

PROCESSO - A. I. Nº 278987.0002/15-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - OUTSPAN BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3º JJF nº 0039-03/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFRAZ BARREIRAS (OESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0071-12/22

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O sujeito passivo logra êxito em elidir a autuação, uma vez comprovado por meio de diligência, realizada por Auditor estranho ao feito, a efetiva exportação das mercadorias arroladas no levantamento fiscal. Infração 03 Insubsistente. **b)** FALTA DE RETENÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. VENDAS REALIZADAS DENTRO DO ESTADO. Restou comprovado nos autos, mediante diligência, que as mercadorias objeto da autuação não foram internalizadas e sim exportadas. Infração 04 insubsistente. **c)** DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. ATIVO FIXO. O sujeito passivo logra êxito em elidir parcialmente a autuação. Demonstrado em sede de diligência, que o sujeito passivo aplicou a redução da base de cálculo conforme prevista no Convênio ICMS 52/91. Infração parcialmente subsistente. Rejeita a preliminar de nulidade. Mantida a decisão de primeiro grau. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) em face do Acórdão em epígrafe, de sua própria lavra, que concluirá pela procedência parcial da autuação ao reconhecer, após diligência fiscal e amplo contraditório, que, em relação às Infrações 03 e 04 as mercadorias envolvidas foram exportadas, dando azo à sua improcedência; e em relação à Infração 04 foi aplicada a redução de base de cálculo do Convênio ICMS nº 52/91, dando azo à sua parcial subsistência.

O Autuado, ora Recorrido, se viu com isso desonerado, ao tempo da prolação da decisão, do montante de R\$2.180.068,73 (fl.584).

O Auto de Infração foi lavrado em 26/09/2015, e notificado ao Sujeito Passivo em 16/10/2015 (fl. 77). Duas das cinco acusações foram reconhecidas (Infrações 01 e 02), portanto não se encontram em lide. As Infrações 03, 04 e 05, com ocorrências em períodos de apuração variados dos exercícios fiscais de 2012 a 2014, foram enunciadas como segue:

Infração 03 - 02.01.03. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de março a maio de 2014. Exigido o valor de R\$337.653,51, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 07.02.03. Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de março a maio de 2014. Exigido o valor de R\$33.765,35, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - 06.01.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de dezembro de 2012, janeiro a maio, julho a novembro de 2013, janeiro, fevereiro, abril, junho, outubro e dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$620.542,85, acrescido da multa de

60%.

Afirmou a 3^a JJF que, com efeito, a Infração foi afastada, consoante fundamentação a seguir transcrita:

VOTO

De início, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em total consonância com a legislação de regência. As irregularidades apuradas afiguram-se devidamente demonstradas no levantamento fiscal, que serve de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração da exigência fiscal se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

No que concerne à alegação da defesa, de que a autuação é nula, sob o argumento de que o trabalho fiscal foi inacabado, por entender que não foram realizadas quaisquer análises documentais e na prática não lhe concedeu chance para que apresentasse esclarecimentos e/ou documentos, verifico que não deve prosperar a alegação defensiva.

Observo que na fase em que se processa os trabalhos de fiscalização, ocasião em que ainda inexiste qualquer acusação formal contra o sujeito passivo, ou seja, ainda não se instalou o contraditório, a legislação de regência não institui qualquer obrigação formal para oitiva ou esclarecimentos do Contribuinte pelo agente fiscalizador. O que somente ocorre com a lavratura do Auto de Infração, momento em que é dada ciência da acusação e se inicia o contraditório abrindo-se o prazo de defesa para o Autuado se manifestar nos autos.

Assim, por entender que inexiste qualquer obrigatoriedade prevista na legislação para a intimação do sujeito passivo, para apresentação de esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração, rejeito a preliminar suscitada.

Não vislumbro também nos presentes autos, qualquer ofensa aos princípios regem o processo administrativo fiscal.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18 do RPAF-BA/99, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de cinco infrações à legislação baiana do ICMS, consoante discriminação pormenorizada no preâmbulo do relatório.

O Autuado reconheceu o cometimento das Infração 01 e 02, e procedeu ao recolhimento da exigência atinente a esses dois itens da autuação, fls. 289 e 290. Assim, ante a inexistência de lide, são procedentes às Infrações 01 e 02.

A Infração 03 trata da falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em suas razões de defesa, o Autuado pugnou pela improcedência da autuação, sustentando que os documentos e a perfeita demonstração das operações estão anexados aos (docs. 04 e 05), relativamente a todas as Notas Fiscais Autuadas, conforme fls. 87 e 88. Observou que os documentos provam que o Autuante pretendeu indevidamente tributar operações de exportação, logo, operações sem incidência do ICMS, contrariamente aos termos expressos da Constituição da República e da legislação federal e estadual.

Registrhou, que a própria lei estadual, atenta à regra que expressa a não incidência, veda de maneira taxativa a cobrança do ICMS também sobre operações intermediárias, realizadas com o fim específico de exportação, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreve.

