

**PROCESSO** - A. I. Nº 147072.0010/04-9  
**RECORRENTE** - TB ALIMENTOS BAHIA LTDA. (RESTAURANTE YEMANJÁ)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0457-03/04  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 01/04/2005

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0083-11/05

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Exigência comprovada. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 3ª JJF – Acórdão JJF n.º 0457-03/04, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual foi lavrado para exigir o débito no montante de R\$23.519,96, em razão do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, por erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88, inerentes aos exercícios de 1999 a 2002, consoante demonstrado às fls. 9 a 22 dos autos.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após rejeitar a preliminar de nulidade, por considerá-lo revestido das formalidades legais, e indeferir a perícia solicitada, por entendê-la desnecessária, em vista de outras provas acostadas aos autos, como também porque o defendente deveria ter fundamentado o seu pedido de perícia, de acordo com o art. 145 do RPAF.

Quanto ao mérito, foi ressaltado que o autuado não negou a aquisição das mercadorias (leite de coco e vinho), enquadradas no regime de substituição tributária, cuja obrigatoriedade de recolhimento é prevista no art. 371, I, “a”, combinado com o art. 125, I, “a”, do RICMS.

Também não foram acatadas as alegações do autuado de que constatou equívocos na numeração das notas fiscais e na base de cálculo do imposto exigido, pois as mesmas não foram indicadas nem foram acompanhadas de documentos comprobatórios.

Por fim, foi firmado que os créditos fiscais requeridos pelo contribuinte não têm amparo legal, uma vez que o autuado optou pelo regime de apuração do imposto em função de receita bruta, sendo por isso vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais, consoante art. 504, inciso VI, do RICMS, como também pelo fato de que no cálculo do imposto exigido já foi deduzido o tributo destacado nos documentos fiscais.

Assim, a Decisão é no sentido de que é subsistente a infração apurada e a multa correspondente (60%) está de acordo com o art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei n.º 7.014/96.

Irresignado com a Decisão proferida o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, onde requer:

- Que seja acolhida a preliminar de perícia requerida no sentido de provar em contrário, através de sua escrita e documentação fiscal, a acusação de que recolheu a menos o tributo por antecipação. Sustenta existir flagrante contradição na Decisão recorrida, ao indeferir o pedido de perícia. Ressalta que semelhante Decisão, já houvera sido proferida quando de anterior julgamento pela 4ª JJF, que ensejou Recurso Voluntário, o qual a 1ª CJF declarou nula a Decisão recorrida e determinou novo julgamento sob o fundamento de que “*os pedidos de perícias ou outras provas, quando não apreciadas com a devida fundamentação, implicam cerceamento de defesa*”. Conclui que a 3ª JJF comete o mesmo lamentável equívoco. Registra que o relator não informa quais são as outras provas acostadas aos autos, porquanto se tem notícia apenas das constituídas pelo autuante, de modo unilateral, como também entende que fundamentou o pedido de perícia, pois alegou erro na numeração das notas fiscais, equívocos nos valores das bases de cálculo, no

montante das notas fiscais relacionadas e em particular nas notas fiscais do produto leite de coco. Cita legislação e doutrina sobre a perícia como meio de prova consagrada em direito.

- No mérito, reitera a prova pericial requerida, sob pena de uma ilegal bitributação, pois o recorrente está sendo penalizado com o pagamento do ICMS pela compra de mercadorias e novamente pela venda. Entende que as alegações da inexistência de amparo legal para créditos fiscais utilizados pelo recorrente são carentes de sustentabilidade, porquanto é perfeitamente legal e lícita a utilização de créditos não aproveitados ou não utilizados por ocasião da venda, uma vez que o leite de coco é tributado quando da sua comercialização, do que defende legítimo o direito ao referido crédito decorrente de cálculo presumido dos produtos relacionados nos anexos do Auto de Infração, os quais não foram aproveitados quando da entrada e, conseqüentemente, importando em diferença indevida de ICMS a pagar. Por fim, aduz que, acaso por absurdo, mantida a procedência da exigência, no particular da multa aplicada, impõe a sua redução, por ser demais elevada, do que invoca, o art. 45 da Lei n.º 7.014/96.

Em seu Parecer, às fls. 128 e 129 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, por considerar os argumentos insuficientes a proporcionar a reforma da Decisão de 1ª Instância, a qual entende está correta, do que tece as seguintes considerações:

1. Inicialmente, ressalta que esse é o segundo julgamento realizado em 1ª Instância, pelo fato de ter sido anulada a Decisão inicialmente proferida pela 4ª JJF, sob o fundamento de não ter sido apreciado o pedido de realização de perícia e não ter sido fundamentada a sua negativa. Entende que o Recurso Voluntário atual traz os mesmos argumentos apresentados inicialmente, os quais foram analisados e rebatidos no julgamento realizado. Registra que o julgador determina a desnecessidade da realização da perícia por serem suficientes as demais provas existentes nos autos e que também o recorrente não fundamentou o seu pedido. Esclarece que a autuação tem por base o fato do autuado ter utilizado a MVA própria para aquisição no mercado atacadista que é de 30% enquanto a correta é de 60%, conforme planilhas às fls. 9 a 22 dos autos, em cuja diferença apurada foram abatidos os créditos de direito. Assim entende afastada a preliminar suscitada e perfeito o julgamento realizado, pois não houve no Recurso qualquer indagação a ser respondida ou dados a serem analisados ou documentos, ou provas, ou cálculos, do que pretende provar o autuado, ou do que pretende ser investigado.
2. No mérito, destaca que o próprio recorrente afirma ser optante do recolhimento do ICMS pela receita bruta, o qual a legislação veda a utilização de créditos fiscais, conforme fundamentado na Decisão recorrida. Por fim, o opinativo é no sentido de não vislumbrar os requisitos para a dispensa de multa ou sua redução, ressaltando o direito de Recurso próprio ao órgão competente dentro dos requisitos legais.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente no sentido de reformar a Decisão da 3ª JJF, relativa ao Acórdão n.º 0457-03/04, que julgou Procedente o Auto de Infração, do que, após exame de suas razões recursais, passo a tecer as seguintes considerações:

- 1ª) Inicialmente, observo que na Decisão recorrida foi indeferido o pedido para realização de perícia, por entenderem os membros da JJF ser a perícia desnecessária em vista de outras provas produzidas e constantes no PAF, como também pelo fato de o defendente não o ter fundamentado. Portanto, o aludido pedido foi devidamente analisado e substanciado seu indeferimento.
- 2ª) Devo ressaltar que se tratando de solicitação de perícia fiscal, o interessado deverá formular no pedido os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, conforme previsto no parágrafo único do artigo 145 do RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99.
- 3ª) Também há de se registrar que a perícia fiscal só deve ser procedida quando a prova do fato depender do conhecimento especial de técnicos, consoante art. 147, II, “a”, do RPAF, o

que não se aplica ao caso concreto, cuja acusação fiscal decorre da exigência da antecipação tributária recolhida a menos em razão de erro na determinação da base de cálculo, diante da aplicação equivocada da MVA, consoante provam as planilhas às fls. 9 a 22 dos autos, cuja prova em contrário restringe-se, unicamente, ao contribuinte destituir a MVA aplicada de indústria em relação ao setor atacadista, o que faria com a apresentação das notas fiscais arroladas nos aludidos demonstrativos. Portanto, mais que clara a inadequação da perícia fiscal, a qual é de plano indeferida.

4ª) Quanto ao mérito, constato que o recorrente em suas razões recursais não traz aos autos qualquer alegação ou prova que venha a elidir ou destituir a acusação fiscal, a qual está devidamente respaldada em demonstrativos analíticos (fls. 9 a 22), nos quais consignam o número das notas fiscais, o Estado de origem, os emitentes, os produtos, o valor da operação e do crédito fiscal deduzido do imposto devido e, por fim, a diferença a recolher, resultado do ICMS apurado e o efetivamente recolhido. Portanto, restou comprovada e fundamentada a exigência fiscal, a qual, em momento algum, teve seus números contrariados pelo recorrente, que se limita apenas a alegar erro na numeração das notas fiscais e equívocos nos valores das bases de cálculo, sem, contudo, demonstrar, efetivamente, que notas fiscais e valores são esses.

5ª) No tocante às alegações de não utilização de créditos fiscais e de bitributação, são totalmente impertinentes, pois os créditos fiscais consignados nas notas fiscais, objeto de antecipação do imposto, foram compensados do valor apurado, conforme demonstrado nas referidas planilhas. Quanto à bitributação, a legislação pertinente ao regime de apuração em função da receita bruta, art. 504 do RICMS, prevê que o cálculo do imposto será feito com base na aplicação de 5% sobre o valor da receita bruta do período, não sendo incluídos os valores das operações tributadas pelo regime de substituição tributária por antecipação, salvo se tratarem de insumos ou ingredientes no preparo dos produtos fornecidos, donde se conclui que o vinho não faz parte do cálculo do imposto e o leite de coco compõe a base tributável. Porém, tal regime de apuração é resultado da opção do contribuinte, por lhe ser mais benéfico e, como tal, não acarreta na alegada “bitributação”, aqui entendida como exigência em duplicidade.

6ª) Por fim, relativo à redução da multa por infração à obrigação principal, deixo de me pronunciar por ser de competência da Câmara Superior o julgamento, conforme art. 159 do RPAF.

Assim, diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE, em razão das provas documentais constantes dos autos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 147072.0010/04-9, lavrado contra **TB ALIMENTOS BAHIA LTDA. (RESTAURANTE YEMANJÁ)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.519,96**, sendo R\$13.264,23, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$10.255,73, acrescido da mesma multa, prevista no citado dispositivo legal, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS