exação sob o código 2141, próprio de mercadorias da substituição tributária.

Acrescenta que, apesar de ter efetuado o recolhimento do adicional do FUNCEP nas entradas, sob o código relativo à antecipação tributária, não tomou o crédito desses recolhimentos, como teria ocorrido se tivesse dado ao recolhimento o tratamento de “*antecipação parcial*”. Essa hipótese foi aventada para demonstrar que os valores permaneceram nos cofres do Estado.

Em outras palavras, apesar dos equívocos relatados, houve efetiva arrecadação pelo Estado da Bahia de parte significativa dos valores cobrados na infração 02 a título de FUNCEP, ainda que pelas entradas.

Mais especificamente, recolheu um total de R\$ 5.994,48, correspondentes ao adicional do FUNCEP, no período fiscalizado. Contrapondo-se ao lançamento realizado pela autuante, de R\$ 6.308,86, resta um valor de R\$ 314,38, que assume como devido.

Quanto à infração 03, admite a exigência de R\$ 329,38, em função de vendas efetuadas a pessoas físicas que não fazem jus à redução da base de cálculo do ICMS.

Todavia, diz que o Poder Executivo foi expresso quando pretendeu condicionar a fruição dos benefícios autônomos contidos no Decreto nº 7.799/2000 aos requisitos do art. 1º. Quando não o faz, é vedado às autoridades autuantes procederem de modo diverso, conforme ocorre na presente hipótese, criando redação do Decreto que não existe.

O art. 3º-F foi introduzido no Decreto nº 7.799/2000 pelo Decreto nº 10.066, de 03/08/2006, cujo parágrafo único dispunha expressamente que “*para fruição do benefício de que trata este artigo, deverá ser observada a correspondência prevista no art. 1º entre o valor das saídas destinadas a contribuintes do ICMS e o faturamento total*”.

Esta redação do parágrafo, que poderia sustentar a pretensão da Autuante, cujos efeitos retroagiram a 01/08/2006, manteve-se até 31/12/2009, quando foi revogada pelo Decreto nº 11.806, de 26/10/2009.

O referido dispositivo ressurgiu no âmbito do Decreto nº 7.799/2000 mediante a alteração inserida pelo Decreto nº 11.923/2010, porém com redação diversa, abrigando as operações com vinhos da NCM 2204 e sem prever o citado parágrafo, que determinaria a observância dos percentuais e condicionantes do art. 1º, I.

Apenas em 2016, com o Decreto nº 16.897, de 24/08/2016, instituiu-se o benefício da redução de base de cálculo em 41,176% para as operações de importação e saídas internas destinadas a pessoas jurídicas, sem limitar a contribuintes de ICMS, com os produtos especificados.

Determinou-se, ainda, a observância do art. 7º que, nada mais, nada menos, impõe seja celebrado o termo de acordo, sem qualquer imposição de observância das regras do art. 1º, I do Decreto nº 7.799/2000.

Em síntese, após a revogação da redação originária, cujo parágrafo único, depois renumerado para §1º, previa a necessidade de observância do art. 1º, I, não houve introdução deste requisito em momentos posteriores na redação do art. 3º-F, nem em qualquer outro dispositivo no Decreto nº 7.799/2000.

A presente autuação, além de não se sustentar frente às disposições do Decreto nº. 7.799/2000, a seu sentir, viola também o art. 111, II do CTN, por não interpretar literalmente legislação tributária referente a benefício fiscal.

Conclui que não poderá ser apenado por uma interpretação extensiva do benefício (art. 3º-F, Decreto nº 7.799/2000) que lhe impõe, sem previsão regulamentar, as condições do art. 1º, I do Decreto nº 7.799/2000.

Encerra pugnando pela Procedência Parcial da autuação, nos valores respectivos das infrações 01, 02 e 03 de R\$ 200,47, R\$ 314,38 e R\$ 329,38.

VOTO (Vencido quanto à infração 3)

Por meio da infração 01, no valor de R\$ 5.101,37, acusa-se o contribuinte da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, com repercussão na obrigação principal. O demonstrativo da auditora está às fls. 11/12, em que se observa a glosa dos créditos atinentes a 10 (dez) notas fiscais, das quais o sujeito passivo contestou apenas 07 (sete). Vejamos:

Nota Fiscal nº 131.

A autuante presumiu que a devolução da Nota Fiscal nº 131 foi irregular, pois ocorreu 41 (quarenta e um) dias depois da venda. Também não conseguiu encontrar a Nota Fiscal de saída vinculada (n.º 876).

Entretanto, não existe dispositivo legal ou regulamentar que ampare tal presunção.

A NFC-e n.º 876 (nota fiscal eletrônica de saída de venda a consumidor final), foi juntada à defesa, constando do Anexo 1 da impugnação, às fls. 406/407, nas quais é possível notar que a mercadoria é a mesma que foi devolvida (fls. 12 e 405; “*Tapada do Fidalgo Reserva Tinto*”).

Nota Fiscal nº 1209.

Quanto a esta nota fiscal, o Recorrente juntou à sua impugnação (fl. 408; Anexo 2), carta de correção com a mesma chave eletrônica do DANFE nº 001.209, de fl. 409. Na referida carta, conforme aduzido na Defesa e no Recurso, é possível ler a seguinte informação: “*CFOP onde lê-se 5202 considerar 1202*”.

Nota Fiscal nº 1279.

O crédito foi reputado irregular pela autuante, porque o endereço da Nota Fiscal de devolução não confere com o constante da Nota Fiscal de venda. Porém, trata-se de mero erro material de preenchimento da Nota Fiscal, visto que o CNPJ informado é o correto.

Nota Fiscal nº 1334.

A Auditora entendeu que esta Nota Fiscal se refere a despesa com refeição, devolvida 20 dias depois (DANFE de fl. 417).

Conforme expôs o recorrente, não se tratou efetivamente de devolução. Tendo constatado equívoco na descrição do produto da Nota Fiscal nº 1322 (DANFE de fl. 416; despesa com refeição), o Autuado emitiu Nota Fiscal de devolução para estornar a operação, e emitiu novas notas fiscais para regularizar a saída dos itens (vide campo das informações complementares do DANFE de fl. 417).

Nota Fiscal nº 1348.

Como informado na impugnação e no apelo, mais uma vez, não se está diante de efetiva devolução de mercadorias, mas de cancelamento de Nota Fiscal emitida equivocadamente, via emissão de Nota Fiscal de devolução.

O sujeito passivo constatou que emitiu Notas Fiscais em duplicidade para a mesma operação (Notas Fiscais nºs 1313 e 1316 – Anexo 5 da Defesa; fls. 418/419). Para corrigir o equívoco, emitiu a Nota de Devolução nº 1438 (fl. 420).

Nota Fiscal nº 8.

A Nota Fiscal nº 8 – de fl. 421 -, é relativa à devolução de parcela dos produtos enumerados na Nota Fiscal de saída nº 1566, de 27/08/2019 (Doc. 05 do Recurso Voluntário; fl. 519). Houve remessa em consignação de 180 (cento e oitenta) garrafas de vinho para a empresa Bahia Eventos Ltda. (Nota Fiscal nº 1566), em 22/08/2019, das quais foram devolvidas 65 (sessenta e cinco) unidades (Nota Fiscal nº 8), em 27/08/2019.

Nota Fiscal nº 1627.

Por fim, a autoridade Autuante presumiu a irregularidade da devolução registrada na Nota Fiscal nº 1627, por ter ocorrido 21 dias após a venda. Com efeito, assiste razão à recorrente, pois não há dispositivo legal que ampare a presunção de que uma devolução ocorrida 21 dias depois da saída da mercadoria, advinda de cliente domiciliado no mesmo Município, seja irregular ou fraudulenta.

Com isso, no demonstrativo de fls. 11/12, remanesce apenas o valor devido de R\$ 200,47, referente aos meses de março (DANFE nº 150.594), no valor de R\$ 167,93, e agosto (DANFEs nºs 1563 e 1554), na cifra de R\$ 32,54, ambos de 2019.

Infração 01 parcialmente elidida, de R\$ 5.101,37 para R\$ 200,47.

Com referência à infração 02, a acusação é de falta de recolhimento do adicional de dois pontos percentuais do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96.

Afirma o recorrente que recolheu em parte, mas utilizou o código de receita 2141, referente às entradas de mercadorias substituídas, quando deveria utilizar o código 2036, relativo às mercadorias tributadas.

Reconhece como devida apenas a cifra de R\$ 314,38.

No levantamento elaborado pela autuante, de fls. 34 a 60, verifica-se que as mercadorias relacionadas deveriam ter sido tributadas na saída, com o adicional de dois pontos percentuais destinados ao FUNCEP, uma vez que se trata de tributação normal.

Alinho-me com o posicionamento da JJF, pois, de fato, o recorrente não comprovou a sua alegação, de que tais valores correspondem ao recolhimento do adicional de 2% destinado ao FUNCEP. Eventual pedido de restituição de indébito ou de retificação de código de receita deve ser direcionado à autoridade competente para apreciá-los.

Infração 02 subsistente.

Por meio da infração 03, imputa-se ao recorrente o recolhimento a menor do ICMS, em virtude da utilização indevida do benefício previsto no Decreto nº 7.799/2000, ou seja, sem atender aos requisitos exigidos no seu art. 1º, inc. I.

A sociedade empresária admite a exigência de R\$ 329,38, em função de vendas efetuadas a pessoas físicas que não fazem jus à redução da base de cálculo do ICMS.

O recorrente estava acobertado pelos benefícios do citado Decreto, uma vez que o Termo de Acordo assinado em 20/11/2018, conforme o Parecer nº 37.470/2018, teve vigência até 31/12/2019, período que abrange as datas das ocorrências da infração 03.

O Decreto nº 7.799/2000, concede a redução da base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do seu anexo em 41,176%, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, ao percentual de faturamento de 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais), consoante o art. 1º, inc. I, perfil em que se enquadra o contribuinte, conforme o demonstrativo de fl. 82.

Para usufruto do benefício, o particular deverá observar o que dispõe o art. 1º, inc. I do Decreto nº 7.799/2000.

O demonstrativo de fl. 82, aponta que no período de 2019, abrangido pela fiscalização, o percentual de faturamento de 65% do valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS, exigido para usufruto do benefício da redução da base de cálculo, não foi alcançado.

Assim, tenho como caracterizada a infração 03.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 3)

Da análise dos autos, acompanho o n. Conselheiro Relator Paulo Danilo Lopes, no que tange às infrações 01 e 02, no sentido de julgar parcialmente procedente a infração 01, e procedente a infração 02, com base nas corretas argumentações trazidas no bojo do seu detalhado voto.

Todavia, peço vênia ao Conselheiro Relator, para dele divergir em relação a infração 03. A referida infração cinge-se ao recolhimento a menor de ICMS, em face da utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo para efeito de apuração do imposto referente ao período de janeiro a dezembro de 2019.

Assiste razão à recorrente, ao arguir que é devido apenas o valor de R\$ 329,38, relativo às vendas efetuadas a pessoas físicas que não fazem jus à redução da base de cálculo do ICMS. Porém, para vendas efetuadas às pessoas jurídicas, deve prevalecer o **Termo de Acordo** consignado à fl. 425 dos autos.

Com o advento do Decreto nº 16.897, de 24/08/2016, instituiu-se o benefício da redução de base de cálculo em 41,176%, para as operações de importação e saídas internas destinadas a pessoas jurídicas, sem limitar a contribuintes de ICMS, com os produtos especificados.

Determinou-se a observância do art. 7º, ou seja, a celebração do Termo de Acordo supracitado, sem qualquer imposição de observância das regras do art. 1º, I do Decreto nº 7.799/2000.

Como bem pontuado pela empresa recorrente, com a expressa revogação da redação originária do referido Decreto, o qual previa a necessidade de observância do art. 1º, I, não houve introdução desta exigência em momentos posteriores no teor da redação do art. 3º-F, nem tampouco em qualquer outro dispositivo legal.

Por conseguinte, este lançamento de ofício não se sustenta no valor original contido no Auto de Infração, haja vista às disposições do Decreto nº 7.799/2000, vigentes à época dos fatos geradores, bem como fere o art. 111, II do CTN.

Assim sendo, o valor da infração 03 fica desonerado para o montante de **R\$329,38**, diferentemente do entendimento trazido no voto do n. Relator.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração, nos termos acima postos. Assim, o montante do Auto de Infração fica o seguinte:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE/PROV. EM PARTE	5.101,37	200,47	60%
02	PROCEDENTE/N.PROVIDO	6.308,86	6.308,86	60%
03	PROCEDENTE/PROV. EM PARTE	40.142,94	329,38	60%
TOTAL		51.553,17	6.838,71	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206951.0003/20-4, lavrado contra **BOX 111 ADEGA GOURMET LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.838,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Infração 3) – Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Henrique Silva de Oliveira e Maurício Souza Passos

VOTO VENCIDO (Infração 3) – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes e Marcelo Mattedi e Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à infração 3)

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS - VOTO VENCEDOR
(Infração 3)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS