

**A. I. N°** - 207093.0033/04-5  
**AUTUADO** - SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.  
**AUTUANTE** - JUVENCIO RUY CARDOSO NEVES  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 31/03/2005

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0074-03/05

**EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Ficou comprovado que o pagamento da antecipação tributária foi efetuado a menos. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. b) MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.** Comprovado nos autos que houve utilização indevida de crédito fiscal. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2004, refere-se à exigência de R\$34.381,53 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88, no período de outubro de 2002 a dezembro de 2003. Valor do débito: R\$4.794,32.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais referentes a transferências de mercadorias da filial 04, no período de outubro de 2002 a dezembro de 2003. Valor do débito: R\$10.988,47.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, no período de outubro de 2002 a dezembro de 2003. Valor do débito: R\$1.274,72
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Transferência de mercadorias da filial 04, no período de outubro de 2002 a dezembro de 2003. Valor do débito: R\$17.324,02.

O autuado apresentou tempestivamente impugnação às fls. 181 a 193 dos autos, alegando que o autuante qualificou como sujeitos à substituição tributária, certos produtos que pela sua própria natureza não se enquadram no mencionado regime. São bebidas aromatizadas à base de soja e barras de cereais, produtos novos que apresentam características peculiares. Disse que é imprescindível a realização de diligência fiscal para excluir os mencionados produtos da exigência fiscal, requerendo que lhe seja dado conhecimento do resultado da diligência, para que tenha oportunidade de se manifestar novamente nos autos. Ressaltou que este é o único erro sanável constatado no presente lançamento.

Quanto às infrações 01, 03 e 04, o defendente argumentou que o imposto foi recolhido sem qualquer prejuízo para o Fisco Estadual, o que se pode constatar nos arquivos SINTEGRA e, que a legislação estabelece aplicação de multa para contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, tenha recolhido o imposto nas saídas posteriores. Se o recolhimento do imposto foi efetuado do modo diverso do estabelecido na legislação, e se não houve prejuízo ao Erário, o contribuinte deve ser apenado, se for o caso, com a penalidade disposta na alínea “d”, inciso II, do art. 915, do RICMS/97, e essa penalidade deve ser calculada sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente. Por isso, no entendimento do autuado, houve equívoco no levantamento fiscal, o que agigantou o valor do presente Auto de Infração. Disse que em relação às infrações 03 e 04, o autuante não poderia ter exigido o valor referente ao crédito fiscal, porque ficou constatado que houve equívoco na utilização do crédito e no cálculo do tributo, e mesmo assim, o pagamento do ICMS foi efetuado sem qualquer prejuízo para o fisco. Destacou, ainda, que é dispensada a exigência do imposto que deveria ser pago por antecipação, bem como a exigência de estorno de crédito correspondente às entradas, quando for comprovado o recolhimento do tributo nas operações posteriores, e sendo afastada a cobrança do estorno do crédito, não tem pertinência a aplicação da multa, porque a penalidade é afastada pelo comando contido no § 1º, do art. 42, da Lei 7.014/96, corroborado pelo inciso I, § 1º, do art. 915, do RICMS-BA. Assim, entende que é dispensada a exigência do tributo, bem como, do estorno do crédito correspondente às entradas. Reafirma que em relação à primeira infração, o imposto foi recolhido, e não houve prejuízo para o fisco, e quanto à aplicação da multa de 60%, entende que não assiste razão ao autuante, e como a multa pode ser cancelada pelo órgão julgador administrativo, disse que pede o cancelamento da multa em face da lisura de seus procedimentos.

Infração 02 – O defendente reconhece que realmente utilizou o crédito a mais, e apesar disso, tributou os produtos à alíquota de 25%, alegando que dessa forma elide qualquer prejuízo para o fisco. Disse que todos os produtos foram adquiridos fora do Estado da Bahia, com crédito de 7% e 12% para o depósito central do autuado, situado no município de Simões Filho - Bahia, e ao transferir essas mercadorias para as lojas, as notas fiscais foram emitidas com a alíquota de 25%, e o imposto foi recolhido aos cofres do Estado da Bahia nessa operação de saída, o que comprova que não houve prejuízo para o Estado, porque o crédito da entrada na filial foi equivalente ao débito na origem. Requer a improcedência da autuação e cancelamento da multa aplicada por inexistência dolo, fraude ou simulação. Como prova das alegações defensivas o autuado informou que apresenta um relatório constando vendas mês a mês de alguns produtos apontados pela fiscalização como sujeitos à substituição tributária, mas que foram tributados normalmente nas vendas efetuadas por meio de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), e do mencionado relatório depreende-se que o imposto foi recolhido sobre os valores, inclusive superiores à base de cálculo que seria utilizada, se tivesse feito a substituição tributária. Disse que esse relatório contém apenas uma amostra significativa dos itens em questão, e solicita a realização de diligência fiscal, se o órgão julgador assim entender, podendo ser efetuado outro levantamento para chegar aos resultados do relatório apresentado. Se não for acolhida a amostragem e sendo indeferido o pedido de diligência que seja concedido o prazo não inferior a 15 dias para apresentação exaustiva de relatório dos demais produtos, o que será necessário para se alcançar a verdade material. Requer que o presente Auto de Infração seja julgado improcedente quanto às infrações 02, 03 e 04; parcialmente procedente em relação à primeira infração; que seja cancelada a multa aplicada na parte procedente da infração 01. Se a infração 02 for considerada procedente, que também seja cancelada a multa, face à comprovação de inexistência de dolo, fraude ou simulação, e do efetivo recolhimento do tributo.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 223 a 225 dos autos, dizendo que o seu entendimento está associado ao que expressa o anexo 69 e 88 do RICMS/97, por isso, mantém a exigência fiscal,

embora seja favorável ao pronunciamento da Gerência de Substituição Tributária para dirimir dúvida, caso exista. Disse que o acolhimento à pretensão do autuado para conversão do imposto em multa, indica a mencionada conversão das infrações 01 e 03 em 60% do imposto exigido na infração 03. Informou que não constatou saídas de mercadorias cujo imposto foi exigido nas citadas infrações 01 e 03, e o autuado não comprovou que isso tenha acontecido, haja vista que à fl. 202, por exemplo, verificou que a mercadoria “chocolate lacta 30 g” foi classificada como isenta ou não tributável. Citou também, as fls. 203, 205 e 206, assegurando que está comprovado nos autos que não saíram tributadas.

Infração 02 – disse que o autuado confessa expressamente à fl. 190 o cometimento da infração apurada, e quanto à alegação defensiva de que não causou prejuízo ao Erário Estadual, não há previsão legal quanto à dispensa do imposto exigido.

Infração 03 – informou que os esclarecimentos quanto a esta infração foram apresentados quando tratou da primeira infração.

Infração 04 – assegurou que ficou comprovado na primeira infração que as mercadorias saíram como isentas ou não tributáveis, e por isso, não procedem as alegações defensivas.

Por fim, o autuante ressaltou que a única dúvida existente é quanto ao enquadramento no regime de substituição tributária das mercadorias “barras de cereais” e “bebidas aromatizadas à base de soja”. Requer a procedência do presente Auto de Infração.

Considerando a alegação defensiva de que as bebidas aromatizadas à base de soja e as barras de cereais não se enquadram no regime da substituição tributária e, por isso, os respectivos valores devem ser excluídos da exigência fiscal, esta JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para o autuante solicitar ao contribuinte e juntar aos autos as notas fiscais de aquisição, ou documento que comprove os códigos de NCM, para que se possa verificar se as mencionadas mercadorias estão, efetivamente, sujeitas à antecipação tributária.

Em atendimento ao solicitado, foram anexadas aos autos a fotocópias de notas fiscais de aquisição de mercadorias pelo autuado, fls. 232 a 234 dos autos.

## VOTO

Inicialmente, ressalto que não foi constatada a necessidade de revisão fiscal, tendo em vista que os elementos acostados aos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, e por isso, fica indeferida a solicitação nesse sentido, formulado pelo autuado em sua impugnação.

A primeira infração trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, conforme notas fiscais consignadas no demonstrativo de fls. 50 a 64 do PAF.

O autuado alegou que parte das mercadorias objeto da autuação fiscal (bebidas aromatizadas à base de soja e barras de cereais) não estão enquadradas no Regime de Substituição Tributária, por isso, os respectivos valores do imposto exigido devem ser excluídos do presente lançamento.

Considerando os argumentos do autuado, o presente processo foi convertido em diligência para o mesmo apresentar notas fiscais de aquisição das mercadorias em questão, e pelos documentos fiscais acostados aos autos, fls. 232 a 234, não ficou comprovada a alegação defensiva, haja vista que os códigos fiscais neles consignados indicam o enquadramento dos produtos no art. 353, inciso II, itens 3.4 e 8.5, do RICMS/97, abaixo reproduzidos:

“Art. 353.

II

(...)

3.4 - bebidas alimentares à base de leite ou de cacau – NCM **2202.90.00**;

8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e **1806.90.00**”

Quanto à alegação defensiva de que o imposto foi recolhido sem qualquer prejuízo para o Fisco Estadual, e que a legislação estabelece aplicação de multa para contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, tenha recolhido o imposto nas saídas posteriores, não ficou comprovado nos autos o pagamento do imposto relativo às mesmas mercadorias objeto da autuação. Assim, entendo que é subsistente este item do Auto de Infração.

A segunda infração se refere ao crédito fiscal utilizado indevidamente, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais referentes a transferências de mercadorias da filial 04, conforme demonstrativo às fls. 65 a 110, referente ao período de outubro de 2002 a dezembro de 2003.

O autuado reconhece, em sua impugnação, que realmente utilizou crédito a mais, apesar de entender que não causou prejuízo para o fisco. Disse que todos os produtos foram adquiridos fora do Estado da Bahia, com crédito de 7% e 12% para o seu depósito central, situado no município de Simões Filho - Bahia, e ao transferir essas mercadorias para as lojas, as notas fiscais foram emitidas destacando o ICMS com a alíquota de 25%.

Entendo que está caracterizada a utilização indevida de crédito fiscal, haja vista que, consoante o art. 50, inciso I, do RICMS/97, nas operações e prestações internas em que o remetente e o destinatário estejam situados neste Estado, a alíquota aplicável é 17%, e no caso em exame, as mercadorias foram transferidas do depósito em Simões Filho, para o estabelecimento autuado, em Salvador, e as notas fiscais relativas à operação foram emitidas com a alíquota de 25%. Portanto, é procedente a exigência fiscal, ressaltando que o alegado imposto recolhido a mais pelo estabelecimento remetente pode ser objeto de pedido de restituição, nos termos da legislação pertinente.

Infrações 03 e 04 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com o imposto pago por antecipação tributária, conforme demonstrativos às fls. 09 a 49 e 50 a 64 dos autos, contestados pelo autuado sob o argumento de que o pagamento do ICMS foi efetuado sem qualquer prejuízo para o fisco, e sendo afastada a cobrança do estorno do crédito, não tem pertinência a aplicação da multa, porque a penalidade é afastada pelo comando contido no § 1º, do art. 42, da Lei 7.014/96.

Entretanto, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, está caracterizada a infração apurada, tendo em vista que foram adquiridas as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação e estão incluídas no Regime de substituição tributária, não se aplicando ao caso em exame a regra estabelecida no § 1º, do art. 42, da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que é vedada a utilização do crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, consoante o art. 97, inciso IV, alínea “b”, do RICMS/97. Mantida a exigência fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207093.0033/04-5**, lavrado contra **SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.381,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2005

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR