

PROCESSO	- A.I. Nº 03506954/97
RECORRENTE	- PADARIA E ARMAZÉM SETE DE SETEMBRO (IVO AQUINO ALVES)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0060-04/02
ORIGEM	- INFRAZ SEABRA
INTERNET	- 05.06.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0186-12/02

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. REGISTRO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS NA COLUNA “OUTRAS”. A infração é parcialmente insubstancial, em face da regra do art. 356, § 4º do RICMS/96, que considera desonerada da tributação a operação subsequente com produtos de panificação, em decorrência da substituição tributária da farinha de trigo. Cabível a multa pelo descumprimento da obrigação acessória. Reformada a Decisão Recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O autuado respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, inconformado com a Decisão proferida no Acórdão nº 0060-04/02 relativo ao julgamento do Auto de Infração nº 03506954/97, ao receber a intimação dando ciência da Procedência Parcial do mesmo, apresentou no prazo decendial o Recurso Voluntário onde argüi as seguintes razões:

- 1- Que na peça de defesa indicou o número das notas fiscais referentes a remessa para venda fora do estabelecimento, e que recolheu o imposto devido quando emitiu as notas fiscais de venda ao consumidor, série D1.
- 2- Afirma que as notas fiscais emitidas por ocasião das vendas teriam sido registradas nos livros fiscais e diz ainda que juntou cópia na sua impugnação.
- 3- Alega que no voto do julgador de 1ª Instância, o mesmo consignou que “a exigência deve ser mantida vez que o imposto, embora indevidamente foi destacado nos documentos emitidos”, e que somente é possível a dispensa do pagamento se as exigências do RICMS forem cumpridas.
- 4- Insiste na afirmação de que sempre operou com vendas fora do estabelecimento.

Conclui as suas razões requerendo o reexame da Decisão Recorrida e a Improcedência do item 3 do Auto de Infração.

As infrações descritas na peça vestibular foram as seguintes:

- 1- Falta de retenção e retenção a menor do imposto nas operações realizadas com microempresas comerciais varejistas;

- 2- Falta de recolhimento do imposto retido nas operações com microempresas ou com contribuintes não inscritos.
- 3- Omissão de saídas em razão de operações tributáveis registradas como não tributáveis, ao serem lançados na coluna “outras” do livro RSM – Registro de Saídas de Mercadorias. (anexo 2, fls. 12 a 16 dos autos).
- 4- Falta de recolhimento do imposto antecipado relativo às mercadorias adquiridas, enquadradas no Regime de Substituição Tributária (anexo 3 – fl. 17 dos autos).

O julgamento proferido na 4^a Junta de Julgamento Fiscal, tomou por base a resposta da DITRI de fls. 465 a 466, à consulta formulada à fl. 464, e considerou o Auto de Infração Parcialmente Procedente, no valor de R\$1.554,35 cujo teor da decisão ora transcrevo:

“Observando as peças que compõem o presente processo posso formar a minha convicção e me manifestar sobre os itens específicos do Auto de Infração, conforme:

Infração 1: As Notas Fiscais nºs. 817 a 872 (fls. 20 a 47) são referentes a vendas realizadas em trânsito e foram emitidas no período de 01/95 a 05/95. Em relação às mesmas não havia imposto a reter mesmo porque referentes a produtos com fase de tributação encerrada, conforme entendimento da DITRI em resposta à consulta que foi formulada por esta 4^a JJF. Deve ser então excluída a cobrança referente aos meses de janeiro a maio de 1995, nos valores respectivos de R\$56,42; R\$126,34; R\$64,18; R\$10,81 e R\$108,45. O valor referente à competência 08/95 não deve ser exigido, pelo mesmo motivo, devendo ser excluído R\$2,08. Já o reclame referente 09/95 no valor de R\$115,49 deve ser mantido, pois o autuado ao emitir as Notas Fiscais 78 a 82 (fls. 55 a 58) fez retenções que não recolheu, naquele total. Referentes a outubro e novembro de 1996, as Notas Fiscais emitidas no período (fls. 84 a 90) referem-se a operações com fase de tributação da mercadoria já encerrada, impedindo a exigência. Referente a este item deve subsistir apenas a exigência de R\$115,49, competência 09/95, pois referente a imposto retido e não recolhido. Mesmo que o reclamado (falta de retenção e recolhimento ou retenção a menor) tenha sido diferente do constatado, o reconhecimento do autuado (fl. 199) possibilita a cobrança e a multa deve ser retificada para 150% por tratar-se de infração com multa prevista no artigo 42, V, “a” da Lei 7014/96, aplicada com base no princípio da retroatividade benigna.

Infração 2: Foi reconhecida pelo autuado devendo subsistir: 1995 – R\$201,54 e 1996 – R\$156,54, devendo ser retificada a multa para a mesma descrita no item anterior, nos mesmos termos.

Infração 3: Com base no entendimento da DITRI, o lançamento não pode prosperar, pois as mercadorias objeto das operações já tinham tido o imposto pago em operação anterior, por substituição tributária. São produtos de panificação, cujas saídas devem ser desoneradas, por força da substituição tributária da farinha de trigo. Todavia, referente às Notas Fiscais 76, 77, 111, 158, 166, 173, 188, 208, 272, 286, 316, 364, 365, 376 e 385 a exigência deve ser mantida vez que o imposto, embora indevidamente, foi destacado nos documentos emitidos, somente possível de dispensa de pagamento se cumpridas as exigências do RICMS. Este item subsiste no valor de R\$1.080,88. deve ser retificada a multa pois a incidente é a prevista no artigo 61, II, “a”, da Lei 4825/89, de 50% vigente no exercício de 1995 e de 60% no exercício de 1996, em razão da nova redação dada pela Lei 6934/96.

Infração 4 – A exigência teve como base a falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária. Já o anexo 3 (fl. 17) demonstra que a autuante apurou retenção a menos do imposto. Entendo que o imposto sequer era devido sob a modalidade de retenção, razão da insubsistência deste item, por serem as saídas relativas a produtos de panificação, nos termos do entendimento da DITRI.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Autuação para exigir o pagamento do imposto no valor de R\$ 1.554,35, conforme demonstrativo de débito a seguir:”

“DEMONSTRATIVO DE DÉBITO”

Infração	Vencimento	Valor	Multa %
1	09/10/95	115,49	150
2	09/10/95	54,68	150
2	09/12/95	68,44	150
2	09/01/96	78,42	150
2	09/04/96	156,54	150
3	09/10/95	176,25	50
3	09/11/95	97,92	50
3	09/02/96	198,56	60
3	09/03/96	87,84	60
3	09/04/96	18,36	60
3	09/08/96	183,85	60
3	09/10/96	128,28	60
3	09/12/96	20,40	60
3	09/01/97	169,32	60
		1.554,35	

A PROFAZ exarou Parecer opinativo à fl. 494 dos autos, onde observa que o recorrente se insurgiu apenas quanto ao item 3, alegando que o destaque do imposto é mera formalidade e que o mesmo não prejudica o mecanismo de crédito e o débito do imposto. Considera as razões apresentadas insuficientes por elidir à acusação, por que ficou comprovado que as notas fiscais foram lançadas na coluna “outras” do livro de Registro de Saídas e as mesmas tiveram destaque do imposto. Opinou, ao final, pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

Analizando as razões aduzidas na peça recursal, e do cotejamento com os elementos constantes dos autos que consubstanciaram a infração 3, objeto deste Recurso, uma vez que relativo às demais infrações o recorrente não se insurgiu contra a decisão proferida na 1ª Instância, verifico que a exigência fiscal resultou da alegação de que o autuado omitiu saídas de mercadorias tributáveis, caracterizada pelo registro na coluna “outras” de mercadorias tributáveis, ou registrando a menor, conforme Anexo 2, às fls. 12 a 16 dos autos.

Observo que a diligência solicitada à fl. 234 foi atendida por Fiscal estranho ao feito, que às fl. 241 confirmou o procedimento fiscal, elaborando demonstrativos e ratificando o valor exigido na peça vestibular.

De outro modo, verifico que o autuado contestou os termos da revisão (fls. 452 e 453 dos autos) e a autuante prestou nova informação fiscal à fl. 461, onde reitera o seu posicionamento e pede a Procedência do Auto de Infração, no valor de R\$4.870,64, embora tenha apontado o valor do mesmo R\$5.671,11, na peça inicial da presente lide.

Ocorre que o Relator da decisão de 1^a Instância, não obstante o reconhecimento parcial do autuado, relativamente ao item 3, no valor de R\$176,25 referente ao mês de setembro de 1995, e a alegação de que as notas fiscais relacionadas no anexo 2, tratam de remessa para venda fora do estabelecimento, além do que as mesmas quando comercializadas, foram objeto de emissão de notas fiscais de vendas a consumidor, além do que as mesmas tributadas foram escrituradas nos seus livros fiscais, e que representam o item 1, e ainda, mesmo tendo o diligente fiscal confirmado os valores apontados na peça vestibular, optou por requerer uma manifestação da DITRI, conforme fl. 464 dos autos.

A finalidade da diligência era obter uma resposta da DITRI se no período objeto da autuação (janeiro/95 a dezembro/96), a substituição tributária da farinha de trigo alcançava as saídas posteriores dos produtos dela derivados, elaborados por padarias.

Conforme se vê à fl. 468, a resposta daquele órgão é de que as mercadorias à época dos fatos estavam desoneradas do ICMS, a partir do RICMS/96, no art. 356 § 4º, inciso I, alínea “a”, e fez juntada do Parecer nº 946/96 de igual teor (fls. 465 a 466).

Por todas essas razões, é que considero equivocado o entendimento do Relator de que as mercadorias constantes das Notas Fiscais de nºs 76, 77, 111, 158, 166, 173, 188, 208, 272, 286, 316, 364, 365, 376 e 385, embora desoneradas do ICMS, em razão da substituição tributária, a exigência fiscal devia ser mantida, porque houve destaque do imposto nos documentos fiscais. Inclusive, o mesmo assevera que embora o destaque seja indevido, a dispensa do pagamento só seria possível se cumpridas as exigências do Regulamento.

Ora, ocorre que a não observância da legislação quanto aos aspectos de preenchimento do documento fiscal são infrações que geram obrigações de natureza acessória e que são apenadas com multa, e jamais deve resultar na exigência de imposto.

O caso em lide, é de mercadoria com a fase de tributação encerrada, uma vez que trata-se de Padaria, devendo ser observado o disposto na regra do alínea “a”, do inciso I, do § 4º do art. 356, do RICMS/96, que estabelece *“ficará o contribuinte desonerado de tributação, tanto no varejo como por atacado, estendendo-se este tratamento fiscal a todas as operações internas subsequentes com os mesmos produtos, por força da substituição tributária incidente sobre as mercadorias empregadas em sua produção”*. Portanto, se houve destaque indevido do imposto, não pode prevalecer a exigência fiscal, mas tão somente aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Ademais, como se vê às fls. 422 a 434, algumas das referidas notas fiscais foram emitidas para vendas em veículos, cujo destinatário é o próprio autuado.

Verifico ainda, relativamente ao item 3, objeto do Recurso Voluntário ora em exame, que a autuante elaborou o anexo 2 (fls. 12 a 16 dos autos) onde considerou tanto as notas fiscais da série B1 relativas a emissão para venda em veículos que conforme consta das Notas Fiscais nºs

00817, 00818, 00819 a 00824, trata-se de “Venda em Trânsito”, quanto as notas fiscais de venda a consumidor série D2.

O que constato ao examinar as notas fiscais acima referidas, é que o autuado não procedeu conforme determina o art. 421, inciso II, “a”, item 1, do RICMS (Dec. 5444/96), quando emitiu notas da série B1 para venda em veículo, *verbis*:

Art. 421 – Nas operações realizadas fora do estabelecimento, sem destinatário certo, com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353), efetuadas por fabricantes, importadores, distribuidores ou atacadistas, ao invés das regras previstas nos arts. 417 a 419, observar-se-á o seguinte:

Inciso I (.....)

Inciso II – O contribuinte que realizar as operações mencionadas no caput deste artigo, já tendo sido retido ou antecipado o imposto relativo às mercadorias:

Alínea a – emitirá Nota Fiscal para acompanhar a mercadoria no seu transporte, a qual conterá, além dos demais requisitos previstos:

Item 1 – os números e as séries dos impressos de Notas fiscais a serem emitidas por ocasião das vendas;

Item 2 – como natureza da operação. “Remessa para venda fora do estabelecimento”.

Item 3 – a declaração “Imposto recolhido por substituição tributária – art. 353 do RICMS-BA”.

Alínea “b” – escriturará no Registro de Saídas, na coluna “Outras” de “Operações ou Prestações sem débito de Imposto”, a Nota fiscal emitida na forma da alínea anterior.

Deste modo, entendo que não deve prosperar a exigência fiscal, pois neste caso, o erro na escrituração do livro Registro de Saídas, enseja apenas multa de caráter acessório.

Ao recorrente assiste razão. quando invoca o art. 356, § 4º, inciso I, do RICMS/96, *verbis*:

Art. 356 – (Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação.....)

§ 4º – Tratando-se de operações realizadas por padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias e lojas de “delicatessen”:

Inciso I – nas saídas de pães, bolachas e biscoitos:

Assim, discordo do opinativo da PROFAZ exarado nos autos, pois entendo que o Acórdão Recorrido merece reforma para excluir da exigência fiscal os valores relativos ao item 3, à exceção de R\$176,25, referente ao mês de setembro/95, inclusive reconhecido pelo autuado.

Vale ressaltar que referente a parcela reconhecida pelo autuado, o mesmo apresentou cópia de DAEs pagos, às fls. 414 a 417 dos autos, devendo portanto, serem homologados os valores comprovadamente pagos.

Quanto a inobservância no preenchimento das notas fiscais de venda em veículo, por não consignar a numeração das notas fiscais de série D1, de venda a consumidor, a serem emitidas por ocasião das vendas, como dispõe o inciso II, alínea "a", item 1, do artigo 421 do RICMS/96, deve o recorrente ser penalizado com a multa pelo descumprimento de obrigação acessória, pois conforme preceitua o art. 157 do RPAF/99, e as alterações posteriores, verificada a insubsistência da infração quanto a obrigação principal, mas restando comprovado o cometimento da infração de obrigação acessória vinculada a imputação, o julgador deve aplicar a multa cabível. Assim aplico a multa de R\$40,00 (1 UPF-BA) prevista no inciso XXII, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 com a redação dada pela Lei nº 7.753/00.

Por todo o exposto, Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 03506954/97, lavrado contra **PADARIA E ARMAZEM SETE DE SETEMBRO LTDA. (IVO AQUINO ALVES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$649,82**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$176,25, e de 150% sobre R\$473,57, previstas, respectivamente no inciso II, "a", do art. 61, da Lei nº 4.825/89, com redação vigente à época dos fatos, e, no inciso V do art. 42, da Lei nº 7.014/96, por retroação benigna, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa de **1 UPF-BA**, prevista no art. 42, XXII, da Lei retromencionada, devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de Maio de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