Sustentou, que provadas as exportações, como no caso, é de rigor o cancelamento do crédito tributário, conforme vem reconhecendo este Conselho de Fazenda.

Ao proceder à informação fiscal, o Autuante manteve a autuação, frisando que não encontrou exportação alguma do Autuado no período fiscalizado.

Em manifestação à informação prestada pelo Autuante, o Defendente explicou que o Autuante, em sua pesquisa no Siscomex, utilizou o CNPJ de sua filial, a ora autuada, ao passo que todas as pessoas jurídicas operam no Siscomex com o CNPJ da matriz. Apresentou tela do Siscomex, fl. 317, para demonstrar que, mesmo constando a matriz como exportador, resta claro, que a exportação se refere ao estabelecimento autuado de CNPJ 07.028.528/0019-47

Em diligência solicitada por essa 3^a JJF, para verificar se as operações arroladas nesse item da autuação atenderam às exigências preconizadas pelos artigos 407, 408, 409 e 415 do RICMS-BA/12, o Auditor Fiscal designando, depois de examinar a documentação carreada aos autos pelo Defendente, informou expressamente, fl. 399, que restou comprovada a exportação das mercadorias constantes da Infração 03.

Ao compulsar as peças, constato que, de fato os exames realizados na documentação apresentada pela Defesa pelo Auditor Fiscal diligente, conforme expressamente revela à fl. 398, evidenciam que as mercadorias objeto

da autuação foram exportadas. Assim, nos termos expedidos, acolho a conclusão da diligência de que é indevida o imposto exigido nesse item da autuação.

Nos termos expedidos, a Infração 03 resta descaracterizada.

A Infração 04 cuida da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Em sua Impugnação, o Defendente pugnou pela improcedência desse item da autuação, asseverando que a acusação fiscal se alicerça nas mesmas notas fiscais objeto da Infração 03, e se referem a operação de exportação. Sustentou também que o produto objeto da autuação não consta do Anexo I, do RICMS-BA/12, portanto é indevida a aplicação de MVA e que não há que se falar em imposição de ICMS-ST, sobre as saídas.

O Autuante manteve a autuação, explicou que a tributação é devida, uma vez que não houve exportação, logo ocorrerá a internalização e a comercialização da mercadoria café.

Em diligência solicitada por essa 3ª JJF, para verificar se as mercadorias arroladas nesse item da autuação foram exportadas, o Auditor Fiscal designado, depois de examinar a documentação carreada aos autos pelo Defendente, informou que são as mesmas notas fiscais arroladas na Infração 03 e se referem a exportação, não havendo que se falar em incidência de ICMS. Esclareceu ainda que se trata de mercadoria de NCM 09.01.11.10 - "Café Cru não Torrado, Não Descafeinado, em Grão", não constante do Anexo I do RICMS-BA/99, não se submetendo a imposição do ICMS-ST, não sendo devida a exigência objeto da autuação.

Depois de examinar os elementos coligidos no contraditório que emergiu desse item da autuação, precípuamente o resultado da diligência realizada pelo Auditor Fiscal designado, verifico que assiste razão ao Impugnante, haja vista a sua conclusão de restar comprovado que as mercadorias objeto da autuação foram exportadas e, portanto, resta descaracterizada a exigência de ICMS-ST alvo da acusação fiscal.

Assim, pelo expedido, concluo pela insubsistência da Infração 04.

A Infração 05 imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

A matéria encontra-se embasada no inciso XV, do art. 4º da Lei 7.014/96, e no inciso III, §4º, do art. 305 do RICMS-BA/12, in verbis:

Lei nº 7.014/96:

"Art. 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto."

Regulamento do ICMS da Bahia/2012:

"Art. 305. No regime de conta corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

[...]

§4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

[...]

III – o valor correspondente à diferença de alíquotas: a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente."

Em sede de impugnação, o defensor negou o cometimento da irregularidade apurada, e assinalou que a Fiscalização simplesmente ignorou a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91, e internalizada pelo RICMS-BA/12. Sustentou que sem considerar que essa redução se aplicou sobre a larga maioria das operações autuadas, talvez por conta da mesma pressa em finalizar a fiscalização, o diferencial de alíquotas sobre o valor "cheio" das Notas Fiscais, sem observar a redução, ou seja, sem observar a lei.

O Autuante manteve a autuação, asseverando que na EFD e/ou NFes constantes nos arquivos magnéticos e/ou SPED, afirmando que não foi encontrada a redução nas bases de cálculos aludidas.

Depois de diversas diligências solicitadas por essa JJF, o Auditor Fiscal designado, depois de intimar o Autuado a apresentar a identificação e discriminação das operações com redução de base de cálculo previstas no Convênio ICMS Nº 52/91, para cada uma das operações elencadas no demonstrativo de apuração elaborado pelo Autuante, constatou depois de examinar a planilha apresentada pelo Defendente que as operações cujas reduções de base de cálculos foram aplicadas pelo Autuado estão acobertadas pelos Anexos I e II, do Convênio ICMS 52/91 e elaborou um novo demonstrativo, acostado à fl. 480, contemplando as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que não tiveram o recolhimento do DIFAL efetuado pelo autuado. Remanescendo o débito

no valor de R\$9.303,26.

O Autuado, intimado do resultado da diligência, informou que o preposto fiscal reconheceu a procedência de seus argumentos e acatou o saldo remanescente apurado no novo demonstrativo.

Depois de examinar as peças que constituem a acusação fiscal, e o contraditório instalado nos presentes autos em torno desse item da autuação, verifico que foram examinados e acolhidos os elementos de prova carreados pelo Impugnante, por diligente designado para aquilar as provas trazidas aos atos pelo Defendente, que resultou na diminuição do valor originalmente lançado.

Acolho as conclusões do Auditor Fiscal designado prestadas no resultado da diligência, considerando a sua afirmativa, da constatação de que a quase totalidade das operações arroladas no levantamento fiscal, tiveram o diferencial de alíquota apurado em consonância com o previsto no Convênio ICMS 52/91, in verbis:

“Cláusula primeira Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

I - nas operações interestaduais:

a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 5,14% (cinco inteiros e catorze centésimos por cento);

b) nas demais operações interestaduais, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento);

[...]

Cláusula quinta Para efeito de exigência do ICMS devido em razão do diferencial de alíquota, o Estado onde se localiza o destinatário dos produtos de que trata este Convênio reduzirá a base de cálculo do imposto de tal forma que a carga tributária total corresponda aos percentuais estabelecidos nas Cláusulas primeira e segunda para as respectivas operações internas.”

Nesse sentido, remanesce o débito de R\$9.313,26, conforme demonstrativo acostado à fl. 480.

Nos termos expendidos, concluo pela caracterização parcial da Infração 05.

Quanto à solicitação para que fosse relevada ou reduzida a penalidade aplicada, saliento que a multa aplicada se encontra expressamente estatuída no art. 42 da Lei nº 7.014/96, e esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para dispensar ou reduzir penalidade legalmente prevista.

Assim, concluo pela subsistência parcial do Auto de Infração, conforme discriminado no demonstrativo a seguir.

No que se refere à solicitação do Impugnante, para que todas as intimações sejam enviadas para o endereço de seus advogados Flávio de Haro Sanches, em Veirano Advogados, estabelecido na Av. Faria Lima, nº 3477, 16º andar, Itaim, São Paulo-SP, CEP 04538-133, saliento inexiste qualquer impedimento para que tal providência seja tomada. A intimação ao sujeito passivo 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 e 109 do RPAF-BA/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, homologando-se os valores recolhidos.

Foi interposto Recurso de Ofício.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 17/03/2022, para julgamento.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Srs. Felipe Carra Richter – OAB/SP nº 234.393.

VOTO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), por isso dele conheço.

A lide demanda avaliar se agiu com acerto a 3ª JJF, ao julgar improcedentes as acusações relativas às Infrações 03 (deixar de tributar operação tributável) e 04 (deixar de aplicar ICMS-ST das operações internas subsequentes a uma importação), e ao reduzir o valor do lançamento na Infração 05.

Com efeito, não há dúvidas que as infrações 03 e 04 dizem respeito às operações com as mesmíssimas mercadorias, e que tais acusações resultaram do fato de que, ao exportar para o exterior as mercadorias, o Sujeito Passivo centralizara as operações no CNPJ da matriz, como sói

ocorrer no âmbito do SISCOMEX.

Tais fatos se encontram robustamente reconhecidos pelo preposto da Autoridade Tributária que realizou diligência fiscal, sob solicitação da 3^a JJF (relatório de fls. 398 a 399; mídia de fl. 400).

Nada vejo a opor críticas à conclusão do órgão julgador *a quo*, que enfim alcançou sua conclusão a partir da linguagem das provas.

Com relação à Infração 05 (não recolhimento do ICMS-DIFAL nas operações de ingresso de mercadorias destinadas a compor o seu ativo permanente), adianto-me do mesmo modo para afirmar que o julgado se houve de modo correto e escorreito.

Constatou-se, também em sede de diligência fiscal, que as operações cujas reduções de base de cálculos foram aplicadas pelo Autuado estão acobertadas pelos Anexos I e II, do Convênio ICMS 52/91. Elaborou-se um novo demonstrativo, acostado à fl. 480, contemplando as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que não tiveram o recolhimento do DIFAL efetuado pelo autuado.

Tendo permanecido o débito no valor de R\$9.303,26, o Autuado, intimado do resultado da diligência, informou que o preposto fiscal reconheceu a procedência de seus argumentos e acatou o saldo remanescente apurado no novo demonstrativo.

Desnecessário dizer mais.

Nas três acusações, a lide solucionou-se a partir dos elementos probatórios, após amplo contraditório e após depuração técnica da atividade administrativa de constituição do crédito tributário.

Ante o exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser homologados os valores eventualmente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278987.0002/15-2, lavrado contra **OUTSPAN BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.303,26**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$31.736,83**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS