

PROCESSO - A. I. Nº 271330.0007/03-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e QUÍMICA GERAL DO NORDESTE S/A
RECORRIDOS - QUÍMICA GERAL DO NORDESTE S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0194-02/04
ORIGEM - INFEP DAT/METRO
INTERNET - 03/11/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0263-12/04

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA NÃO CONTRIBUINTE. Modificada a Decisão. Sendo o destinatário contribuinte do ICMS, a alíquota aplicável é a prevista para as operações interestaduais. Infração descaracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MERCADORIA TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. É vedada a utilização de crédito fiscal sem o correspondente documento comprobatório do direito ao uso. **b)** MATERIAL DE CONSUMO. Não é permitida a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. **c)** IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Nesta situação é vedado o direito a utilização do crédito. **d)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS. Modificada a Decisão. A legislação estadual não prevê a hipótese de estorno de crédito quando da saída da mercadoria com o benefício da redução da base de cálculo do imposto. Infração não comprovada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente. 5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Infração comprovada. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Considerando o recolhimento pelo contribuinte substituído do tributo que deveria ser objeto de antecipação pelo autuado, é devida a multa de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente. 7. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Refeitos os cálculos mediante revisão efetuada por preposto da ASTEC, o imposto apurado ficou reduzido. 8. LIVROS FISCAIS. **a)** REGISTRO DE APURAÇÃO. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. **b)** REGISTRO DE CONTROLE DA PRODUÇÃO E DO

ESTOQUE. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Infrações comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto às infrações 11 e 12. Decisão não unânime. Em relação às infrações 13 e 14, decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime, quanto às infrações 1, 2, 4 e 10. Vencido o voto do relator em relação às infrações 1 e 10. Decisão por maioria quanto às infrações 5, 6, 8, 11 e 12, e, decisão unânime quanto às infrações 13 e 14.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recursos de Ofício e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado QUÍMICA GERAL DO NORDESTE S/A, em face da Decisão prolatada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão nº 0194-02/04, em que se declarou a Procedência em Parte do Auto de Infração nº 271330.0007/03-2, tendo sido considerados procedentes os itens 1 a 10 e 14 a 16 e Procedentes em Parte os itens 11 a 13 do Auto de Infração, assim descritos na autuação:

O Auto de Infração, lavrado em 03/12/2003, refere-se à exigência de R\$915.407,33 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$4.371,90, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Deu saída de mercadoria tributável a não contribuinte com aplicação de alíquota incorreta, nos meses de fevereiro, julho, novembro e dezembro de 1998; março e agosto de 1999.
2. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$4.532,03, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saídas internas sem tributação no exercício de 1999.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$14.468,29, sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Devoluções de vendas sem apresentação da 1ª via da nota fiscal de saída, nem a 1ª via da nota fiscal de devolução, nos exercícios de 1998 e 1999.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$6.586,67 referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (fita de aço inox), mês de outubro de 1999.
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$879,87, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (material para tratamento de água de refrigeração), nos meses de janeiro, abril, maio, junho e agosto de 1999.
6. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$1.015,88, decorrente da diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, abril, maio, junho e agosto de 1999.
7. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, no valor de R\$125,87, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias. Diferença entre o valor da remessa em consignação e o valor da efetiva alienação da mercadoria, nos meses de fevereiro a junho de 1998.

8. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$87.149,33, decorrente da diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, setembro e dezembro de 1998; março, e de junho a outubro de 1999.
9. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$15.156,11, referente ao imposto não destacado em documento fiscal, nos meses de outubro e novembro de 1999.
10. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$38.988,08, em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos exercícios de 1998 a 2002.
11. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$34.051,72, em razão de Prestações de Serviços de Transporte tributadas efetuadas como não tributadas, regularmente escrituradas, nos exercícios de 1998 a 2002. Não efetuou a substituição tributária como tomador do serviço de transporte, nas saídas de bicarbonato de sódio nutrição animal.
12. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$345.067,76, em razão de Prestações de Serviços de Transporte tributadas efetuadas como não tributadas, regularmente escrituradas, nos exercícios de 1998 a 2002. Não efetuou a substituição tributária sobre o serviço de transporte, na condição de contribuinte substituto.
13. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$187.841,34, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais e conseqüentemente sem o respectivo lançamento do imposto em sua escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, exercício de 1998.
14. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$174.892,02, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais e conseqüentemente sem o respectivo lançamento do imposto em sua escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, exercício de 1999.
15. Escrituração do livro RAICMS em desacordo com as normas regulamentares. Falta de escrituração da substituição tributária do frete, sendo aplicada a multa de R\$140,00.
16. Escrituração do livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares. Falta de escrituração do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, sendo exigida a multa de R\$140,00.

O autuado alegara a extinção do lançamento referente ao exercício de 1998 pela decadência e pretendia nula a autuação fiscal.

Quanto ao mérito, contestara a os itens 1, 2, 4, 5, 6 e 8, 10, 11, 12, 13 e 14 e em relação aos itens 3, 7 e 9 dissera que a impugnação seria efetuada no curso do processo com a apresentação de provas e que restaria provada a Improcedência das acusações e cominações e ao final pedia a improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresentou informação fiscal, ratificando integralmente a ação fiscal.

A JJF converteu o presente processo em diligência que foi realizada para dirimir divergências quanto às infrações 10 a 14.

O autuado tomou conhecimento do PARECER ASTEC Nº 0060/2004, reiterando os termos da impugnação inicial.

O autuante apresentou nova informação fiscal contestando afirmações do autuado.

Submetido a julgamento em Primeira Instância administrativa, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte.

Em seu Recurso Voluntário diz o recorrente, em alegação preliminar, que teria ocorrido a decadência do direito do Estado em efetuar o lançamento em relação ao exercício de 98, porque o prazo para tal procedimento contar-se-ia da ocorrência do fato gerador, vez que o imposto é apurado por homologação, o que estaria refletido em decisões de tribunais superiores e que este prazo está fixado no art. 150, 4º do CTN.

Também em relação aos itens 10, 11 e 12 diz que não foi apreciada na Decisão recorrida a preliminar de nulidade suscitada e volta a suscitá-la preliminarmente, pois entende que *“Não é legítimo pretender obrigar o contribuinte ao pagamento de apontado débito tributário o qual não está amparado na norma legal, ou que dela não fez ao contribuinte saber.”*.

Quanto ao mérito da atuação, alega o recorrente:

1. em relação ao item 1 da autuação que os adquirentes de seus produtos são contribuintes do imposto, cabendo a aplicação da alíquota interestadual nas saídas que realiza e pede a nulidade do item. Cita o nome de diversos adquirentes e apresenta elementos de prova de que dois deles são efetivamente contribuintes do imposto, mas não demonstra serem os mesmos os destinatários das notas fiscais indicadas no anexo A do Auto de Infração;
2. em relação ao item 2, repetindo alegações já trazidas na defesa, afirma que o simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte não se constitui fato gerador do imposto, o que estaria garantido pela Súmula nº 166 do STJ;
3. em relação aos itens 4, 5, 6 e 8 da autuação, que tratam de bens de uso e consumo e de bens destinados ao ativo fixo, o recorrente alega não terem sido examinadas suas alegações defensivas e as repete, alegando que a partir da CF/88 a sistemática de creditamento do imposto é mais abrangente que a prevista na Constituição vigente a partir de 1969, somente havendo restrições ao crédito nos casos de isenção e na incidência. Em longa adução, o recorrente alega que a sistemática de crédito do ICMS na Constituição em vigor permite considerar os custos de produção para fins de compensação do imposto, pois os bens adquiridos são produtos intermediários que se consomem no processo produtivo, conforme laudo pericial elaborado em autos de ação anulatória que cita, e que, sendo os bens produtos intermediários, estaria afastada a incidência do diferencial de alíquota;
4. em relação aos itens 10, 11 e 12 não foi apreciada na Decisão recorrida a preliminar de nulidade suscitada, diz que os fatos apontados não se coadunam com as infrações imputadas, e que a autuação se referiria a estorno de crédito, enquanto a Decisão se referiria à não inclusão do frete na base de cálculo e por ter-se creditado inteiramente do valor do frete e que o imposto foi pago integralmente pelo prestador do serviço, não havendo prejuízo para o Erário. Entende o recorrente que, uma vez que os Substituídos Tributários recolheram antes do prazo previsto para o recolhimento pelo Substituto, deve ser afastada a multa de 60%.

Os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para análise e Parecer que, em Parecer subscrito pela Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário quanto aos itens 1, 11 e 12 e pelo Não Provimento quanto aos demais itens.

A D. procuradora Maria Dulce B. Costa afasta de pronto a decadência alegada, porque, ensina, embora o marco inicial desse prazo decadencial seja, em princípio, o fato gerador da obrigação tributária, a legislação baiana, respaldada em autorização legal – parágrafo quarto do art. 150 do CTN, fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual deve-se iniciar o prazo decadencial no art. 28 do COTEB.

Quanto ao item 1, entendeu a D. procuradora que os documentos anexados à fl 763 e ss demonstrariam que as pessoas neles indicadas são contribuintes do imposto, devendo ser aplicada à alíquota interestadual nessas operações. Mas, alerta, restaria saber se esses são os adquirentes elencados no Anexo A de fl. 21.

Quanto ao item 2, disse verificar que a legislação estadual prevê a ocorrência do fato gerador do ICMS nas transferências entre estabelecimentos de mesmo contribuinte e que ainda que assim não fosse, o princípio da independência dos estabelecimentos comerciais para fins de tributação seria suficiente para sustentar a exigência.

No tocante aos itens 4 e 5, verifico que a questão é por demais conhecida desse Conselho de Fazenda, que em relação à alegação de que a legislação estadual e a LC nº 87/96 contrariam a CF/88, lembra que o RPAF/99 veda a apreciação pelo CONSEF de alegação de inconstitucionalidade e que, não cabe ao CONSEF sequer por em dúvida a lei estadual em confronto com a CF/88.

Quanto ao item 4, aquisição de fita de aço inox que se destina a fixar peças e equipamentos em determinado ponto físico entende que resta claro que é um material de uso e consumo sem qualquer participação no processo produtivo.

Quanto ao item 5, diz que verifica que a legislação estadual prevê como hipóteses de utilização do crédito fiscal no processo de industrialização que o bem seja insumo ou, que se integre ao produto final, ou seja, consumido/desgastado no processo e que sendo fato incontroverso que não se trata de insumos, dever-se-ia ver-se se os bens elencados nesse item kurizet, hipoclorito de sódio, therminol, álcool isopropílico, carvão ativo, soda cáustica, poderiam ser entendidos como produtos intermediários que não se integram ao produto final no processo de industrialização, analisando-se se tais bens se desgastam no processo produtivo ou não.

Inicialmente esclarece que se dermos uma interpretação ampliativa ao que seja desgastar-se no processo produtivo, concluiríamos que o maquinário poderia ser entendido como produto intermediário e sabemos que não o é. Em sendo assim, diz a D. procuradora:

“... entendo que quando a legislação se refere a bem consumido ou desgastado no processo produtivo, quer dizer que para ser considerado produto intermediário, aquele bem há de se desgastar durante determinada etapa do processo produtivo, ainda que não se integre ao produto final, mas se tornando imprestável ao fim ao cabo, necessitando reposição.

*Seria o desgaste do produto **em razão** do processo produtivo e não simplesmente no processo produtivo.*

Essa é a inteligência extraída do Parecer Normativo 01 da PROFI.

Esse tem sido o entendimento pacífico do CONSEF, assim como os Tribunais Superiores também têm decidido nesse sentido.”

Observa a D. procuradora que os bens objeto do Auto de Infração em exame servem para tratamento de água, refrigeração, conservação do maquinário, evitando corrosão, não se enquadrando, portanto, na hipótese legal de produtos intermediários, sendo indevido o crédito fiscal utilizado, sendo devido o diferencial de alíquota exigido.

Em relação ao item 10 da autuação diz a D. procuradora:

“Quanto ao item 10, preliminarmente, entendo que a nulidade suscitada não merece ser acatada. O recorrente por ocasião da defesa inicial alega que as infrações 10 a 12 tiveram seu enquadramento legal insuficiente e por isso requereu, sob pena de nulidade, que fossem tomadas as medidas necessárias para indicação dos dispositivos infringidos.

A JJF determinou diligencia em relação a esses itens, tendo o autuado sido intimada do seu resultado, e sobre ele se manifestando, inclusive. Em sendo assim, restou claro que o autuado, ora recorrente, compreendeu perfeitamente as infrações que lhes estavam sendo imputadas, tendo exercido na plenitude o seu direito de defesa.

*Quanto ao mérito do item 10, entendo que o estorno proporcional de crédito referente a frete de mercadoria com saída beneficiada por redução de base de cálculo **não é devido**.*

A legislação estadual não prevê a hipótese de estorno de crédito quando da saída da mercadoria com o benefício da redução de base de cálculo. A Lei nº 7.014/96 prevê exclusivamente como hipóteses de estorno de crédito as seguintes situações:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

IV - vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se

O Regulamento do ICMS, contudo, não se restringe a repetir as hipóteses previstas na lei vigente, mas, ao contrário, inclui nova hipótese no art 100: a de saídas com redução da base de cálculo.

O que aqui se verifica é a violação, pelo Regulamento - ato do Poder Executivo -, à lei. O papel do Regulamento é, tão somente, operacionalizar a aplicação da lei, em estrito cumprimento aos seus ditames.

Portanto, não cabe ao Regulamento trazer qualquer hipótese nova que venha restringir o direito do contribuinte, sob pena de se configurar ato de ilegalidade.

“ o princípio é o de que o poder regulamentar consiste num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto. Significa dizer que se trata de poder limitado. Não é poder legislativo; não pode, pois, criar normatividade que inove a ordem jurídica.” (José Afonso da Silva In Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed Malheiros)

Em sendo assim, o estorno de crédito exigido não tem respaldo legal.”

No tocante aos itens 11 e 12, restou demonstrado na diligência da ASTEC que o imposto foi pago pelo substituído tributário. Assim, decidiu a JJF que não há imposto a ser exigido, apenas multa por recolhimento intempestivo, já que deveria ter sido recolhido pelo Substituto tributário.

A alegação do recorrente de falta de prejuízo ao ERÁRIO somente restará demonstrada se de fato os recolhimentos efetuados pelos contribuintes Substituídos tiverem ocorrido antes ou no mesmo prazo legal estipulado para pagamento pelo Substituto, fato que poderá ser observado pelo relator ou pelo diligente, se assim entender.

Em relação aos itens 13 e 14, os levantamentos quantitativos foram submetidos à ASTEC que procedeu às alterações necessárias. Quanto à alteração dos registros de estoque, afirmou que foi feita após a ação fiscal, uma vez que as cópias dos livros juntadas pelo autuante indicam outros valores e discriminações de mercadorias em estoque.

Tendo sido procedida a alteração após a conclusão dos trabalhos de fiscalização, entendo que não devem ser aceitas, principalmente por não haver razões plausíveis para ter ocorrido dessa maneira.

VOTO VENCIDO (Quanto aos itens 1, 10, 11 e 12)

Afasto as preliminares de nulidade aduzidas porque o PAF está revestido das formalidades legais, estão nele bem determinados o autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, e o prazo decadencial ainda não havia expirado de início da fiscalização e na data da autuação, estando prevista o art. 24 da Lei nº 3.956/81 como data de início do referido prazo o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

Quanto às alegações de nulidade por suposta falta de indicação dos dispositivos legais infringidos também as afasto porque se verifica no Auto de Infração que estão indicados nos campos próprios.

Não acolho o Parecer opinativo da D. procuradora em relação ao item 1 da autuação porque os documentos anexados à fl 763 e ss não demonstram que as pessoas neles indicadas são contribuintes do imposto, dentre os elencados no Anexo A de fl. 21.

Quanto ao item 2, como disse a D. procuradora, a legislação estadual prevê a ocorrência do fato gerador do ICMS nas transferências entre estabelecimentos de mesmo contribuinte, condição suficiente para sustentar a exigência fiscal.

No tocante aos itens 4, 5, 6 e 8, considerando que o RPAF/99 veda a apreciação pelo CONSEF de alegação de inconstitucionalidade, daí porque não se pode ter como juridicamente válidas na instância administrativa de julgamento as alegações de inconstitucionalidade e porque as matérias descritos são aplicados no processo produtivo como material de consumo, não se integrando ao produto, acolho o Parecer da D. representante da PGE/PROFIS.

Em relação ao item 10 da autuação não acolho o Parecer da D. procuradora porque entendo que o papel do Conselho de Fazenda é de julgar os atos administrativos praticados pelos fiscais para aferir a sua conformidade com atos normativos a que estão obrigados. Entendo que os fiscais estão submetidos ao Regulamento do ICMS e que eventual e suposta antinomia deve ser objeto de arguição em instância jurisdicional, cabendo à PGE/PROFIS representar e defender os interesses do Estado, lutando para fazer bons, firmes e valiosos os atos normativos infra legais. Se os entender ilegais, cabe ao sujeito passivo reclamar perante o poder judiciário o remédio que entender adequado.

Assim como se pressupõe a constitucionalidade das leis, presume-se a legalidade dos atos normativos do Poder Executivo. Se o papel do regulamento é, tão-somente, operacionalizar a aplicação da lei, em estrito cumprimento aos seus ditames, ao trazer hipóteses condicionantes do direito do contribuinte, não se configura ato de ilegalidade. Apenas busca o chefe do Poder Executivo cumprir a lei e nisso tem fé de ofício, que só pode ser obstada por ato do Poder Judiciário. Esse é o sistema de Direito aplicado no País.

Entendo assim, que o estorno de crédito exigido no item 10 tem respaldo legal.

No tocante aos itens 11 e 12, não está demonstrado na diligência da ASTEC que o imposto foi pago pelo substituído tributário. Por isso não mantenho a Decisão da JJF, porque não foi recolhido pelo Substituto tributário, caracterizando a infração o não cumprimento da exigência legal, independentemente de haver ou não prejuízo financeiro para o Estado. O cumprimento da obrigação por terceiros não imuniza o infrator contra a aplicação de pena, pelo seu caráter educativo/repressivo em relação ao comportamento futuro.

Em relação aos itens 13 e 14, acolho o Parecer da D. procuradora, pois a alteração dos registros de estoque, foi feita após a ação fiscal, por não haver razões plausíveis para ter ocorrido dessa maneira.

Assim, pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício e NEGÓ PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Itens 1 e 10)

Com relação ao item 1 do Auto de Infração, tendo em vista os elementos de prova trazidos pelo requerente e considerando a natureza dos produtos comercializados pela empresa industrial – fertilizantes - e os volumes expressos nas notas fiscais, entendo que há provas e indícios suficientes para concluirmos que os adquirentes daqueles volumes de fertilizantes são produtores rurais, contribuintes do imposto e, assim, está correta a aplicação da alíquota interestadual, conforme procedeu a empresa requerente. Portanto, julgo a infração IMPROCEDENTE.

No tocante ao item 10, acompanho integralmente o entendimento da Douta procuradora, transcrito neste Relatório, no sentido de que não há previsão de lei para a hipótese de estorno de crédito quando da saída da mercadoria com o benefício da redução da base de cálculo.

Portanto, conforme ensina a ilustre procuradora, como o estorno exigido não tem previsão legal, a infração deve ser julgada Improcedente

Os itens 11 e 12 são objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário, uma vez que restando demonstrado na diligência a ASTEC que o imposto foi pago pelo substituído tributário, a Decisão recorrida reconheceu que não há imposto a ser exigido, mas aplicou multa por recolhimento intempestivo, entendendo que deveria ter sido recolhido pelo substituto tributário.

Ora, a responsabilidade por substituição tributária nas prestações de serviço de transporte ocorre quanto se trata de transportador autônomo ou não inscrito no Estado e na hipótese de prestações sucessivas, o que não restou configurado nos autos, havendo apenas a utilização de transportadores com uma certa habitualidade o que não caracteriza o disposto no inciso II do artigo 380, com as formalidades previstas no art. 382, ambos, do RICMS/97.

Por outro lado, se descabe a exigência do imposto e há, inclusive, provas do seu recolhimento prestadores de serviço, inscritos e obrigados a recolher o ICMS no prazo normal, que, até, antecede àquele previsto para o Substituto tributário por antecipação, entendo que também não cabe a cobrança da multa aplicada.

Portanto, em relação a esses itens o Recurso Voluntário deve ser PROVIDO e o Recurso de Ofício NÃO PROVIDO.

VOTO VENCEDOR (Itens 11 e 12)

Em relação às infrações 11 e 12, divirjo do voto do ilustre relator, pois, apesar de ser o recorrido o responsável pela retenção e recolhimento do imposto, a diligência efetuada por auditor fiscal da ASTEC comprovou, mediante amostragem, que o contribuinte substituído efetuou o pagamento do ICMS que está sendo exigido nas infrações em apreço. Nessa situação, não se deve exigir do recorrido o imposto que foi pago pelo prestador do serviço de transporte, porém, com base no disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7014/96, deve ser aplicada ao recorrido a multa de 60% do valor do imposto que não foi por ele recolhido, prevista no art. 42, II, “d”, da citada lei.

Em face do acima comentado, considero que, em relação às infrações 11 e 12, a decisão recorrida está correta. Em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo-se a Decisão da 1ª Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em relação às infrações 13 e 14, e, em decisão não unânime, quanto às infrações 11 e 12, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e, por unanimidade em relação às infrações 13 e 14, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, quanto às infrações 5, 6, 8, 11 e 12, e, em decisão não unânime em relação às infrações 1, 2, 4 e 10, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271330.0007/03-2, lavrado contra **QUÍMICA GERAL DO NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$428.395,60**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% sobre R\$129.914,51 e 70% sobre R\$298.481,09, previstas no art. 42, II, “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais as multas no valor de **R\$1.248,98**, atualizado monetariamente, e **R\$280,00**, previstas no art. 42, II, “d” e XVIII, “b”, da citada lei.

RECURSO DE OFÍCIO (Itens 11 e 12)

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Álvaro Barreto Vieira, José Carlos Barros Rodeiro, Fauze Midlej e Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes.

VOTO VENCIDO: Conselheiros César Augusto da Silva Fonseca (PROVIDO) e Tolstoi Seara Nolasco (PARCIALMENTE PROVIDO).

RECURSO VOLUNTÁRIO (Itens 1 e 10)

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) José Carlos Barros Rodeiro, Fauze Midlej, Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira e César Augusto da Silva Fonseca.

RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO (Itens 5, 6, 8, 11 e 12)

VOTO VENCEDOR: Conselheiros César Augusto da Silva Fonseca, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) José Carlos Barros Rodeiro, Fauze Midlej e Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR/VOTO VENCIDO (Itens 1 e 10)

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – VOTO VENCEDOR (Itens 1 e 10)

ÁLVARO BARRETO VEIRA – VOTO VENCEDOR (Itens 11 e 12)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS