

PROCESSO - A. I. Nº 207093.0031/04-2
RECORRENTE - SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0075-03/05
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 06/02/06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0011-12/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Modificada a Decisão. Diligência efetuada pela ASTEC do CONSEF comprovou que, apesar de o ICMS devido não ter sido recolhido por antecipação tributária, as operações subsequentes com as mercadorias foram tributadas pelo regime normal de apuração, não implicando falta de recolhimento do imposto devido. Nessa situação, determina a legislação tributária estadual que seja aplicada multa equivalente a 60% do imposto que deixou de ser recolhido tempestivamente. Infração procedente em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. Infração caracterizada. Mantida a Decisão. **b)** MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Diligência efetuada comprovou que as operações subsequentes com as mercadorias foram tributadas pelo regime normal de apuração, não implicando falta de recolhimento do imposto devido. Infração não caracterizada. Modificada a Decisão. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime quanto às infrações 3 e 4 e, não unânime em relação às infrações 1 e 2.

RELATÓRIO

1 Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JJF) que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$23.157,51, em razão das seguintes irregularidades:

1. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$1.622,99, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88, nos meses de janeiro, abril, maio e junho de 2004..
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$7.815,54, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais referentes às transferências de mercadorias da filial 4, no período de janeiro a junho de 2004.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.280,97, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro, abril, maio e junho de 2004.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$12.438,01, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no período de janeiro a junho de 2004.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator votou pela procedência do Auto de Infração, tendo sido unanimemente acompanhado pelos demais pares. A infração 1 foi julgada procedente, sob o argumento de que as notas fiscais apresentadas na diligência não comprovaram a alegação defensiva, haja vista que os documentos não eram os relacionados no levantamento fiscal e não se referiam ao mesmo período que foi fiscalizado, bem como eram pertinentes a produtos diversos dos arrolados na autuação. A infração 2 foi mantida, pois, segundo o relator, a alíquota prevista nas operações internas é de 17%, ao passo que o autuado utilizou crédito fiscal destacado à alíquota de 25%. As infrações 3 e 4 foram julgadas procedentes, sob o argumento de que a legislação tributária veda a utilização de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com o imposto pago por antecipação tributária, e o autuado não apresentou elementos suficientes para descharacterizar a acusação.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3^a JJF, o autuado, ora recorrente, apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JJF N° 0075-03/05 deve ser reformado, em razão dos motivos expostos a seguir.

Alega 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 se faz necessário a realização da diligência a fim de constatar na documentação anexada ao processo a procedência da argumentação exposta.

Em relação às infrações 3 e 4, diz que os julgadores da Primeira Instância utilizaram uma norma geral (art. 97, inc. IV, al. "b", do RICMS-BA) afastando uma norma especial sobre a matéria (art. 915, § 1º, inc. I, do RICMS-BA). Alega que 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. Destaca 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 disposto no § 1º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, corroborado pelo inc. 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, pede o cancelamento da multa em face da lisura de seus procedimentos.

Quanto à infração 1, diz que o autuante não poderia ter lançado o imposto, pois ficou constatado que houve equívoco na forma de apuração do tributo, porém o ICMS foi recolhido sem nenhum prejuízo para o fisco. Frisa que demonstrou nos autos, especialmente, nos arquivos do SINTEGRA, o pagamento do imposto referente às mercadorias objeto da autuação. Salienta que assiste razão ao autuante quando aplicada a multa de 60%, referente ao imposto não recolhido tempestivamente. Reconhece que deve o valor de R\$ 973,77, em razão da multa de 60%, porém solicita que a pena seja cancelada, nos termos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7014/96.

No que tange à infração 2, o recorrente confessa que utilizou o crédito fiscal a mais, porém diz ter tributado os produtos à alíquota de 25%, o que alega não ter causado 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 de dolo, fraude ou simulação.

Encaminhado o processo à PGE/PROFIS para emissão de Parecer, foi solicitada a realização de diligência, "considerando que é possível ao contribuinte comprovar a procedência de parte

considerável de suas alegações, acreditamos que seria pertinente a realização de diligência a fim de que o auditor estranho ao feito lotado na ASTEC do CONSEF analisasse os documentos apresentados”.

O pedido foi acatado por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que formulou uma série de questões para serem respondidas quando da diligência.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal da ASTEC emitiu o Parecer nº 0174/2005 (fls. 947 a 950), onde afirma que as “bebidas aromatizadas à base de soja” e as “barras de cereais” não estão enquadradas no regime de substituição tributária e, portanto, os valores referentes a essas mercadorias foram excluídos da autuação. Diz que, com a exclusão desses valores, as infrações 1, 3 e 4, passam para R\$ 13.501,91, conforme demonstrativo à fl. 950. Também afirma que efetivamente as mercadorias relacionadas nas infrações 1, 3 e 4 foram tributadas pelo Regime Normal de Apuração nas operações de saídas, sem que tenha havido prejuízo para o Estado.

O recorrente manifesta-se sobre a diligência afirmando que, apesar de o pagamento do tributo ter sido efetuado de modo diverso, as acusações referentes ao recolhimento a menos do ICMS e à utilização indevida de crédito fiscal não subsistem. Diz que não houve prejuízo para o Estado e, portanto, nas infrações 1, 3 e 4 cabe apenas a multa prevista no art. 915, II, “d”, do RICMS-BA. Frisa que essa multa é aplicada sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente, isso é, sobre o que não foi recolhido antecipadamente. Aduz que, desde a impugnação inicial, reconhece que está em débito do valor de R\$ 973,77, montante correspondente à multa estipulada no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7014/96. Solicita que essa multa seja dispensada, nos termos do art. 42, § 7º, da citada Lei, pois entende que no seu procedimento não houve dolo, fraude ou simulação e não implicou falta de recolhimento do tributo. Acerca da infração 2, reitera os argumentos expendidos no Recurso Voluntário. Ao finalizar, solicita que as infrações 3 e 4 sejam julgadas improcedentes, que a infração 1 seja declarada procedente em parte (com a aplicação da multa), bem como requer o cancelamento da referida multa.

Ao exarar o Parecer de fls. 1559 a 1564, a ilustre representante da PGE/PROFIS opina “*pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que seja mantida integralmente a infração 2, reduzindo-se o valor do débito da forma indicada no Demonstrativo de Débito de fls. 1278/1279*”.

Conforme o despacho à fl. 1565, o Parecer citado acima foi ratificado pelo Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, Procurador do Estado, que também acrescentou que não estão presentes nos autos os requisitos necessários para que haja dispensa de multa.

VOTO

A diligência realizada por auditor fiscal estranho ao feito lotado na ASTEC do CONSEF comprovou que as mercadorias citadas pelo recorrente como sendo “bebidas aromatizadas à base de soja” e “barras de cereais” não estão enquadradas no regime de substituição tributária. O autuante foi notificado acerca da diligência efetuada e, expressamente, concordou com o trabalho diligencial. Dessa forma, acolho o resultado dessa diligência e, portanto, considero que foi correta a exclusão de tais mercadorias do lançamento.

Quanto às infrações 1, 3 e 4, observo que a diligência efetuada pela ASTEC, além de excluir do lançamento as operações com “bebidas aromatizadas à base de soja” e com “barras de cereais”, comprovou que, efetivamente, as mercadorias relacionadas nessas infrações foram tributadas pelo Regime Normal de Apuração nas operações de saídas, sem que tenha havido prejuízo para o Estado. Com base no resultado da diligência, entendo que, por força do disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7014/96, não deve ser exigido o imposto recolhido a menos por antecipação tributária (infração 1), contudo deve ser aplicada ao recorrente a multa equivalente a 60% do valor do imposto que deixou de ser recolhido tempestivamente nessa infração, prevista no art. 42, II, “d”, da citada Lei. Já em relação às infrações 3 e 4, as quais versam sobre crédito fiscal referente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, entendo que as exigências fiscais não podem subsistir, pois o imposto devido ao Estado foi pago, mesmo que de forma diversa da prevista na legislação, conforme apurado na diligência efetuada pela ASTEC. Dessa forma, a

infração 1 está parcialmente caracterizada, sendo devida a multa no valor de R\$ 973,80, conforme a tabela abaixo, ao passo que as infrações 3 e 4 não subsistem.

INFRAÇÃO	DATA OCORR.	IMPOSTO	MULTA	VALOR
1	31/01/04	998,88	60%	599,33
1	30/04/04	97,73	60%	58,64
1	31/05/04	383,53	60%	230,12
1	30/06/04	142,85	60%	85,71
Total da multa devida na infração 1				973,80

Em relação à infração 2, observo que o recorrente confessa que utilizou o crédito a mais, porém alega que tributou os produtos à alíquota de 25% e, portanto, não houve qualquer prejuízo para o Estado. O uso de crédito fiscal na legislação tributária estadual está sujeito a um sistema rígido de normas, o qual prevê que tendo ocorrido o pagamento a maior o contribuinte deve solicitar a restituição do indébito na forma nela prevista. Dessa forma, a infração está caracterizada e foi correto o procedimento da Junta de Julgamento Fiscal.

Quanto à solicitação de dispensa ou de redução de multas, entendo que tal pedido não pode ser atendido, pois as penalidades aplicadas no presente lançamento são decorrentes de descumprimento de obrigações tributárias principais e, portanto, não cabe a esta 2^a CJF apreciar tal matéria. Mesmo supondo serem as multas classificadas como decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, entendo que não estão presentes nos autos as condições exigidas na legislação para a concessão desse benefício fiscal.

Em face do acima comentado, voto pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que a infração 1 seja julgada procedente em parte e as infrações 3 e 4 sejam declaradas improcedentes, mantendo-se a Decisão relativa à infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade em relação às infrações 3 e 4 e, em decisão não unânime quanto às infrações 1 e 2, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207093.0031/04-2, lavrado contra **SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$7.815,54, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como da multa no valor de R\$973,80, com os acréscimos moratórios, prevista no art. 42, II, “d”, combinado com o § 1º do mesmo artigo e lei citados.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villa Nova, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

VOTO (Vencido quanto à 1^a infração): Conselheiro Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE – REPR. PGE/PROFIS