

PROCESSO	- A. I. N° 281424.0007/22-2
RECORRENTE	- ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0064-03/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 17/11/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0340-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. REGISTRO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTAVEIS. Ajustes realizados pelo Autuante na informação fiscal com base nas alegações comprovadas carreadas aos autos pelo sujeito passivo reduz o valor lançado originalmente. Infração parcialmente subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. SAÍDAS ESCRITURADAS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Contribuinte não impugna acusação fiscal. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. 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 27/12/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 72.141,06, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 02.01.03. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no mês de junho de 2018 a dezembro de 2021, no valor de R\$ 16.970,97, acrescido da multa de 60%, Demonstrativos às fls. 15 a 38 e CD a fl. 10;

Infração 02 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de aplicação de alíquotas diversas da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, nos meses de junho de 2018 a outubro de 2021, no valor de R\$ 55.170,09, acrescido da multa de 60% Demonstrativos às fls. 60 a 83 e CD a fl. 10.

O Autuado **impugna o lançamento**, fls. 116 a 123. Assinala que na Infração 01 o Autuante elenca uma série de mercadorias que foram comercializadas como não tributáveis, mas que seriam tributáveis, durante o período entre 2018 e 2021. Frisa que em relação ao exercício de 2021, o Autuante cometeu um equívoco que gerou o lançamento indevido de débito tributário de ICMS. Cita que como a fiscalização efetuou o lançamento como se os códigos 115970 e 115866 fossem, respectivamente, achocolatado em pó e aparador de pelo, mercadorias que realmente estariam sujeitas à tributação, fls. 24 e 25.

O Autuado presta **informação fiscal**, fls. 151 a 153, destacando inicialmente que o Autuado aponta em relação ao exercício 2021 da Infração 01 erros relacionados à exação fiscal de dois produtos: 115866 - Aparador Pelo Mondial BG-04 BIV e 115970 - Achoc Pó Chocolate Lt 400gr. Observa-se que em decorrência das mencionadas constatações foi elaborado um novo demonstrativo analítico para o exercício de 2021 e anexado às fls. 154 e 155, reduzindo o valor da Infração 01 de R\$ 16.970,97, para R\$ 11.170,45. Informa que o novo relatório elaborado em sua integralidade consta do CD-R anexado à fl. 158.

O Autuado se **manifesta**, à fls. 164, declarando ter tomado ciência do acolhimento, pelo Autuante, dos argumentos ventilados na impugnação outrora apresentada, excluindo da Infração 01 as operações elencadas sob os códigos 115866 e 115970. O Autuante **presta nova informação** à fl. 167, assinalando que o Impugnante apresentou, tempestivamente, manifestação declarando a sua ciência ao acolhimento pela fiscalização de seus argumentos alinhados em sua Defesa.

A JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

Embora o deficiente não tenha arguido questões específicas de nulidade, analisando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que todas as infrações estão descritas nos respectivos demonstrativos, com o comprovante do recebimento do CD/mídia eletrônica contendo os arquivos, registrando detalhadamente as informações necessárias e suficientes ao exercício da ampla defesa e do contraditório em conformidade com as exigências legais.

Observo que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei nº 7014/96 e o RICMS-BA/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, e a apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração. Assim, 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, conforme estabelece o art. 142, do CTN. 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, que pudesse inquirir de nulidade a autuação.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações à legislação baiana do ICMS, consoante descrição minudente no preâmbulo do relatório.

No que concerne à Infração 02 o Autuado, em sua impugnação, não contestou o seu cometimento, por isso, ante a inexistência de lide, nos presentes autos, fica mantido esse item da autuação.

A Infração 01 trata de falta de recolhimento do ICMS em razão de a autuada ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de junho de 2018 a dezembro de 2021, consoante demonstrativo às fls. 09 a 193.

Nas razões de Defesa, o Autuado pugnou pela procedência parcial desse item da autuação afirmando que houve um equívoco no momento da lavratura do Auto de Infração, pois, conforme exposto, as operações de saída da Planta Lírio e do Smartphone Motorola não estão sujeitas à incidência do ICMS. Destacou que em relação a Planta Lírio, a sua comercialização é isenta, nos termos da alínea “i”, do inciso I, do art. 265, do RICMS-BA/12, cujo teor reproduz.

Quanto às operações envolvendo celulares, rol no qual está incluído o Smartphone Motorola, estas estão sujeitas ao regime de substituição tributária, motivo pelo qual a operação de venda ao consumidor final já foi antecipada pelo substituto tributário, de modo que na qualidade de Substituído, não precisa recolher o imposto novamente, sob pena de se configurar bis in idem tributário.

Em suma, esses foram os argumentos defensivos alinhados pelo Autuado em suas razões de Defesa.

