

A. I. Nº - 180462.0006/01-2
AUTUADO - DIPA – DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PACHECO LTDA.
AUTUANTE - PAULO CEZAR PINTO DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 13.12.02

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº0436-01/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE TRANSPORTES INTERESTADUAIS NÃO VINCULADOS À OPERAÇÃO SUBSEQUENTE TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO Parte do valor levantado diz respeito a transportes de brindes. Brindes não são bens de consumo, são mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação. Infração parcialmente comprovada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. DEO-COLÔNIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Deo-colônia é tributável à alíquota de 25%. Infração caracterizada. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O sujeito passivo adotou indevidamente o regime de substituição tributária para as mercadorias que não integram este regime. Demonstrado através de revisão fiscal não ter havido prejuízo financeiro para o Erário Público Estadual. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/11/01, exige imposto no valor de R\$ 3.904,70, em razão de:

- 1) utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente a serviços de transportes interestaduais ou intermunicipais, não vinculados a operação com mercadorias com saída subsequente tributada, nos meses de julho, setembro, outubro, novembro e dezembro/96 e março, maio e novembro/97, no total de R\$236,79;
- 2) recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, julho, agosto, novembro e dezembro/96, no total de R\$15,03;
- 3) deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Efetuou vendas de mercadorias tributáveis como se fossem substituídas, sem tributação na saída, alegando que as mesmas foram tributadas na entrada, período de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho a dezembro/96, no total de R\$3.652,88.

O autuado, às fls. 83 a 85, apresentou defesa alegando que:

Item 1 do AI - os créditos fiscais relativos às notas fiscais nºs 23934 (11/96) e 24482 (12/96), no total de R\$159, 71, se referem a aquisições de brindes que foram distribuídos aos seus vendedores. Que os créditos foram utilizados, com base no art. 565 do RICMS/BA. As notas fiscais de saídas de nºs 008612 a 008667, foram lançadas no Registro de Apuração. Com relação ao restante da autuação disse concordar com o levantamento, ficando reduzido o valor devido para R\$77,08;

Item 2 do AI - alegou que se trata de “Deo-colônia” e que o RICMS/89, dizia que a alíquota de 25% era aplicada a “perfume. Só a partir do RICMS/96, é que a redação do regulamento foi alterada passando o produto – Deo colônia – para a tributação com alíquota de 25%. Assim, concorda com, a autuação a partir de 31/07/96, sendo excluída a parcela correspondente ao período de 31/06/96 a 30/04/96, no total de R\$7,63, ficando o saldo devedor no total de R\$7,40;

Item 3 do AI – argumentou que parte das mercadorias adquiridas em outros estados já vieram incluídas no regime de Substituição Tributária, outras mercadorias ocorreram as antecipações na entrada no estabelecimento. Anexou cópias das notas fiscais e DAEs. Disse que o autuante com o seu conhecimento examinou cada código do NCM e constatou que alguns itens não estavam na substituição tributária. No entanto, como suas mercadorias são todas substituídas, seria impossível analisar cada item se estava ou não incluído no regime de substituição tributária. Que sendo antecipado o produto, o valor da substituição tributária é sempre superior ao valor do regime normal. Entendeu, desta forma não haver prejuízo ao Erário Público.

Alegou estar anexando cópias de notas fiscais e DAEs e que o valor da autuação é de R\$3.652,88, enquanto que recolheu a título de substituição tributária o valor de R\$2.690,96, acrescido do crédito fiscal pelas entradas, no valor de R\$1.137,79, totalizando R\$3.798,75. Que não efetuou o levantamento na sua íntegra, por não ter encontrado alguns produtos que constam da relação do autuante. Citou como exemplo a nota fiscal nº 1918 (01/96) que o autuante incluiu 42 produtos que não correspondem as notas fiscais e caso houvesse a exclusão desses produtos o do Auto seria menor, o que, ao seu ver, caracterizou a existência de pagamento em valor superior ao apurado, pelo fato de não ter utilizado o crédito fiscal das notas, e por consequência a tributação normal, a substituição tributária encerra a fase de tributação.

Concluiu pela improcedência do item 3 e parcialmente procedentes os itens 1 e 2.

O autuante, às fls. 350 e 351, informou reconhecer a alegação defensiva em relação ao 1º item da autuação. Quanto ao 2º item, disse que este Conselho tem se pronunciado em relação a esta matéria, considerando Deo-colônia como perfume. Citou a Resolução nº 2204/98 e a Portaria 1.161/89. Também, a respeito do assunto citou o Parecer GECOT nº 1.887/98, mantendo os termos da autuação.

No que diz respeito ao 3º item da autuação, esclareceu, o autuante, que o impugnante tentou confundir alegando que ao antecipar o não devia sair como produto sem tributação, o Estado não teve prejuízo fiscal, desvirtuando, assim, o foco legal da autuação que foi a falta de tributação na saída de produtos com incidência do ICMS. Que se os produtos foram tributados na entrada indevidamente, não cabe ao agente fiscal fazer compensações nem dispensar tributos. Ao defendente caberia pedir devolução do imposto pago a mais ou indevidamente.

Informou ainda reconhecer a existência do erro com inclusão indevida de diversas notas fiscais no valor de R\$30,94, conforme fl. 213 dos autos, esclarecendo que a possibilidade deste tipo de erro se deu em razão de digitação de milhares de notas fiscais contendo dezenas de itens. Que apesar de ínfimo o valor, e da diminuta quantidade de notas fiscais em relação ao universo digitado, o valor improcedente deve ser excluído, ficando alterado o total desta infração para R\$3.621,94 e o total do Auto de Infração passa para R\$3.907,70.

O autuado, à fl. 358, alegou que após a contestação do autuante, ratifica o teor da defesa, acrescentando o seguinte:

Itens 1 - que a defesa foi reconhecida pelo autuante e já efetuou o pagamento integral da parte reconhecida;

Item 2 – que o próprio autuante afirmou que após o Parecer GECOT de nº 1887/98 é que foi definido que Deo-colônia é considerado perfume. Que está recolhendo o imposto deste item, mesmo sabendo que o Conselho julgará pela sua improcedência, já que o parecer tem data posterior ao fato, não podendo retroagir para o exercício de 1996;

Item 3 – que a maioria dos produtos foram recebidos com imposto antecipado na fonte, como alegado na defesa e conforme se comprova mediante cópias dos levantamentos juntados na peça inicial.

O processo, em pauta suplementar, foi remetido em diligência a ASTEC/CONSEF, solicitando que Auditor revisor procedesse a verificação “in loco” objetivando identificar se o contribuinte pagou, quando da aquisição, o imposto devido nas saídas das mercadorias indicadas no levantamento apresentado pelo Fisco, a título de antecipação tributária, haja vista se trata de produtos com imposto que deveria ser apurado pelo regime normal e, o contribuinte alegou ter efetuado o pagamento por antecipação, anexando, inclusive, cópias de DAE's ao processo, visando a comprovar o fato alegado.

Caso afirmativo, verificar se isso implicou em recolhimento a menos em comparação com o imposto devido pelo regime normal de apuração, e em que quantia, demonstrando mês a mês.

Atendida a diligência requerida o revisor esclareceu que ao proceder aos exames nas notas fiscais de entradas e em suas escriturações no livro de registro, constatou que o impugnante deu a todas as aquisições o mesmo tratamento tributário. O mesmo ocorreu em relação as notas fiscais de saídas escrituradas no livro Registro de Saídas. As mercadorias regime normal de tributação tiveram o mesmo tratamento que as mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Informou, o revisor, que foram anexados ao processo cópias de DAE's e GNR's como os recolhimentos do imposto normal e da antecipação tributária, das notas fiscais destacando os valores do ICMS normal e da antecipação, bem como cópias dos livros registros de entradas e saídas, explicitando o tratamento equivocado adotado pelo autuado.

O autuante, às fls. 552 e 553, ao se manifestar nos autos, no tocante ao parecer técnico da ASTEC nº 217/2002, informou que ao agente fiscal não pode nem deve proceder qualquer tipo de compensação, desde que as normas tributárias determinam expressamente as formas de estorno ou anulação do débito fiscal. Que o autuado adquiriu mercadorias com tributação pelo regime normal e as interpretou como se fossem mercadorias substituídas, antecipando o ICMS e vendendo-as sem tributação do imposto. Que alegar não haver prejuízo ao Estado seria verdadeiro se o contribuinte pudesse provar que a MVA das vendas destes produtos foi igual ou superior a MVA aplicada no cálculo da substituição/antecipação. Como não comprovou tal situação, mais uma razão para que entendesse, o autuante, não permitir nem conceder qualquer tipo de compensação.

Transcreveu o art. 93, VIII e art. 112, §§ 1º e 4º e art. 113, do RICMS/97.

VOTO

Das peças constitutivas do presente processo, verifica-se que foi exigido ICMS sob a acusação de que o contribuinte deixou de recolher nos prazos regulamentares, em razão de:

- 1) utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente a serviços de transportes interestaduais ou intermunicipais, não vinculados à operação com mercadorias com saída subsequente tributada;

- 2) recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas;
- 3) deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Efetuou vendas de mercadorias tributáveis como se fossem substituídas, sem tributação na saída, alegando que as mesmas foram tributadas na entrada.

Analisando os elementos constitutivos do processo, verifica-se o seguinte:

Item 1 - o contribuinte comprovou descaber parcialmente a infração e reconheceu devido o imposto no valor de R\$77,78. Da parcela comprovada, demonstrou que os créditos fiscais relativos às notas fiscais nºs 23934 (11/96) e 24482 (12/96), no total de R\$159, 71, se referiam a aquisições de brindes. Brindes não são bens de consumo, são mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação. Quando da distribuição dos mesmos foram emitidas as notas fiscais de saídas de nºs 008612 a 008667 e lançadas no Registro de Apuração.

Item 2 – o sujeito passivo inicialmente reconheceu parcialmente o imposto exigido em relação à complementação da alíquota de 17% para 25% para o produto Deo-colônia, alegando que só a partir da vigência do RICMS/96, a legislação passou a dar tratamento de supérfluo ao produto.

A Portaria nº 1.161/89 definiu o alcance da tributação, nas operações internas, sobre a mercadoria em questão, objetivando dirimir as dúvidas existentes, tendo por base que a chamada deo-colônia, espécies do mesmo gênero (perfumes), tanto que pertence a mesma posição na classificação da NBM/SH (3303). Assim, deo-colônia é perfume. Por essa razão, correta a ação fiscal. Neste sentido, o Parecer GECOT nº 1.887/98, veio ratificar o já esclarecido na citada Portaria.

Item 3 – a irregularidade apontada neste item da autuação diz respeito a operações tributáveis tendo, o autuado, dado o tratamento de como se fossem substituídas, ou seja, efetuando o pagamento do imposto por antecipação para todos os produtos por ele comercializados. Assim, as mercadorias adquiridas em outros estados que não vinham incluídas no regime de Substituição Tributária, eram efetuadas as antecipações na entrada no estabelecimento.

O defendente, argumentou que sendo antecipado o imposto sobre o produto e o valor da substituição tributária sempre superior ao valor devido pelo regime normal, tal posicionamento não acarretou prejuízo ao Erário Público.

Na informação fiscal, o autuante, esclareceu que o defendente desvirtuou o motivo da autuação que é a saída de mercadorias tributadas sem a incidência do imposto. Que não caberia ao fisco fazer compensação dos pagamentos feitos por antecipação, e sim, do contribuinte solicitar restituição dos valores pagos a mais ou indevidamente. Também, reconheceu, a existência de erro com a inclusão de diversas notas fiscais no levantamento, o que resultou numa redução do débito na quantia de R\$30,94, ficando alterado o valor desta infração para R\$3.621,94.

Objetivando a elucidação dos fatos narrados na presente autuação, esta Junta de Julgamento, em pauta suplementar, remeteu o processo em diligência a ASTEC/CONSEF, solicitando que Auditor revisor procedesse a verificação “in loco” objetivando identificar se o contribuinte, efetivamente, pagou o imposto devido nas saídas das mercadorias indicadas no levantamento apresentado pelo Fisco, a título de antecipação tributária, haja vista se tratava de produtos com imposto que deveria ser apurado pelo regime normal.

Que fosse verificado também se tal fato implicou em recolhimento a menos em comparação com o imposto devido pelo regime normal de apuração, e em que quantia, mês a mês.

Atendida a diligência requerida, o revisor esclareceu que ao proceder aos exames nas notas fiscais de entradas e em sua escrituração, constatou que o impugnante deu o mesmo tratamento tributário a todas as suas aquisições, ou seja, de mercadorias enquadradas no regime de

substituição ou antecipação tributária, efetuando o pagamento do imposto, mediante GNRE pelo valor total da nota pelo remetente (substituição tributária), e através de DAE (antecipação tributária) pelo autuado. Assim, todas as notas fiscais de saídas com tributação normal foram escrituradas no livro Registro de Saídas, tendo o mesmo tratamento que as mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Também, o revisor, esclareceu que elaborou planilhas, listando os produtos com tributação normal, através das respectivas notas fiscais de aquisição, adotando a sistemática feita pelo autuado aplicando a substituição tributária para lastrear refazimento da conta corrente fiscal e promover o confronto dos dois tratamentos tributários. Para tanto, foram consideradas as MVAs de 60,07% para os produtos originados do sul e do sudeste e, 42,85%, para os do próprio Estado, bem como, em ambos os casos a redução de 10% na base de cálculo, na forma preconizada em Convênio. Quanto à aplicação da tributação normal, para fins comparativos, foi feito uso da dedução dos créditos fiscais relativos as aquisições dos produtos destacados nas notas fiscais, concluindo ter ficado comprovado que em face do tratamento tributário adotado pelo contribuinte, não houvera nenhum prejuízo ao Egrégio Estadual, já que no período houve recolhimento a mais no valor de R\$ 1.319,54. Anexando, ao processo cópias xerográficas de DAE's e GNR's com os recolhimentos dos impostos; das notas fiscais destacando os valores do ICMS normal e da antecipação; bem como dos livros registros de entradas e saídas, explicitando o tratamento equivocado adotado pelo autuado.

O autuante questionou o resultado do parecer técnico da ASTEC nº 217/2002, argumentando não caber ao agente fiscal proceder a compensação, já que as normas tributárias determinam expressamente as formas de estorno ou anulação do débito fiscal.

No caso em exame, não se trata de compensação do imposto, e sim, de metodologia de Apuração do imposto divergente do estabelecido na legislação tributária. Na verdade, ficou demonstrado que o autuado efetuou o pagamento do imposto devido, inclusive de forma antecipada. Tal irregularidade, no máximo, seria passível de cobrança de multa de R\$40,00, por descumprimento de obrigação acessória não prevista em lei. Assim, entendendo descaber a exigência fiscal por ter ficado comprovado nos autos o efetivo pagamento do imposto.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180462.0006/01-2**, lavrado contra **DIPA – DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PACHECO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 92,81**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2002.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA