

PROCESSO - A. I. Nº 276473.0606/02-5
RECORRENTE - VIEIRA & MALTA LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0418-02/04
ORIGEM - INFAC GUANAMBI
INTERNET - 01/04/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0085-11/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Modificada a Decisão. Excluídos os créditos fiscais destacados em notas fiscais emitidas por contribuinte inscrito como microempresa industrial. Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não elidida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, visando modificar a Decisão da Junta de Julgamento que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 28/06/2002, para exigir o recolhimento de ICMS no valor de R\$19.126,17 e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$4.334,14. As infrações abrangidas nesta peça recursal são os de nºs 8 e 9 que tratam:

Infração 8 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento (s) fiscal (is). Empresa SimBahia. ICMS de R\$237,15 e multa de 60%.

Infração 9 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. ICMS de R\$10.705,57 e multa de 60%.

Em relação às infrações acima a 2ª JJF decidiu a lide com base na seguinte fundamentação:

“(…)

Na infração 8, o contribuinte alegou que não houve utilização indevida de crédito fiscal, pois o crédito utilizado seria de contribuinte industrial inscrito como EPP, e que se beneficiaria do disposto no art. 97, inciso XI do RICMS/97.

De fato, nas aquisições de mercadorias e serviços efetuadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto, contudo tratando-se de aquisições a microempresas e empresas de pequeno porte que se dediquem exclusivamente à atividade industrial é permitida a utilização do crédito fiscal, ressalva contida no art. 97, inciso XI do RICMS/97.

Não obstante a previsão legal acima, constato que o contribuinte não trouxe aos autos as notas fiscais de aquisições de mercadorias para comprovar que as adquiriu de microempresas e de empresas de pequeno porte que se dediquem exclusivamente à atividade industrial.

Infração não elidida.

A infração 9 trata do recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

O autuado rebate a acusação, sob o argumento de que algumas mercadorias não estariam enquadradas na substituição tributária. Também que houve lançamento em duplicidade da Nota Fiscal nº 56.720, fato reconhecido pela autuante, que reduziu o valor de R\$66,98 do mês de abril de 2001. A autuante também considerou que o valor pago através de DAE, embora com o código errado, deve ser abatido.

Assim, entendeu a autuante que o valor a ser exigido nesta infração deve ser de R\$10.214,06, no que concordo.

(...)

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário o contribuinte com referência à infração 8, observa que apesar de a Junta de Julgamento Fiscal ter concordado com sua argumentação, no sentido de consubstanciar o aproveitamento do crédito fiscal de ICMS no dispositivo do art. 97, inciso VI do RICMS/97, deixou de anular a infração por entender que não foram apresentadas as Notas Fiscais que demonstram a veracidade de suas informações. Informou que tais documentos já teriam sido enviados, em conformidade com a informação fiscal emitida em 13/09/2002, não se omitindo, portanto, de também anexá-los em sua peça recursal. Quanto à infração 9, apenas pugnou pela redução do valor do débito, observando que o agente autuante teria deixado de abater valor já recolhido a Fazenda Pública Estadual, consubstanciado no DAE com código incorreto (0759), datado em 21/12/01, por mero erro de cálculo, uma vez que já teria concordado com as razões nesse particular do recorrente.

A PGE/PROFIS opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, ressaltando que algumas infrações não foram impugnadas, na peça defensiva, lembrando que o autuado aquiesceu a esses itens do Auto de Infração. Com relação a insurgência do autuado relativamente ao item 8 do Auto de Infração, entendeu que ele não carreou aos autos fato constitutivo do seu direito, conforme revela o princípio do ônus da prova. Com referência ao item 9, não vislumbra necessidade de se depurar em relação a esse item, em face da atribuição de revisão conferida aos auditores fiscais, devidamente prevista no art. 149 do CTN. Ao final, analisando a infração descrita no item 10 do auto, manifesta seu entendimento de discordância com o posicionamento adotado pela JJF, afirmando que o erro na capitulação legal não possui o condão de desconstituir o lançamento ancorado em bases fáticas visíveis, pois caberia ao autuado se defender dos fatos e não da capitulação legal imputada.

A PGE/PROFIS-GAB manifestou seu entendimento, opinando pelo acolhimento em parte do Parecer exarado pelo ilustre procurador José Augusto Martins Júnior, ressalvando que o item 10 do mencionado Auto de Infração não se constitui objeto do Recurso Voluntário, já que a autuação, no particular, foi declarada nula no julgamento de 1^a Instância pela 2^a JJF (fl. 648), concluindo pelo Improvimento do referido Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO

Da análise das argumentações do recorrente em seu Recurso Voluntário, verifico que apenas questionou as infrações 8 e 9. Com referência à infração 8, concordo com sua argumentação, observando que as Notas Fiscais que demonstram a veracidade das informações apresentadas pelo recorrente foram devidamente acostadas, conforme a informação fiscal emitida em 13/09/2002, documentos esses que foram novamente juntados quando da apresentação de sua peça recursal. Quanto à infração 9, verifico que o débito deixou de ser reduzido pelo próprio agente autuante, uma vez que teria deixado de abater valor já recolhido a Fazenda Pública Estadual, consubstanciado no DAE com código incorreto (0759), datado em 21/12/01, por mero erro de cálculo, posto que as razões apresentadas foram acatadas pelo autuante.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que seja alterada a Decisão recorrida.

VOTO VENCEDOR

Com a devida *vénia* permita-me discordar do relator, pois, da análise das razões recursais e de suas peças anexas, quanto à infração 08 do Auto de Infração, observo que o recorrente apenas comprovou a legitimidade dos créditos fiscais referentes às Notas Fiscais de n.º 962 e 963 (fls. 677/678), emitidas pela empresa Porto Seguro Alimentos LTDA-ME, relativas às vendas de produção do próprio estabelecimento do emitente, o qual na condição de microempresa dedicada à atividade industrial, enseja os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais, conforme exceção prevista no art. 97, inciso XI, do RICMS, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97.

Quanto à Nota Fiscal de nº 681, de emissão da Alternativa Móveis LTDA, com código de operação nº “5.12”, relativo a vendas de mercadorias adquiridas de terceiros, não é permitida a utilização do crédito fiscal destacado, conforme dispositivo citado.

Por fim, referente à infração 9, o recorrente anexa, à fl. 683, DAE relativo ao ICMS Regime Normal – Comércio, com recolhimento de R\$1.218,16, no qual pleiteia a dedução do valor exigido a título de ICMS por antecipação recolhido a menos. Tal pretensão não pode ser acolhida eis que não restou comprovada a alegação de que o código aposto no DAE está incorreto, como também a quais notas fiscais ele se refere, além de que no demonstrativo, à fl. 102, a autuante deduziu o valor de R\$646,88, recolhido através de DAE específico à antecipação tributária.

Assim, diante de tais considerações, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, no sentido de excluir do montante da infração 8 os créditos fiscais destacados nas Notas Fiscais de nºs 962 e 963 (fls. 677 e 678), no total de R\$141,10, remanescente o valor exigido de R\$96,05 para a referida infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 276473.0606/02-5, lavrado contra **VIEIRA & MALTA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$18.168,72**, sendo R\$5.072,57 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e mais R\$13.096,15, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$208,38**, sendo R\$180,98, atualizado monetariamente, e R\$ 27,40, com os devidos acréscimos legais, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96.

VOTO VENCEDOR: Conselheiro Ciro Roberto Seifert, Fernando Antônio Brito de Araújo e Antônio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Eratóstenes Macedo Silva e Eduardo Nelson de Almeida Santos.

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

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

ERATÓSTENES MACEDO DA SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS