

PROCESSO - A. I. Nº 141596.0030/04-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FRANGOSUL S/A - AGRO AVÍCOLA INDUSTRIAL
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0056-03/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 14/07/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0253-11/06

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO EFETUADA COM MERCADORIA TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Operação considerada isenta, conforme previsto na legislação. Infração não caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE REFERENTE A MERCADORIA COM SAÍDA SUBSEQUENTE BENEFICIADA COM ISENÇÃO. Constatados equívocos insanáveis no levantamento fiscal. Item nulo. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF pertinente contra a Decisão do Auto de Infração que julgou Procedente em Parte, lavrado em 30/12/2004, refere-se à exigência de R\$137.985,42 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além da multa no valor de R\$1.714,17, por falta de cumprimento de obrigação acessória, em decorrência de:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de junho, setembro e novembro de 1999. Valor do débito: R\$1.714,17.
2. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquota, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de março, novembro e dezembro de 1999. Valor do débito: R\$526,44;
3. Recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, destinadas a empresas inscritas como normais e SimBahia, recebidas em transferência da matriz, situada em outro Estado, no período de junho a dezembro de 1999. Valor do débito: R\$53.429,35.
4. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro, agosto, julho e setembro de 1999. Valor do débito: R\$21,66.
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de serviço de transporte junto a microempresa ou empresa de pequeno porte. CTCs emitidos por microempresa e EPP; Crédito relativo a material para uso e consumo; destinatário diverso. Valor do débito: R\$40.397,85
6. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto, nos meses de janeiro a março de 1999. Valor do débito: R\$43.610,12.

O autuado, por seu advogado, apresentou impugnação à exceção das duas primeiras infrações, cujo imposto reclamado já foi recolhido.

Quanto à infração 3, alegou que houve equívoco da autuante, tendo em vista que a alíquota de 7% aplicada nas saídas das mercadorias objeto da autuação decorreu do que dispõe o art. 51, inciso I,

alínea “c”, do RICMS/97, haja vista que é um estabelecimento filial atacadista, sendo portanto, equiparado ao estabelecimento industrial. Contestou a multa aplicada (60%), por entender que, se não houve erro na aplicação da alíquota, não há que se falar em multa.

INFRAÇÃO 4 – O defendente alegou que o Convênio ICMS 24/95 autorizou o Estado da Bahia a conceder isenção nas saídas de ovinos e dos produtos comestíveis resultantes de seu abate, e o RICMS/97 internalizou o mencionado benefício a partir de 24/05/95, conforme o seu art. 14, inciso VIII. Contestou, também, a multa aplicada, argumentando que não houve infração à legislação, e por isso, não existe débito do imposto.

INFRAÇÃO 5 – Inicialmente, citou o art. 155, § 2º, I, da Constitucional Federal, argumentando que os CTCRs que instruem o presente PAF não deixam dúvida de que houve destaque individual do imposto à alíquota de 17%, presumindo-se que houve recolhimento do imposto por parte dos fornecedores do serviço, validando os créditos fiscais. Pede o reexame dos Conhecimentos de Transporte e pela total improcedência desta infração.

INFRAÇÃO 6 – Foi alegado que houve imperícia da autuante na análise dos documentos fiscais. Disse que no levantamento fiscal, foi computado mais de uma vez o mesmo documento fiscal, e os demonstrativos que acompanham a impugnação comprovam tal alegação. Por entender que o levantamento fiscal padece de erro formal, o autuado alega que esta infração deve ser desconsiderada na íntegra.

Por fim, pede que sejam aceitos os pagamentos efetuados, relativamente às infrações 01 e 02, e julgado totalmente improcedentes os demais itens do Auto de Infração em lide.

A autuante prestou informação fiscal e manteve os termos da acusação.

Considerando as divergências entre as alegações defensivas e os dados do levantamento fiscal, a JF, converteu o presente processo em diligência à ASTEC (fl. 8480) para Auditor Fiscal estranho ao feito:

- 1 Quanto à infração 3: excluir do levantamento fiscal as notas fiscais emitidas para contribuintes do SimBahia com o desconto estabelecido na legislação.
- 2 Referente à infração 5: excluir documentos fiscais emitidos no período em que os emitentes estavam inscritos no regime normal de apuração do ICMS.
- 3 Em relação à infração 6: tendo em vista a alegação defensiva de que foram considerados CTCRs em duplicidade no levantamento fiscal, e embora no demonstrativo acostado aos autos se constate que foram computados valores diversos para Conhecimentos de Transportes com a mesma numeração, apurar se houve inclusão indevida de documentos no levantamento fiscal, fazendo as exclusões, elaborando novo demonstrativo.
- 4 fazer as correções e elaborar novo demonstrativo de débito.

Em PARECER de Nº 112/2005, a ASTEC informa que em relação à infração 3, o contribuinte desconsiderou o repasse do benefício como prevê o inciso II, do § 1º, do art. 51 do RICMS/97. Tendo constatado que de fato o benefício não foi repassado aos adquirentes, e que em alguns casos as mercadorias foram vendidas a contribuintes do SimBahia a preços superiores à vendas realizadas a contribuintes cadastrados no regime normal.

Quanto à infração 5, diz que constatou no Histórico de Condição que o transportador ANTÔNIO TRANSPORTES LTDA. desde 31/12/98 passou do regime normal para microempresa. Portanto, no período objeto da autuação o transportador efetivamente era microempresa, e o que pode ter ocorrido é a utilização indevida do talonário antigo, que constava a situação anterior.

Referente à infração 6, o diligente informa que identificou várias inconsistências no relatório, entendendo que diante de tais fatos há necessidade de uma revisão total do levantamento fiscal, e como de erro produzido na origem, entende que a própria autuante deva proceder a regularização do lançamento.

Intimado a tomar conhecimento do PARECER ASTEC Nº 112/2005, o autuado pede a nulidade do presente lançamento, alegando falta de certeza e liquidez, ofensa ao contraditório e ampla defesa, citando decisões do CONSEF. Diz que o preposto da ASTEC constatou diversas inconsistências, além das duplicidades identificadas individualmente. Assim, argumenta que a ação fiscal carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança as infrações apontadas, o levantamento fiscal está eivado de vícios insanáveis, não restando outra alternativa, senão a decretação de nulidade de todo o Auto de Infração.

Diz, também, que a Fazenda Estadual decairá do seu direito de lançar ou retificar o lançamento, na medida em que a materialidade das infrações terá que ser revista, conforme Parecer ASTEC. Cita o art. 150, §§ 1º e 4º, e 173, do CTN, alegando que os valores retificadores do lançamento são nulos em virtude do prazo decadencial.

No mérito, reitera a alegação inicial quanto ao erro da autuante referente à infração 3, e em relação ao PARECER ASTEC, argumenta que os destinatários elencados no mencionado Parecer são cadastrados como SimBahia, tendo ocorrido provável erro de cadastro no estabelecimento autuado. Esclarece, também, que os preços praticados são oscilantes, e não há como comparar negócios comerciais distintos. Diz que o lançamento foi realizado em desobediência à legalidade, e se prosperar, resultará em cobrança despropositada, com enriquecimento sem causa do Estado da Bahia.

INFRAÇÃO 5: alega que não cabe autuado averiguar a existência ou não de inscrição no SimBahia, relativamente às empresas contratadas ou quaisquer de seus fornecedores. Entende que os transportadores é que agiram em desacordo com a legislação, e o simples fato de ter sido feito o destaque, por si só é motivo suficiente para possibilitar a utilização do crédito fiscal correspondente pelo tomador do serviço de transporte. Diz que o destaque do imposto leva a crer que a transportadora não está operando em condições de uso do benefício do SimBahia, e afirma que o crédito fiscal decorrente do imposto destacado em Conhecimento de Transporte ofende o princípio da não-cumulatividade, e os julgadores não podem se ater apenas à legislação estadual, mas, sobretudo à Lei Complementar nº 87/96, no seu art. 20, que transcreveu. Pede a improcedência da autuação neste item.

INFRAÇÃO 6: diz que a própria ASTEC reconheceu que as diferenças encontradas decorreram dos diversos equívocos cometidos no levantamento fiscal, estando conseqüentemente errado o imposto apurado. Por fim, o defendente protesta pelo acatamento do pedido de nulidade, e caso não sejam acatadas as preliminares de nulidade, que seja, no mérito, julgado improcedente o presente Auto de Infração.

A autuante apresentou nova informação informando que procedeu à revisão dos cálculos referentes à infração 6, retificando os valores que apresentaram inconsistências no demonstrativo de cálculo do crédito indevido de acordo com as inconsistências apontadas no PARECER ASTEC Nº 112/2005.

Em nova diligência à INFAZ, foi sanada a falta de conhecimento do atuado ao PARECER ASTEC que se pronunciou com relação à infração 6 afirmando que as diferenças encontradas decorrem de diversos equívocos cometidos no levantamento efetuado pela autuante, como bem salientou e concluiu o preposto da ASTEC. Pede a improcedência do presente Auto de Infração.

A 3ª JF inicialmente rejeita o pedido de nulidade apresentado pelo defendente, exceto em relação à infração 6, quanto as demais aduz não haver motivos que possam enquadrá-las nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para decretar a nulidade da autuação.

No mérito, considera procedentes as infrações 1 e 2, já que não houve contestação por parte do autuado, que inclusive informou haver realizado o devido pagamento das mesmas.

A infração 3 observa que a legislação estabelece a alíquota de 7% para “mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e

ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária” (art. 51, I, “c”, do RICMS/97).

No caso em exame, as mercadorias foram recebidas do estabelecimento matriz, situado no Estado do Rio Grande de Sul, e o autuado comercializou essas mercadorias na condição de atacadista, atividade que está cadastrada nesta SEFAZ, e o defendente argui de que está equiparado a estabelecimento industrial, e por isso, pode utilizar do benefício previsto na legislação.

E conclui pela subsistência desta infração, tendo em vista que está comprovada a falta de cumprimento de condição estabelecida na legislação, confirmando-se o cometimento da infração apurada, bem assim quanto à multa, que está respaldada no art. 42, inciso II, alínea ‘a’, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – Procede a alegação do contribuinte, o Convênio 24/95 lhes assegura o benefício conforme o art. 14, VIII do RICMS/97.

Não sendo, portanto, devido o imposto no presente processo em decorrência de previsão regulamentar.

INFRAÇÃO 5 – Neste caso onde o autuado argumenta que os CTCs que instruem o presente PAF não deixam dúvida de que houve destaque individual do imposto à alíquota de 17%, presumindo-se que houve recolhimento do imposto por parte dos fornecedores do serviço, validando os créditos fiscais.

Entende o ilustre relator da JJF, que as mercadorias e serviços objeto da autuação se referem à aquisições efetuadas a microempresas e empresas de pequeno porte, conforme inscrição estadual consignada nos documentos fiscais, sendo vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo a essas aquisições, de acordo com o art. 97, XI.

Observa ainda a JJF, que há um documento fiscal constando destinatário diverso do autuado, e outro com o crédito utilizado a mais que o valor destacado em nota fiscal, constante do demonstrativo da autuante.

No Parecer da ASTEC, informa a JJF, consta que um determinado transportador desde 31/12/98 passou do regime normal para microempresa; no período objeto da autuação o transportador efetivamente era microempresa, e o que pode ter ocorrido é a utilização indevida do talonário antigo, que constava a situação anterior.

Observa mais, que embora o imposto esteja destacado no campo próprio, nos diversos documentos fiscais acostados aos autos, de acordo com sistema de Informações do Contribuinte (INC), no período de emissão, o emitente encontrava-se inscrito como microempresa, enquadrada no SimBahia. Portanto, não poderia ser utilizado o crédito fiscal pelo autuado, relativamente ao imposto destacado indevidamente.

Por fim, a JJF ressalta que nas próprias notas fiscais consta a observação de que os mencionados documentos não geram crédito fiscal. Ficando, portanto, mantida a exigência fiscal deste item.

INFRAÇÃO 6 – Conforme já alertado pelo autuante, a ASTEC identificou várias inconsistências no relatório da autuante, fls. 33 a 36, também encontrou incorreções na cópia do relatório, fls. 5487 a 5491, de sorte que o diligente confirmou a alegação do autuado, e não obstante o autuante ter refeito os demonstrativos, ficou comprovado por meio de documentos acostados aos autos que os equívocos não foram elididos.

Diante da expressividade dos equívocos cometidos no levantamento fiscal, confirmados pela ASTEC, a JJF decretou a nulidade desta infração. Votando pela Procedência Parcial do Auto de Infração, que com as alterações efetuadas reduz o imposto, que acrescido da multa fica reduzido de R\$139.699,59 para R\$96.067,81.

VOTO

O Auto de Infração em discussão está composto de 6 infrações, totalizando a exigência o valor de R\$137.985,42, acrescido da multa de R\$1.714,17, por falta de cumprimento de obrigação acessório.

As infrações 1 e 2 não foram objeto da impugnação do autuado, cujo imposto reclamado já foi recolhido.

A infração 3 foi contestada sob a alegação de que a alíquota de 7% foi aplicada nas saídas de mercadorias com base no que dispõe o art. 51, I, “c”, do RICMS. Entretanto, no caso presente as mercadorias foram recebidas da casa matriz, tendo o autuado comercializado tais bens na condição de atacadista, atividade que a Filial está registrada na SEFAZ, entendendo o autuado estar equiparado a estabelecimento industrial, dando-lhe o direito de proceder como assim o fosse. Ocorre que embora haja a equiparação na forma do dispositivo legal acima citado, a empresa não comprovou ter repassado o benefício na forma de desconto, tal como prevê o inciso II, do § 1º, do art. 51 do RICMS. De sorte que a decisão recorrida está correta em manter a infração.

A infração 4, o procedimento da empresa respaldou-se no termos do Convênio ICMS 24/95, estando correta a prevalência à isenção reclamada pelo autuado.

Já a infração 5, a partir da documentação constante dos autos constata-se que as mercadorias e serviços objeto da autuação, se referem a aquisições de microempresas e empresas de pequeno porte, sendo nestes casos vedado ao contribuinte creditar-se do imposto decorrentes destas operações, de acordo com o art. 97, XI, do RICMS/97, estando, portanto validada a autuação.

Na infração 6, ficou evidente que o relatório da lavra da fiscal autuante estava eivado de inconsistências e equívocos, nem mesmo a ASTEC conseguiu esclarecer tais falhas, não restando alternativa a JJF senão decretar a nulidade deste item, representando a autoridade competente, com base no art. 156, do RPAF/99, para que se determine novo procedimento fiscal.

Diante do exposto NEGO PROVIMENTO ao recurso interposto. Mantenho o Acórdão JJF nº 0056-03/06, recorrido. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **141596.0030/04-1**, lavrado contra **FRANGOSUL S/A - AGRO AVÍCOLA INDUSTRIAL**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$94.353,64**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, além da multa no valor de **R\$1.714,17**, prevista no art. 42, IX, da citada lei, e dos acréscimos moratórios correspondentes, de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS