

PROCESSO - A. I. N° 141596.0026/03-6
RECORRENTE - JOFEL DO BRASIL - INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0349-02/04
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 12/09/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0292-12/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Infração comprovada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Comprovação do registro na escrita. Simples erro com indicação do número do formulário. Modificada a Decisão recorrida. Infração não caracterizada. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. VENDAS A MICROEMPRESA COMERCIAL ATACADISTA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O benefício da redução de alíquota, nas operações que destinem mercadorias a microempresas visou, precípuamente, proporcionar-lhes a possibilidade de adquirir mercadorias por preços mais competitivos. Assim, o legislador estaria protegendo a indústria e o atacadista locais, ambos, portanto, situados no território baiano, o que não é o caso dos autos. Restou comprovado nos autos que o contribuinte agiu de boa-fé, conforme orientação fornecida pelo próprio Fisco Estadual, através de Consulta formulada. Infração procedente. Recurso PARCIALMENTE PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a R. Decisão prolatada pela 2ª JJF, através do Acórdão nº JJF 0349/02-04, que julgou pela Procedência total do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado, imputando-se ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$49.176,34 e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$48,29, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento (s) fiscal (is), referente à mercadorias recebidas de Microempresa e EPP. ICMS de R\$ 564,79 e multa de 60%.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 48,29.
3. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS de R\$ 48.611,55 e multa de 60%.

O recorrente, em sua defesa, contestou a autuação, aduzindo, com relação à infração 1, que o crédito das Notas Fiscais n°s 950; 1039 e 811, é legítimo, pois se trata de devolução de mercadorias por empresas optantes do SimBahia, e que tal fato fere amplamente o princípio da não cumulatividade. Ressaltou que o Regulamento do ICMS silencia quanto à formalidade que deve

ser obedecida nas operações de devolução de mercadorias tributadas pelo regime normal, efetuadas pelos optantes do SimBahia. Argumentou que a questão relacionada com a substituição da nota fiscal dos optantes do SimBahia, nas operações de devolução, por nota fiscal avulsa, enseja a adoção de uma prática meramente burocrática, bastando apenas que fossem indicados os dados relativos ao imposto a ser recuperado pela empresa/vendedora no campo de “Informações Complementares” dos documentos emitidos por aquelas empresas. Quanto à infração 2, reclamou que as Notas Fiscais nºs 118340 e 11846 foram registradas. No que concerne à infração 3, esclareceu que desenvolve atividade de comércio atacadista de produtos de limpeza e conservação domiciliar, recebendo, em transferência de sua matriz industrial, situada em São Paulo, mercadorias de sua linha de produção a serem comercializadas neste e em outros Estados. Asseverou que realiza as saídas internas de mercadorias tributadas pelo regime normal do imposto, para micro e empresas de pequeno porte, inscritas no SimBahia. Neste caso, prosseguiu, equivocou-se a auditora fiscal ao exigir a aplicação da alíquota de 17% e não de 7%, pois o procedimento adotado pela empresa encontra-se amparado no art. 51, I, “c”, § 1º, I, II do RICMS/97. Aduziu, ainda, que foi formulada Consulta à DITRI/GECOT/Plantão Fiscal da SEFAZ/BA, a fim de obter esclarecimentos sobre a correta aplicação da alíquota na hipótese sob análise, tendo sido aquela Consulta respondida de modo a destacar que nas saídas internas de mercadorias, da filial atacadista baiana para seus clientes, inscritos na condição de micro e empresa de pequeno porte, incide a alíquota de 7% e não de 17%. Ao final, requereu a total improcedência do Auto de Infração, ao tempo em que colacionou aos autos livros e documentos fiscais.

Na informação fiscal, o autuante informou que deve ser mantida a infração 1, tendo em vista que a empresa recorrente deveria emitir nota fiscal de Entradas referente a devoluções de vendas efetuadas a contribuintes SimBahia, na forma do art. 209, IV, pois a forma de compensação prevista no § 1º, do art. 368, citado pelo autuado, refere-se a imposto retido ou antecipado. Quanto à infração 2, uma vez que não há prejuízo para o erário, sugeriu que a multa seja substituída pela do art. 915, § 8º, II, “b” do RICMS/97. No tocante à infração 3, aduziu que a empresa agiu de forma incorreta ao efetuar os cálculos relativos à redução de base de cálculo, tributando as mercadorias somente após abater o valor a ser repassado, conforme exemplo constante no demonstrativo em anexo, implicando em recolhimento a menos do imposto devido pelas vendas. Ressaltou que em muitas notas fiscais de saídas, o número da inscrição estadual do destinatário não confere com a razão social ali consignada. A título de comprovação, acostou ao presente processo extratos fornecidos pelo sistema SEFAZ (INC), o que vem a ensejar uma possível diligência nos dossiês dessas empresas que não pertencem à jurisdição da INFRAZ de Simões Filho.

O autuante apresenta nova informação fiscal, retificando a anterior, e com relação à infração 3, esclareceu que a alíquota diferenciada prevista no art. 51, I, “c” do RICMS/96, refere-se a estabelecimentos industriais situados neste Estado, pois o objetivo desse benefício fiscal é proteger a indústria e o atacadista locais, ambos situados dentro do Estado da Bahia. No caso presente, a matriz situa-se em São Paulo, e por este motivo não pode ser equiparada a estabelecimento industrial para efeito de aplicação da alíquota de 7%, nas vendas efetuadas a inscritos no SimBahia. Ratificou as demais informações prestadas na primeira informação fiscal, e pediu a procedência do Auto de Infração.

O recorrente, ao ser cientificado da informação fiscal, pronuncia-se da forma a seguir enunciada:

Infração 1 – Mencionou o art. 368, § 1º, a fim de esclarecer que o RICMS/BA disciplina apenas sobre o rito que deve ser seguido por ocasião da devolução de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas pelos contribuintes inscritos no SimBahia. Todavia, prosseguiu, não há dispositivo legal que preveja sobre a devolução de mercadorias tributadas com base no regime normal, o que impede que a empresa seja o autuado, em razão de ter aproveitado os respectivos créditos pela inexistência de fundamento legal. Portanto, não há como se falar em descumprimento de obrigação acessória.

Infração 2 – Que a multa jamais poderia ser da ordem de 60%, já que ficou constatado que os documentos foram escriturados.

Infração 3 – Afirma que caberia promover uma modificação no § 1º, do art. 51, do RICMS/97, acrescentando a seguinte expressão: “...desde que o estabelecimento remetente esteja situado neste estado.”

Alegou que o recorrente formalizou consulta ao plantão fiscal, procurando agir corretamente, e este se pronunciou, via Parecer da lavra do Sr. Altamirando Quintella, favorável à adoção da alíquota diferenciada, o que deu total segurança à empresa para adotar o respectivo tratamento fiscal. Transcreveu trecho da resposta à Consulta, que prescreveu, *in verbis*, que “Se o estabelecimento filial a ser aberto no estado da Bahia é comércio atacadista dos produtos fabricados pela sua matriz, utilizar o tratamento previsto na alínea “c” do inciso I do art. 51, conforme o seu § 1º, a seguir transcrito:...” Questionou como pode ser penalizada a empresa quando ela seguiu a orientação do plantão fiscal, mediante Parecer, que anexa. Imaginou que o autuante desconhece a legislação, não observando o que dispõe a IN nº 38/94 e não demonstrou ter certeza do que afirma, ao apresentar de forma preclusa, a nova informação fiscal. Afirmou que o autuado procedeu consoante disciplina a mencionada instrução, efetuando o desconto no preço das mercadorias a ser repassado para o cliente, com base no percentual de 10,75269, estabelecido para este fim, e aplicando a alíquota de 7% sobre o valor encontrado, conforme atestam as Notas Fiscais nºs 7, 80 e 434 anexas.

Através do Acórdão JJF Nº 0349/02-04, a 2.^a JJF julgou procedente o Auto de Infração sob o entendimento de que:

- a) com relação à infração 1, verifica-se que as Notas Fiscais nºs 950, 1039 e 811, foram emitidas por empresas optantes do SimBahia, razão pela qual não têm o destaque do ICMS, sendo vedada a utilização do crédito fiscal; quanto à descrição da nota fiscal originária, que teria sido emitida pelo recorrente, o contribuinte não provou a vinculação entre elas, ao passo que deveria o mesmo ter emitido uma Nota Fiscal de Entrada das mercadorias, sem prejuízo do fato de que a forma de compensação mencionada na defesa, prevista no art. 368, § 1º, refere-se a imposto retido ou antecipado;
- b) no que tange à infração 2, a legislação prevê que em relação às aquisições de mercadorias, a escrituração deve ser efetuada no livro Registro de Entradas, por ordem cronológica, ao passo que os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97), sendo que a falta de escrituração constitui irregularidade punível com multa de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito à tributação, conforme art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96; apesar de o autuado ter argumentado que as Notas Fiscais nºs “118340 e 11846” foram registradas, não há comprovação deste fato no livro de Entradas, cuja cópia o autuante procedeu à juntada, às fls. 32 a 42 do PAF;
- c) no que se refere à infração 3, o benefício da redução de alíquota, nas operações que destinem mercadorias a microempresas visou, precipuamente, proporcionar-lhes a possibilidade de adquirir mercadorias por preços mais competitivos; assim, estaria protegendo a indústria e o atacadista locais, ambos, portanto, situados no território baiano; a norma tributária, aplicável à espécie, está consignada em uma Instrução Normativa, (IN nº 38/94), emanada de órgão da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, e, como tal, somente tem aplicação no âmbito interno deste Estado, não podendo seus ditames ultrapassar a nossa fronteira e atingir contribuintes pertencentes aos demais Estados da Federação; na situação em lide, as mercadorias foram recebidas do estabelecimento matriz, situado no Estado de São Paulo, e o sujeito passivo, na qualidade de atacadista, neste Estado, entendeu, equivocadamente, que fazia jus ao benefício constante na IN 38/94;

d) com relação à alegação do recorrente de que aplicou alíquotas distintas após ter formulado Consulta e com resposta nessa diretiva por parte da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, restou consignado no *decisum* que a Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar a questão relativa à informação prestada através do Plantão Fiscal, mas o recorrente, nos termos do art. 159, § 1º, I, poderá formular apelo à Câmara Superior do CONSEF, no sentido de que haja a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal, ao apelo de equidade;

Inconformado com a Decisão prolatada pela 2ª JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, ratificando todos os termos da peça contestatória, especialmente, quanto à infração 1, que inexiste previsão legal expressa no RICMS/97 no que se refere aos procedimentos a serem adotados nas operações de aproveitamento de crédito de ICMS das notas fiscais de devolução de mercadorias tributadas com base no regime normal. O referido diploma traz apenas a disciplina sobre as operações de devolução efetuadas por esses contribuintes, no caso de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, consoante preceitua o art. 368, § 1º e mencionado na defesa. Não podendo aproveitar o crédito, estaria sendo prejudicada, uma vez que pagou o imposto na saída dessas mercadorias. Afirma que está, sim, amparada pelo princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto. Quanto à Decisão de primeira instância de que o procedimento correto seria a emissão de nota fiscal de entrada, à luz do art. 229, I a VII, do RICMS/97, cujo teor transcreve, não há essa exigência e sequer referência à emissão desse documento por parte dos contribuintes, quando recebem mercadorias em devolução de contribuintes SIMBAHIA, inexistindo amparo legal para que se possa exigir o cumprimento dessa formalidade.

Quanto à infração 2, alega que as Notas Fiscais nºs 118240 e 114846, não foram apreciadas pelo julgador, comprovando-se que os documentos fiscais foram devidamente lançados. Contudo, por equívoco, foram as mesmas lançadas pelos números de seus respectivos formulários – 097229 e 110651 – e não pelos números dos documentos fiscais, desconstituindo o Auto de Infração nesse sentido, até porque a própria autuante confirma na autuação que ocorreram os lançamentos dos documentos retromencionados.

No tocante à infração 3, reitera o argumento de que não se apresenta de forma clara a redação do § 1º, do art. 51, do RICMS, que trata da equiparação do atacadista a estabelecimento industrial, para fins de gozo da alíquota de 7%, nas saídas para contribuintes inscritos no SimBahia. Assevera, novamente, que a sua conduta foi pautada na resposta fornecida à Consulta pelo mesmo formulada à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, tendo o Auditor do DITRI/GECOT, e que, se houvesse dúvida de interpretação, não teria o ilustre auditor interpretado que ainda que a matriz do recorrente esteja situada em outro Estado, a filial atacadista, situada na Bahia, faria jus ao referido benefício legal. Alega que não pode pagar “*um alto preço*” ante a divergência e contradição de interpretação acerca da matéria em questão. Transcreve o art. 65, do RPAF, objetivando demonstrar que agiu de boa-fé, seguindo a orientação fornecida pelo fiscal no dito Parecer, sendo absolutamente descabida a pretensão de obrigar-lá ao pagamento do tributo e da respectiva multa, relativos ao período objeto de autuação.

Ao final, pugna pelo Provimento do Recurso Voluntário para o fim de reformar a Decisão de Primeira Instância, julgando-se totalmente improcedente o Auto de Infração.

Em seu Parecer, o representante da PGE/PROFIS entende que, quanto à infração 2, restou comprovado, da análise dos documentos que instruem o processo administrativo fiscal, que inociou o descumprimento de obrigação acessória de efetivar registro em livro fiscal, tendo apenas existido erro no registro das notas fiscais acostadas, que foram assinaladas pelo número do formulário. Inexistindo prejuízo ao Fisco Estadual (art. 113, § 2º, do CTN), não deve ser aplicada qualquer multa contra o recorrente. No que se refere à infração 1, não há como prosperar a tese do recorrente, posto que se não há qualquer disposição legal especial sobre a hipótese, deve ser aplicada a regra geral, sem prejuízo do fato de que não existe integração

análogica em caso não semelhantes, razão pela qual não poderia o recorrente aplicar a regra de compensação prescrita no art. 368, § 1º, do RICMS/97, aplicável tão-somente nas operações praticadas sob o regime da substituição tributária. Outrossim, não há que falar em creditamento em operações realizadas com empresas albergadas pelo regime do SimBahia, sob pena de macular o princípio da não-cumulatividade. Com relação à infração 3, não merece reparos a Decisão prolatada no âmbito de primeira instância, à luz do quanto insculpido no art. 51, I, “c”, do RICMS/97, cujo teor transcreve, não sendo aplicável ao recorrente a Instrução Normativa nº 38/94, posto que o estabelecimento industrial não tem sede no Estado da Bahia. Quanto à informação prestada por preposto do Fisco, não se pode emprestar validade à mesma com o escopo de se eximir da autuação, posto que expedida *contra legem*, sem eficácia elididora da autuação, devendo, porém, ser excluída a multa cobrada pelo Estado da Bahia, em face do disposto no art. 159, § 1º, I, do RPAF. Ao final, opina pelo conhecimento e provimento parcial do Recurso Voluntário interposto, quanto à improcedência da infração 2.

O eminentíssimo Assistente da PGE/PROFIS, Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, à luz do art. 46, II, da Lei nº 8.207/02, proferiu Despacho ratificando o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, que conclui pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, a fim de que seja julgado Improcedente o item 2 do Auto de Infração.

VOTO

Mister se faz o confrontamento, de *per si*, de cada uma das infrações, objeto do presente Auto de Infração.

No que concerne à infração 1, entendo que não merece guarida a argumentação do recorrente. Senão, vejamos.

Inicialmente, verifica-se que as Notas Fiscais nºs 950, 1039 e 811, foram emitidas por empresas optantes do SimBahia, não havendo o destaque do ICMS, sendo vedada, portanto, a utilização do crédito fiscal, sob pena de transgressão ao princípio da não-cumulatividade. De igual sorte, com relação à descrição da nota fiscal originária, que teria sido emitida pelo recorrente, quedou-se inerte o mesmo em provar a vinculação entre elas. Caberia ao recorrente, que assim não o fez, emitir uma nota fiscal de entrada das mercadorias.

Ora, não havendo qualquer disposição legal especial sobre a hipótese, aplica-se a regra geral, que exige a cobrança do imposto, não podendo o recorrente aplicar a regra de compensação insculpida no art. 368, § 1º, do RICMS/97, posto que a mesma se restringe às operações praticadas sob o regime da substituição tributária.

Outrossim, no tocante à infração 2, razão assiste ao recorrente.

Depreende-se, da análise dos documentos que instruem o presente PAF, que incorreu, por parte do recorrente, o descumprimento de obrigação acessória de não efetivar registro em livro fiscal, mas, tão-somente, mero erro no registro das notas fiscais acostadas, as quais foram registradas pelo número do formulário.

Assim é que, inexistindo prejuízo ao Fisco Estadual, especialmente aqueles que foram colacionados em anexo às razões recursais, à luz do quanto prescrito no art. 113, § 2º, do CTN, restou comprovada a improcedência da autuação, não devendo ser aplicada qualquer multa contra o recorrente.

Por fim, cura ingressarmos no âmbito de análise da infração 3, constante do Auto de Infração.

Nesse particular, verifica-se que o recorrente se utilizou do benefício fiscal da redução de base de cálculo, sobre o valor das saídas de mercadorias regularmente escrituradas, o que acarretou em erro na aplicação da alíquota.

É de corriqueira sabença que o benefício da redução de alíquota, nas operações que destinem mercadorias a microempresas visou, precipuamente, proporcionar-lhes a possibilidade de adquirir mercadorias por preços mais competitivos, de modo a proteger a indústria e o atacadista locais, ambos, portanto, localizados no território baiano.

In casu, aplica-se a Instrução Normativa, (IN nº 38/94), cuja edição adveio da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, razão pela qual somente tem aplicação no âmbito interno deste Estado, não podendo os seus efeitos ultrapassarem os seus limites fronteiriços deste Estado, atingindo contribuintes pertencentes aos demais Estados da Federação.

Nesse envolver, convém ressaltar que as mercadorias foram recebidas do estabelecimento matriz, situado no Estado de São Paulo, e o sujeito passivo, na qualidade de atacadista, neste Estado, entendeu, equivocadamente, que fazia jus ao benefício constante na IN Nº 38/94.

Reparo algum, portanto, merece a Decisão prolatada no âmbito de Primeira Instância, tendo sido prolatada com espeque no art. 51, I, “c”, do RICMS/97.

Quanto à alegação do recorrente de que aplicou a alíquota diferenciada com respaldo em informação prestada por preposto do Fisco, cuja resposta está anexada ao presente processo, a despeito de não se poder emprestar validade à mesma, no sentido de ser eximido da autuação - posto que expedida *contra legem*, sem eficácia elididora da autuação.

Quanto à exclusão da multa da infração 3, o recorrente poderá desejando, pleitear a sua exclusão junto à Câmara Superior, através dos meios próprios, vedando-se à presente Câmara de Julgamento Fiscal proceder a referenda redução.

Ex positis, com espeque no Parecer exarado pelo ilustre procurador, voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário interposto, afastando o item 2, objeto de autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 141596.0026/03-6, lavrado contra **JOFEL DO BRASIL - INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$49.176,34, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

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