Em sede de informação fiscal, o Autuante observou que ao se analisar os dados indicados pelo Impugnante, verifica-se que há uma divergência de dados - cadastro do produto - entre a sua Escrituração Fiscal Digital - EFD e algumas notas fiscais de venda a consumidor eletrônica - NFC-e, evidenciando que houve uma possível alteração de código do produto a partir do mês de junho/21, não levada a efeito na EFD, conforme se depreende dos dois relatórios de saídas que colaciona à fl. 152, (com base na EFD - exercício de 2021), haja vista que se observa grande alteração do valor unitário desses dois produtos.

Asseverou que depois de analisar criteriosa e individualmente cada nota fiscal de consumidor eletrônica - NFC-e emitida, constatou que, a partir de junho/21 os códigos de produto 115866 e 115970 correspondem, efetivamente, aos produtos Smarth Motorola E7PW32G VM 1UN PROM e Planta Lírio Rosa BR Holambelo PT15 Prom, respectivamente, conforme provas trazidas aos autos pelo Impugnante.

Explicou que, em decorrência das mencionadas constatações foi elaborado um novo demonstrativo analítico para o exercício de 2021 e anexado às fls. 154 e 155, reduzindo o valor da Infração 01 de R\$ 16.970,97, para R\$ 11.170,45.

Assim, após a revisão do lançamento, levada a efeito pelo Autuante, com base nas comprovadas alegações da Defesa, cujo resultado foi acolhido pelo próprio Impugnante, ao tomar ciência, fl. 164, resta evidenciado nos autos que não mais existe lide acerca do cometimento parcial da Infração 01.

Logo, nos termos expendidos, acato as correções e ajustes constantes no novo demonstrativo realizados pelo Autuante e a Infração 01 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 11.170,45.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

Nas razões recursais apresentadas, fls. 196-97, teceu pelo reconhecimento das infrações impostas pelo Auto de Infração em epígrafe são procedentes, e diante desta constatação, informa que o

referido lançamento de ofício será quitado conforme nova premissa legal imposta pelo RICMS/BA, 25% (vinte e cinco por cento) em moeda corrente no valor de R\$ 21.370,54 e R\$ 63.813,03 através da liberação de Crédito Fiscal do ICMS - procedente da empresa MASTROTTO BRASIL S.A. pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Rodovia BR 101, Km 201, Município de Cachoeira, Estado da Bahia, inscrita no CNPJ sob nº 03.384.037/0001-59 e no CAD/ICMS do Estado da Bahia sob nº 052.014.783 NO, requerido através do processo de utilização e transferência de créditos fiscais acumulados de ICMS registrado no SEI sob o nº 013.1409.2023.0007708-62 em 15/02/2023.

Ressalta que a transferência de créditos acumulados do ICMS para quitação de autos de infração de terceiros é procedimento legalmente fundamentado no Art. 317, II, alínea “a” do Decreto nº 13.780/2012 (RICMS).

Salienta que no âmbito da SEFAZ/BA aliada à jurisprudência do STJ em derredor da matéria, autoriza que o pedido de compensação protocolado na SEFAZ/BA sob o SEI de nº 013.1409.2023.0007708-62 extingue o crédito tributário, uma vez que a empresa indicada dispõe de saldo de créditos fiscais homologados pela SEFAZ/BA, e a sustentação legal deste processo compensatório é previsto pelo Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA).

Requer que este processo seja remetido para que repartição fiscal se manifeste com relação ao pedido de autorização para transferência de crédito fiscal do ICMS na forma prevista no RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

Presente na sessão de videoconferência, Dr. Sinésio Cyrino da Costa Neto – OAB/BA nº 36.212, no qual acompanhou o julgamento deste PAF.

O conselheiro Antonio Dijalma Lemos Barreto declarou impedido na votação deste referido PAF.
É o relatório.

VOTO

O apelo recursal apresentado devido à decisão proferida pela Procedência Parcial do Auto de Infração por parte do colegiado de piso. O recurso apresentado está tempestivo, conforme o ditame legal regimental.

A JJF manteve parcialmente o Auto de Infração levando em consideração à alteração feita pelo fiscal autuante, no qual reduziu a infração 1 de R\$ 16.970,97 para R\$ 11.170,45, tendo excluído do lançamento tributário os códigos de nº 115866 e 115970 que fez prova aos produtos SMARTH MOTOROLA E7PW32G VM 1UN PROM e PLANTA LÍRIO ROSA BR HOLAMBELO PT15 PROM, respectivamente, conforme provas acostadas, destacando ser isenta do imposto, nos termos da alínea “i”, do inciso I, do art. 265 do RICMS-BA/12.

O apelo do defendente solicita compensação parcial do valor julgado pela JJF. Disse que a empresa MASTROTTO BRASIL S.A. transferiu os créditos acumulados do ICMS para quitação de autos de infração de terceiros, procedimento legalmente fundamentado no Art. 317, II, “a” do Decreto nº 13.780/2012.

Constatei nas fls. 211/213, consta requerimento de transferência do crédito no valor de R\$ 63.813,03 sob a petição do Protocolo SEI nº 013.1409.2023.0007708-62, onde sustenta que o valor está extinto. Destaco que consta nos autos nas fls. 170/177, extrato de pagamento efetuado pelo contribuinte, sendo feito pagamento das infrações separadamente, no primeiro extrato efetuou o pagamento no valor histórico de R\$ 14.345,28 (fls. 171-74), o segundo tem-se pagamento histórico de R\$ 2.910,29.

Na minha análise o valor de R\$ 14.345,28 é referente à pagamento parcial da infração 2 (Lançamento de R\$ 55.141,06) e o valor de R\$ 2.910,29 é referente à pagamento parcial da infração 1 (Lançamento de R\$ 16.970,97 reduzido para R\$ 11.170,45).

Considerando que o contribuinte não interpela para nenhum fato correlacionado aos autos, mantenho a autuação conforme o julgamento de piso e que o contribuinte só pede para que se

acolha o crédito transferido no sentido de compensação do julgado na Primeira Instância.

Considerado o RPAF em seu art. 122, incisos I e III e parágrafo único:

Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:

I - com a extinção do crédito tributário exigido;

III - pela transação;

Parágrafo único. Em caso de pagamento ou parcelamento do valor lançado, o julgamento não deverá prosseguir na esfera administrativa e o processo deverá ser retornado à unidade de origem para homologação e consequente arquivamento dos autos.

Observa-se que, caso de acolhimento do referido crédito transferido ser aceito pela inspetoria fazendária e, após as deduções dos pagamentos efetuados antes da decisão de piso no montante de R\$ 17.255,57 (Infrações 1 valor de R\$ 2.910,29 e 2 o valor de R\$ 14.345,28), e a dedução do valor remanescente de R\$ 49.084,97, PAF terá sua EXTINÇÃO decretada, tendo ainda, sobra do crédito transferido para uso oportuno em valor de R\$ 14.728,06 (R\$ 63.813,03 – R\$ 49.084,97).

Considerando que o intuito do recorrente é extinguir o crédito tributário, no entanto, por não constar nos autos nenhuma informação de que foi acolhida pela inspetoria fazendária a sua solicitação de se compensar do crédito transferido pela empresa MASTROTTO BRASIL S.A. para o ora recorrente, mantenho a autuação em sua inteireza, até o devido acolhimento. Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO DISCORDANTE

Peço licença ao Senhor Relator para manifestar a minha respeitosa divergência em relação à solução encontrada neste caso.

É que, pelo informado nos autos:

- (1) há forte plausibilidade na pretensão de que a extinção do crédito tributário seja certificada pela Inspetoria de Origem, quando da resposta à petição Protocolo SEI nº 013.1409.2023.0007708-62, de modo que o Estado e o Contribuinte economizariam recursos e evitariam o risco de decisões contraditórias com uma diligência à Inspetoria de Origem (que propus, e fiquei vencido) - recordo do caso do Auto de Infração nº 207109.0049/21-7, em que uma intimação do Autuado com orientação sobre a retificação de guias culminou na retirada do feito de pauta e na extinção do PAF, diante do pagamento; e
- (2) afastada a diligência, considerando que não remanesce lide (pois a Recorrente afirma concordar com o crédito tributário conforme presentemente constituído, com os ajustes em primeiro grau, e postula reconhecimento da extinção, via compensação), penso que o pressuposto para o conhecimento do recurso - existência de lide - não foi preenchido.

Assim, não vislumbro nos autos lide a ser dirimida por este CONSEF, certo de que sua competência se restringe a “*julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária*” (art. 2º do RICONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592, de 04/06/1999). Acerta o Relator a lembrar que em caso de “pagamento ou parcelamento”, o julgamento não deve prosseguir.

Leia-se, a insurgência deve ser julgada prejudicada, pois não há lide sobre o crédito tributário reconhecido.

De resto, a admissão da procedência do crédito, autêntica confissão de dívida (à semelhança do “Débito Declarado” do art. 54-A do RPAF/99), deve implicar a extinção do PAF (isto é, o não conhecimento do recurso voluntário), certo de que compensação é modalidade de extinção do crédito tributário (art. 156, inciso II do CTN), e de que o PAF se extingue “com a extinção do crédito tributário exigido” (art. 122, inciso I do RPAF/99).

Em outras palavras: ou não há o que se decidir, porque a Recorrente reconhece a parcial procedência do Auto de Infração, e ao CONSEF não compete homologar *pagamentos* (art. 133, inciso III do RPAF/99); ou o crédito tributário encontra-se extinto por compensação, e o feito, do mesmo modo, deve ser extinto (sem que se conheça do recurso, pois lide não há).

Portanto, com a devida vênia do Relator, penso que, vencida a proposta de diligência, a solução deva ser pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso Voluntário.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281424.0007/22-2, lavrado contra ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS S.A., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 66.340,54, acrescido da multa de 60% prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Igor Lucas Gouveia Batista, João Vicente Costa Neto, Marcelo Mattedi e Silva e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Henrique Silva de Oliveira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2023.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA - VOTO DISCORDANTE

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS