

PROCESSO	- A. I. Nº 269096.2006/99-2
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ISLI DISTRIBUIDORA DE HORTIGRANJEIROS LTDA.
RECORRIDOS	- ISLI DISTRIBUIDORA DE HORTIGRANJEIROS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 1308/00
ORIGEM	- INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET	- 26.11.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0619-11/03

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Modificada a Decisão. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Comprovado que parte das vendas foi realizada para consumidor final, não cabendo a cobrança do imposto na fonte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Infração comprovada. **b)** EXTRAVIO. MULTA. O descumprimento da obrigação acessória, está absorvida pela infração principal, no item anterior, não cabendo a aplicação da penalidade. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. FRETE CIF. Infração comprovada. **b)** MERCADORIAS ISENTAS. Infração comprovada. **c)** VALOR DO IMPOSTO SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Infração não elidida. **d)** OPERAÇÃO FICTÍCIA. Modificada a Decisão. **e)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração comprovada. **f)** NÃO APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Decisão modificada. Mediante diligência, foram modificados os valores referentes às infrações 1, 10 e 11. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 22/09/99, no valor de R\$29.218,14, e multa de 2,60 UPFs-BA., decorreu do cometimento das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no RAICMS, no mês de outubro de 1997, no valor de R\$ 258,80.
2. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto. ICMS devido como substituto tributário, nas vendas de mercadorias a contribuintes não inscritos, ou

inscritos na condição de microempresa comercial varejista, ou de microempresa ambulante, no valor de R\$ 1.069,63.

3. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, Referem-se a documentos fiscais (notas fiscais e CTRCs) capturadas pelo CEFAMT, ou de posse do contribuinte sem a devida escrituração, multa de 10%, no valor de R\$ 4.390,18.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Documentos capturados pelo CEFAMT. Multa de 1%, no valor de R\$ 109,43.
5. Recolheu a menor ICMS devido na aquisição interestadual de mercadorias enquadradas na antecipação tributária (Anexo 88), como contribuinte beneficiado por regime especial de recolhimento, em virtude de desencontro entre os valores calculados nas notas fiscais escrituradas , e os valores efetivamente recolhidos, no valor de R\$5.026,63.
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, no valor de R\$ 660,86.
7. Utilizou indevidamente, na condição de destinatário de mercadorias , crédito fiscal de ICMS, relativo a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente, no valor de R\$ 32,60.
8. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção do imposto, no valor de R\$ 68,25.
9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, no valor de R\$ 1.466,96.
10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado. Refere-se a operação de circulação de mercadoria fictícia, uma vez que o estabelecimento executava “transferências”, dentro da mesma inscrição estadual e ainda creditava-se do ICMS destacado, no valor de R\$ 9.901,04.
11. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no valor de R\$ 6.233,76.
12. Extraviou documentos fiscais. Refere-se a 26 documentos fiscais escriturados no LRE, nº 05, sem a apresentação das suas 1^{as} vias, multa de 2,60 UPFs-BA.

O autuado tempestivamente ingressa com defesa, fls 491 a 504, e em preliminar alega cerceamento ao seu direito de defesa, durante o curso da fiscalização, face ao extravio dos documentos referidos no Auto de Infração, e dos livros fiscais do exercício de 1998.

No mérito, insurge-se parcialmente contra a exigência fiscal, como segue, itemizado:

1. Que o autuante não considerou os valores contidos nos DAEs apresentados, o primeiro pago indevidamente no valor de R\$ 159,78, em 10/03/97, e o segundo de R\$ 82,68, pago em 09/05/97, que perfazem o total de R\$ 242,46, que foi lançado no mês de abril a título de estorno de débito, conforme art. 93, VII do RICMS/96. Reconhece que resta um saldo devido, por recolhimento a menor de R\$ 16,34.
2. Que o autuante incidiu em erro ao caracterizar no rol elencado, as operações efetuadas com consumidores finais, tais como entidades assistenciais, órgãos públicos estaduais, empresas prestadoras de serviços, e mesmo consumidores finais que efetuam compras para uso familiar. Que foi eleito todo e qualquer cliente que não possuía inscrição como um contribuinte não inscrito, e dessa forma determinou que deveria ter sido feita a

substituição tributária. Aduz ainda que não foram considerados os valores pagos a título de substituição tributária, cujas cópias de DAES anexa.

3. Reconhece a procedência de maior parte da acusação. Faz um demonstrativo, excluindo os valores que considera indevidamente computados pelo autuante, do que resulta uma diferença de imposto a ser pago no valor de R\$ 3.636,67.
4. Exclui a Nota Fiscal nº 63705, registrada no LREM, fl. 12, no valor de R\$ 5,23 e reconhece o valor de R\$ 104,20 como devido.
5. Reconhece no item 5, o valor de R\$ 881,48.
6. Reconhece o valor de R\$ 507,06. Exclui os valores relativos às Notas Fiscais nºs 209108 e 2520 emitidas por Arisco Ind. Ltda., por ser embalagem, logo mercadorias sujeitas à tributação normal.
7. Reconhece o cometimento das infrações relatadas nos itens 7 e 8.
8. Quanto ao item 9, faz restrição ao estorno do crédito destacado na Nota Fiscal nº 34672, da Parmalat Ltda, de 5/03/98, no valor de R\$ 36,11, por não se tratar de bebida alimentar a base de leite, mas de leite com adição de substância que lhe modifica o sabor, classificada na NBM/SH nº 0402.11.0990.
9. Na infração 10, aduz que o autuante estornou o crédito lançado mas não considerou o débito, igualmente lançado nos mesmos períodos, representado pelas mesmas notas fiscais e em idênticos valores. Diz que houve neste caso, uma compensação com a anulação dos valores, sem prejuízo para o erário.
10. Nas infrações 11 e 12, alega que entregou os documentos à fiscalização e que no curso da ação fiscal deve ter ocorrido o extravio. Que os créditos foram lançados à vista DAS 1ª VIAS, de cada documento. Que comprovará a idoneidade de tais créditos mediante apresentação de photocópias das mesmas, já requeridas aos diversos fornecedores. Argui que a penalidade prevista para a falta de apresentação de livros e documentos fiscais, após a 1ª intimação, seria a prevista no art. 915, XX do RICMS, e protesta pela posterior juntada.

O autuante na informação fiscal, de fl. 680, solicita revisão por fiscal entrânhao ao feito. Contesta a preliminar do extravio de livros e documentos fiscais relativos ao exercício de 1998.

Afirma que o contribuinte assinou o Auto de Infração, fl. 7, onde consta que foram devolvidos todos os livros e documentos arrecadados durante a ação fiscal. Que não houve cerceamento de defesa, pois ainda lhe restava a alternativa, se porventura o extravio houvesse ocorrido, de consultar as cópias de toda a documentação e dos livros fiscais. Além disso restava o Recurso de adquirir as informações à sua defesa, através dos arquivos magnéticos que, como usuário de impressão de livros fiscais, através de processamento de dados, é por lei, obrigado a manter, conforme art. 686 do RICMS/97.

Quanto à infração 1, como se verifica nos registros pormenorizados do SIDAT, além dos débitos alegados na defesa, existiram outros valores de ICMS recolhido sob o Código nº 0759, regime normal, em vários outros meses em que o LRAICMS do contribuinte registrou saldo credor. Deste modo mantém a autuação.

Nota – se na infração 2, nas notas fiscais juntadas na defesa, a constante repetição dos mesmos adquirentes, estando caracterizado a habitualidade e o volume de mercadorias, que são tipificadores de operações mercantis. Esclarece que os créditos foram considerados e lançados no demonstrativo de fl. 36 do PAF, e que o que lhe está sendo cobrado é a diferença havida entre o imposto apurado e o recolhido, resultando no ICMS a recolher.

Na infração 3, reconhece que procede parcialmente os argumentos da defesa, mas o valor de julho de 97 é de R\$ 13,00 e não de R\$ 1,30.

Acata a defesa apresentada na infração 4.

No tocante à infração nº 5, que o autuado não apôs nos seus DAEs qualquer referência às notas fiscais que estava quitando. Também não apresentou as 1^{as} visas de algumas notas fiscais de mercadorias, e que isto caracteriza embaraço à fiscalização.

Solicita revisão fiscal mais aprofundada.

Reconhece indevida a cobrança de R\$ 28,93 relativa à Nota Fiscal nº 293, emitida por Frigorífico Margem Ltda. Afirma que o autuado lançou no REM de 1997, a Nota Fiscal nº 267.539, fl. 393 do PAF, como refresco e apenas acompanhou este fato ao consumidor o que sujeita à antecipação tributária.

Mantém a infração 6, pois o autuado reconhece, através de seus lançamentos fiscais, refresco em pó dar arisco, como sendo mercadoria elencada no Anexo 88 do RICMS.

Mantém a autuação relativa aos itens 9 e 10, sendo que este último por tratar-se de operação totalmente ilegal, posto que não contemplada na legislação do ICMS. As operações de emissão de documentos fiscais e sua escrituração são regidas por amplo regramento legal, que objetiva em todo o seu conteúdo não permitir o surgimento de artifícios escriturais capazes de gerar créditos fictícios que resultem em sonegação de ICMS. Afirma que constatou que algumas saídas dessas “transferências” tinham seus lançamentos registrados em datas anteriores as de registro das entradas, fato ensejador de suprimento de caixa no hiato entre os dois lançamentos.

Observou também a ocorrência no lançamento dessas transferências, por vezes, do registro contábil de uma entrada inúmeras vezes superior ao lançado como saída, o que gera despesas fictícias, redutora da base de cálculo do IR, outras vezes, o oposto, ou seja, o valor contábil lançado nas saídas era superior ao registrado nas entradas, o que também gera suprimento fictício de caixa. Constatou que certas notas fiscais dessas transferências foram lançadas exclusivamente a crédito no LREM, sem o valor correspondente a débito lançado no LRSM. Houve portanto indevida utilização de créditos. Ainda que o contribuinte não atendeu a intimação para apresentar a escrita contábil.

Mantém as autuações dos itens 11 e 12.

RECURSO DE OFÍCIO

Recurso de Ofício - face à determinação do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, com a redação dada pela Lei nº 7.438/99, consubstanciado nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, o presente processo foi encaminhado em grau de Recurso de Ofício para esta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, em virtude do Estado da Bahia ter sido sucumbente no julgamento que exarou o Acórdão 3^a JJF nº 1308/00, pela Procedência em Parte do Auto de Infração em lide.

Para melhor embasar o entendimento e chegarmos com segurança ao desfecho da lide, tornar-se necessário a transcrição integral do voto do relator de 1^a Instância na Decisão recorrida, o que fazemos:

VOTO DA RELATORA DA 3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

“Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo teço as seguintes considerações:

Rejeito a preliminar levantada pela defesa no que tange ao cerceamento de defesa pelo alegado extravio dos documentos e livros fiscais relativos ao exercício de 1998, pois o contribuinte firmou o Auto de Infração, fl. 7, constando a devolução dos livros e documentos utilizados na ação fiscal. Também não restou comprovado o efetivo extravio, e mesmo que supostamente tivesse ocorrido, o autuado poderia ter recorrido aos arquivos magnéticos, que como usuário de processamento de dados é por lei obrigado a manter, conforme art. 686 do RICMS.

Passo à análise do mérito da presente lide, itemizando as infrações:

1. A defesa alega que o autuante não considerou os valores indevidamente pagos, sob o Código nº 0759, de R\$ 159,78 pago em 10/03/97, e o de R\$ 82,68, pago em 09/05/97, no total de R\$ 242,46. Assim, ao apurar o saldo final do mês de abril, foi lançado R\$ 242,46 a título de estorno de débito. Confessa que há um saldo devedor em outubro de 1997, no valor de R\$ 16,34, decorrente da diferença entre o saldo devedor e o valor pago.

O art. 136 do RICMS/97, prevê que as quantias indevidamente recolhidas ao Estado poderão ser objeto de estorno de débito, observado os arts. 112 e 113. O art. 112, diz que o débito fiscal só poderá ser estornado quando não se referir a valor constante em documento fiscal, e no seu parágrafo 1º, que se o imposto já houver sido recolhido, far-se-á o estorno ou anulação mediante utilização de crédito fiscal, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação.

O autuado não cumpriu o disposto no art. 93, VIII, em que o lançamento deverá ser feito no período de sua constatação, pelo valor nominal, no quadro “crédito do imposto- outros créditos”, do RAICMS, mencionando-se a origem do erro. No Livro de Apuração do ICMS, relativo ao período de abril de 1997, fl. 672, não consta o lançamento em outros créditos.

Os DAEs, anexados na defesa comprovam o recolhimento dos valores, no entanto estes não foram lançados na época própria. Os valores indevidamente pagos do imposto, devem ser solicitados a repetição do indébito tributário em processo próprio. A exigência fiscal, conforme apurado no Auto de Infração, é devida.

2. Neste item foi apurado que o valor do ICMS substituto relativo às vendas de mercadorias a não inscritos ou a microempresas, foi recolhido a menor. A defesa anexa cópias de notas fiscais de vendas, fls. 559 a 621. Em alguns destes documentos constata a presença de dois elementos que caracterizam vendas a não inscritos, a habitualidade e o volume de mercadorias. Em outros, os destinatários são instituições benéficas, empresas de construção civil, centros de saúde, ou empresas de prestação de serviços, que são consumidores finais, não cabendo a retenção do imposto na fonte. Quanto à alegação da defesa de que o autuado não considerou os valores registrados nos DAEs, o que efetivamente está sendo cobrado é a diferença havida entre o imposto apurado e o imposto recolhido, do que resultou no ICMS a recolher. O autuado arrolou todos os pagamentos feitos sob o Código nº 1129, ou o atual 1006, conforme se verifica nos registros do SIDAT, fls. 70 a 93.

Os DAEs anexados na defesa, fls. 558 a 536, com exceção dos relativos aos meses de novembro de 1997 e de março de 1998, cujos períodos não foram constatadas diferenças do imposto pelo autuante, comprovam que seus valores foram deduzidos do montante a pagar, mês a mês, no demonstrativo elaborado quando da ação fiscal, fl. 36.

O art. 36, caput do RICMS/97, prevê que contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria. E o art. 396, do mesmo diploma regulamentar dispõe que os comerciantes, os industriais, e os importadores, inclusive quando realizarem

operações pelo sistema de vendas fora do estabelecimento, sempre que efetuem vendas de mercadorias a contribuintes não inscritos ou inscritos como microempresa comercial varejista ou como microempresa ambulante, serão considerados sujeitos passivos por substituição, devendo nesses casos fazer a retenção do ICMS, adotando como base de cálculo a prevista no art. 61.

Concluo que dos documentos apresentados na defesa, os abaixo relacionados que comprovam a venda a consumidor final, devem ser excluídos da cobrança relativa a este item :

<i>Nº da nota fiscal</i>	<i>Data de emissão</i>	<i>Base de cálculo</i>	<i>ICMS destacado</i>	<i>ICMS substituto</i>
3551	27/01/97	151,40	10,60	1,59
3552	27/01/97	338,05	57,47	8,62
3663	19/02/97	48,90	3,43	0,51
3706	28/02/97	1.276,50	217,01	32,55
3851	31/03/97	136,70	9,57	1,44
3852	31/03/97	275,23	46,79	7,02
4401	05/08/97	59,40	4,16	0,62
4533	01/09/97	77,00	5,39	0,81
4534	01/09/97	279,60	47,53	7,13
4630	22/09/97	148,20	10,37	1,56
4631	22/09/97	686,36	116,68	17,50
4670	30/09/97	68,00	4,76	0,71
4671	30/09/97	331,16	56,30	8,44
4722	13/10/97	34,00	5,78	0,87
4752	22/10/97	665,86	113,19	16,98
4753	22/10/97	175,00	12,25	1,84
4941	26/11/97	58,00	9,86	1,48
4945	28/11/97	77,00	13,09	1,96
5117	31/12/97	785,00	133,45	20,02
5185	15/01/98	410,14	69,72	10,46
5186	15/01/98	15,00	1,05	0,16
5231	26/01/98	26,30	4,47	0,67
5245	28/01/98	55,00	9,35	1,40
5315	11/02/98	274,80	46,72	7,01
5316	11/02/98	127,10	8,90	1,34
5340	16/02/98	22,40	3,81	0,57
5424	05/03/98	66,40	4,65	0,70
5472	14/03/98	121,60	20,67	3,10
5670	27/04/98	226,00	38,42	5,76
5683	29/04/98	336,70	57,24	8,59
5711	05/05/98	105,00	7,35	1,10
5828	28/05/98	316,39	53,79	8,07
5829	28/05/98	51,40	3,60	0,54
5947	01/07/98	349,20	59,36	8,90
5948	01/07/98	9,90	0,69	0,10
5998	15/07/98	130,00	9,10	1,37
5999	15/07/98	129,00	21,93	3,29
6114	03/08/98	141,00	9,87	1,48
6115	03/08/98	285,95	20,01	3,00
6295	16/09/98	27,00	1,89	0,28
6310	21/09/98	84,00	5,88	0,88
6311	21/09/98	642,81	109,28	16,39
6312	21/09/98	80,95	6,32	0,95
031	09/11/98	127,00	8,89	1,33
032	09/11/98	328,60	55,86	8,38
197	17/12/98	150,00	10,50	1,58
198	17/12/98	331,00	56,27	8,44

Os valores exigíveis, relativo a este item perfaz o total de R\$ 843,02, que fica assim resumido:

Mês da ocorrência	Imposto apurado	Imposto recolhido	ICMS a recolher
Janeiro/97	192,11	132,78	59,33
Fevereiro/97	152,44	93,92	58,52
Março/97	155,42	78,19	77,23
Abril/97	176,32	99,03	77,29
Maio/97	165,45	91,89	73,56
Junho/97	157,78	80,77	77,01
Julho/97	152,98	63,38	89,60
Agosto/97	98,51	75,10	23,41
Setembro/97	153,43	102,14	51,29
Outubro/97	104,52	78,98	25,54
Dezembro/97	166,18	98,18	68,00
Total	1675,14	994,36	680,78

Mês da ocorrência	Imposto apurado	Imposto recolhido	ICMS a recolher
Janeiro/98	144,09	98,02	46,07
Fevereiro/98	124,73	122,92	1,81
Março/98	87,24	78,99	8,25
Abril/98	122,15	122,19	-
Maio/98	103,50	110,56	-
Julho/98	166,74	96,02	70,72
Agosto/98	80,53	47,72	32,81
Setembro/98	68,43	69,05	-
Outubro/98	73,65	73,58	0,07
Novembro/98	67,01	64,50	2,51
Dezembro/98	97,89	98,07	-
Total			162,24

Item 3 . Refere-se a documentos fiscais , notas fiscais e CTRCs, não escriturados.

A defesa reconhece que por falha no setor contábil, algumas notas fiscais não foram escrituradas, restando um débito no total de R\$ 3.636,67. O autuante na informação fiscal reconhece o cometimento de equívocos, pois a documentação fiscal encontrava-se devidamente escriturada no LREM. Discorda dos cálculos apresentados, pois o valor atinente ao mês de julho de 1997 é de R\$ 13,00 (treze reais) e não de R\$ 1,30 (um real e trinta centavos). Acata parcialmente a defesa, restando o crédito reclamado , conforme elaborado na defesa, fl. 498 , sendo que no mês de julho, o valor é de R\$ 13,00 (treze reais). Deste modo, o valor total do imposto passa a ser de R\$ 3.648,37.

Item 4. A defesa reconhece a maior parte do que lhe foi cobrado, e argumenta que improcede a acusação de falta de lançamento da Nota Fiscal nº 63705, de abril de 1997, registrada no Livro fiscal à fl. 12, e este item passa a ter o valor de R\$ 104,20. O autuante na informação fiscal acata as razões da defesa. Deste modo, o crédito reclamado neste item é de R\$ 104,20.

Item 5 – Trata do recolhimento a menor do ICMS devido na aquisição interestadual de mercadorias enquadradas na antecipação tributária, Anexo 88. A defesa alega que o autuante , a despeito de lhe ter sido entregue todos os documentos de arrecadação disponíveis, não os deduziu do seu levantamento, ocorrendo um verdadeiro “**bis in idem**”.

Aduz que as mercadorias relacionadas na Nota Fiscal nº 267539, emitida pela Arisco Ind. Ltda, refere-se a refresco frisco, NBM 1702.90.0701, não estão elencados na relação de mercadorias sujeitas à substituição tributária por força de convênios, ou de acordo entre os Estados. E que a substituição tributária , seria apenas em relação a sucos concentrados de frutas em líquido, em pasta ou em pó, desde que classificados nas posições da NBM/SH 2009.11.0100 e 2009.19.0100.

Comprova que foi lançado indevidamente ICMS a título de antecipação tributária referente à Nota Fiscal nº 293, emitida pela firma Frigorífico Margem Ltda, de Goiás, cujo crédito foi destacado a 12%, que foi considerada com a alíquota de 7% pelo autuante.

O autuante na informação fiscal reconhece como indevida a cobrança do imposto relativo à Nota Fiscal nº 293, como consequência indevida o valor do imposto cobrado de R\$ 28,93.

Os argumentos da defesa são relevantes pois efetivamente refresco em pó não está elencado entre os produtos sujeitos à substituição tributária. Assim, o débito apurado e confessado na devida perfaz o total de R\$ 881,48.

Item 6 – Refere-se a utilização indevida de crédito fiscal, referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, no total de R\$ 660,86.

O autuado reconhece um crédito tributário a favor da Fazenda Estadual de R\$ 507,06, com base em que a Nota Fiscal nº 209108 e a Nota Fiscal nº 251207, da Arisco, são de mercadorias sujeitas a tributação normal.

Estas mercadorias se referem a refresco em pó, em que o patrono do autuado invocando o código NBM/SH, não a enquadra como constante no anexo 88.

A Lei nº 7.14/96, no Anexo I, já citado anteriormente, enquadra no item 6, sucos de frutas em líquido industrializados, concentrados ou não. Também o RICMS/97, repetindo esta Lei, no art. 353, inciso II, item 7, relaciona “sucos de frutas em líquido, industrializados , concentrados ou não, sem adição de álcool, com ou sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes.” (grifo nosso).

Portanto voto pela manutenção deste item, abatendo-se os valores relativos as notas fiscais contestadas pela defesa. Resta um crédito de R\$ 507,06 a favor da Fazenda Pública, também confessado pelo autuado.

Item 7 – O Regulamento do ICMS veda expressamente a utilização do crédito fiscal de ICMS relativo a frete a preço CIF. O autuado expressamente reconhece o cometimento desta infração, com imposto no valor de R\$ 32,60.

Item 8 – Também é vedado o uso de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção do imposto. O autuado reconhece o cometimento da infração, restando o crédito reclamado no valor de R\$ 68,25.

Item 9 – Foi utilizado crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. A defesa faz restrição ao estorno do crédito destacado na Nota Fiscal nº 34672, fl. 247, emitida por Parmalat Ltda, em 05/03/98, no valor de R\$ 36,11, entendendo que esta mercadoria não está sujeita a antecipação tributária, por se tratar de leite com adição de substância que lhe modifica o sabor, e classificado na NBM/SH, 0402.11.0990.

A Lei do ICMS, nº 7.014/96, no Anexo I, item 5, elenca “refrescos, néctares, iogurtes e outras bebidas alimentares à base de leite ou de cacau”. Deste modo, os argumentos da defesa não procedem, pois trata-se efetivamente de “leite com adição de substância que lhe modifica o sabor”.

Procede portanto a cobrança deste item pelo valor levantado na peça vestibular, de R\$ 1.466,96.

Item 10 – Este item resultou da operação de circulação de mercadorias, fictícia, vez que o estabelecimento executava “transferências” dentro da mesma inscrição estadual, e ainda creditava-se do ICMS destacado, no valor de R\$ 9.901,04.

A defesa alega que o autuado opera com atividades de comércio atacadista e varejista, concomitantemente, no mesmo local, e necessita transferir mercadorias daquele setor para esse. Em tais operações, inexistindo movimentação econômica, mas apenas uma movimentação física dentro do estabelecimento, inocecorre o fato gerador do ICMS.

Que não houve qualquer prejuízo para a Fazenda Estadual, como comprova fotocópias das folhas do Livro de Registro de Apuração do ICMS, onde se pode verificar no registros dos valores lançados nos códigos de operações fiscais 1.22 (transferências pelas entradas) e 5.22 (transferências pelas saídas), a coincidência de valores, seja dos créditos supostamente indevidos, seja dos débitos, igualmente indevidos, compensando-se e anulando-se.

O autuante na informação fiscal diz que constatou, com surpresa, que a partir de certo momento, as notas fiscais dessas transferências passaram a ser lançadas exclusivamente a crédito, no LREM, sem o valor correspondente à débito lançado no LRSM. Que isto patenteou a fraude fiscal através da geração indevida de créditos de ICMS inexistentes. Que o contribuinte, intimado não apresentou a escrita contábil e documentos correlatos, e que somente esta poderia dirimir a dúvida, elidindo ou não, parte do montante, aqui cobrado.

O autuado, anexa fls; 633 a 678, cópias dos Registros de Saídas, e apuração do ICMS relativo a alguns meses relacionados nesta infração. No cotejo destes documentos, constato que foram dado saídas de mercadorias, sob o Código nº 5.22, com destaque do imposto, e dentro do mesmo mês de apuração foi dado entrada destas mercadorias, sob o Código nº 1.22, com utilização do crédito fiscal, resultando na anulação das operações. Deste modo, estas operações não trouxeram prejuízo para o erário.

Contudo, o autuado não comprovou os lançamentos dos meses de maio e outubro de 1997, cujos créditos são da ordem de R\$ 1.135,54 e de R\$ 2.745,45 respectivamente, portanto prevalece a cobrança destes valores neste item da autuação.

Infração 11 – Este item decorreu da falta de apresentação das 1^{as} vias das notas fiscais, cujos créditos foram indevidamente utilizados. A defesa afirma que as entregou ao autuante, e que foram extraviadas no curso da fiscalização. No entanto, não há Termo de Arrecadação comprovando a retirada dos livros e documentos, como também, não existe documento comprobatório de sua devolução. Aduz que apresentará fotocópia das notas fiscais, já requeridas aos fornecedores, e que a penalidade a ser aplicada é a prevista no art. 915, XX, do RICMS.

O art. 97, inciso IX, do RICMS/97, veda ao contribuinte, salvo disposição em contrário, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto, em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, ressalvada a hipótese de documento perdido, extraviado ou desaparecido, caso em que a admissão do crédito é condicionada à comprovação da ocorrência por parte do contribuinte.

O art. 204 do RICMS/97, dispõe que as diversas vias dos documentos fiscais não se substituirão em suas respectivas funções, salvo em caso de extravio, hipótese em que deverá ser feita imediata comunicação à repartição fazendária (Ajuste SINIEF 3/94).

O autuante comprova que no dia 09/09/99, intimou o autuado a apresentar as 1^{as} vias de notas fiscais de aquisição de mercadorias lançadas no livro REM, relacionadas em listagem que acompanhava o documento de intimação, fls 383 e 384 do PAF, e que transcorridos quarenta e seis dias data da intimação até a apresentação da defesa, nenhum dos documentos foi apresentado.

Assim, como o autuado apenas nega o cometimento da infração, sem produzir as provas necessárias, voto pela manutenção deste item do Auto de Infração, no valor de R\$ 6.233,76.

Item 12 – Extravio de 26 documentos fiscais, escriturados no LRE nº 005, sem a apresentação das 1^{as} vias, multa de 2,60 UPFs-BA.

Como o contribuinte foi autuado pelo descumprimento de obrigação principal, relativa a esta mesma infração, o descumprimento da obrigação acessória, está absorvida pela infração principal, não cabendo a aplicação da penalidade neste item.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão recorrido pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, o recorrente, inconformado com o decisório, impetrou o presente Recurso Voluntário, solicitando:

Diligência nas folhas 720 e 721 a respeito da situação cadastral de empresas com as quais manteve relações comerciais, consoante notas fiscais juntadas aos autos, isso com vistas ao item 2 do Auto de Infração.

Ademais, junta aos autos documentos de folhas 725 a 886, os quais foram mencionados nas contra-razões apenas no que tange à juntada extemporânea dos mesmos. Entretanto, se cuidam de demonstrativos (folhas 725 a 729), lançamentos de saídas de mercadorias e diversas notas fiscais entre outros. Conclui renovando o pedido de diligência e, caso não seja atendido pelos senhores Conselheiros, o Auto de Infração em contraditório deve ser julgado Improcedente.

A PGE/PROFIS analisa as razões recursais e diz que merece um aprofundado exame para que se possa estabelecer ou não a pertinência das mesmas no tocante aos itens ali combatidos, a saber: Infrações 1, 2, 3 10 e 11.

Assim sendo, entende-se como necessária às diligências, quanto à situação cadastral das empresas relacionadas com a infração objeto do item 2 e análise por parte da ASTEC da documentação anexada com o Recurso Voluntário.

Em atendimento ao solicitado pela PGE/PROFIS e diante dos fundamentos ali esposados, este Relator encaminhou os autos em diligência à ASTEC que forneceu Parecer às fls. 800 a 803, com a conclusão:

Item 1 – Na reconstituição da conta-corrente do ICMS, hão de ser considerados todos os recolhimentos do imposto, além dos créditos fiscais acobertados por documentos fiscais idôneos, bem como todos os débitos fiscais regularmente apurados, a fim de verificar a existência de débito tributário. Dessa forma, foram elaborados novos demonstrativos da conta-corrente do ICMS, onde foram incluídos os recolhimentos relativos aos meses de fevereiro e abril de 1997, que resultou no débito tributário no valor de R\$16,34, referente ao mês de outubro de 1997.

Item 2 – A diligência não foi realizada uma vez os documentos acostados aos autos já foram apreciados no julgamento de 1^a Instância e que o restante da documentação não pode ser verificada, pois o contribuinte encontra-se em local incerto e não sabido.

Item 9 – Verificou-se do doc. de fl. 247 que o autuado requer o crédito fiscal do valor atinente à base de cálculo para a substituição tributária, no valor de R\$36,11. Desse modo, por se tratar de questão que envolve a apreciação de mérito, este diligente declara-se incompetente para manifestar-se a respeito da matéria.

Item 10 – Com base nas cópias das folhas do livro Registro de Saídas, referentes aos meses de maio e outubro de 1997, verificou-se que o autuado deixou de lançar a débito do imposto os valores de R\$102,94 e R\$303,13, respectivamente.

Item 11 – A considerar as 2^{as} vias das notas fiscais dos fornecedores anexadas aos autos pelo autuado, contatamos que diversos documentos fiscais deixaram de ser apresentados. Assim sendo, foram elaborados novos demonstrativos que evidenciam a utilização de crédito, sem o correspondente documento fiscal, no valor de R\$3.655,47.

À fl. 812 consta o ciente do autuante sobre o teor da diligência supra, contudo não teceu nenhum comentário em contraditório. A empresa foi intimada e a ECT à fl. 816, informou que a mesma mudou-se. A PGE/PROFIS à fl. 831 pede em virtude da mudança de endereço do contribuinte que o mesmo seja intimado via Edital conforme preceitua o art. 108 do RPAF/99.

À fl. 835 consta apenso ao processo requerimento da empresa para pagamento do débito na parte reconhecida pela defesa inicial e sob o benefício da Lei nº 7.504/99.

À fl. 845, consta acostado cópia do Diário Oficial do dia 09 de abril de 2003, cujo Edital intima a empresa a tomar ciência da diligência.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de 854 a 855, nos seguintes termos:

[...]

“Da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, consideramos presentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão parcial do Acórdão recorrido.

Os argumentos ventilados pelo recorrente bem como as provas documentais acostadas em sede recursal têm o condão de elidir parcialmente o acerto da ação fiscal. Senão vejamos:

O Parecer da ASTEC verifica as provas documentais apresentadas pelo recorrente e adequa o lançamento tributário aos termos da legislação tributária no que pertine aos itens 1, 10 e 11.

No que concerne ao item 2, comungo do entendimento que por culpa exclusiva do contribuinte tornou-se impossível à realização da diligência fiscal solicitada pelo mesmo e, sendo assim, deverá prevalecer a presunção de legitimidade da exigência fiscal.

Ante o exposto, nosso opinativo é pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.”

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que o Recurso de Ofício apresentado não merece reparo pelos fundamentos nele inseridos. Portanto, concordo com o posicionamento exarado pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte os itens 2, 3, 4, 5, 6 e 10, e Improcedente o item 12, que foi absorvido pela infração principal.

Quanto ao Recurso Voluntário, concordo inteiramente com a diligência da ASTEC no tocante aos itens 1, 10 e 11. Contudo, no que diz respeito ao item 9, entendo que o voto do relator de 1º grau não merece ser modificado face ao conteúdo da sua assertiva. No que diz respeito ao item 2, realmente não houve condições do diligente para efetuar a diligência necessária a dirimir a dúvida existente, saliente-se que por culpa exclusiva do contribuinte e, sendo assim, deverá prevalecer a presunção de legitimidade da exigência fiscal, como muito bem se posicionou a Douta PGE/PROFIS em seu Parecer.

Assim, concedo este voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentados, para modificar a Decisão recorrida e julgar o lançamento de ofício PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269096.2006/99-2, lavrado contra **ISLI DISTRIBUIDORA DE HORTIGRANJEIROS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.104,08**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.698,41 e 150% sobre R\$405,67, previstas no art. 42, II, “a”, “b”, “d”, VII, “a” e V, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além das multas de 10% no valor de **R\$3.648,37**, e 1% no valor de **R\$104,19**, atualizados monetariamente, previstas no art. 42, IX e XI, respectivamente, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS