

PROCESSO - A. I. Nº 108880.0006/05-3
RECORRENTE - NORPET – INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0100-05/06
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 19/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0303-11/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Exigência do imposto substituída por multa pelo descumprimento de obrigação acessória. Modificada a Decisão recorrida para excluir a penalidade aplicada, tendo em vista que o que deve ser exigido, em outra ação fiscal, são os acréscimos moratórios devidos pelo atraso no pagamento do imposto. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO. PROGRAMA BAHIAPLAST. Mantida a Decisão Recorrida, considerando que foi feita reconstituição da conta corrente fiscal do contribuinte, não se detectando o erro apontado pelo recorrente. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0100-05/06, pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente à operação escriturada nos livros fiscais próprios. Consta, ainda, que o contribuinte lançou a Nota Fiscal nº 7052, de 27/08/04, no livro Registro de Saídas sem a devida tributação, dentro do mês de referência, embora só a tenha tributado no mês seguinte, por meio do livro Registro de Apuração do ICMS – R\$312,21;
2. Recolhimento a menos do ICMS decorrente do uso indevido de crédito presumido previsto no BAHIAPLAST (Decreto nº 7439 de 17/9/98 – art. 9º), por não atender ao disposto nas Resoluções nºs 17/99 e 03/02, que determinam a transformação das aquisições de resinas PET e de pré-formas em pré-formas e garrafas como condição para usufruir o benefício. Consta na descrição dos fatos que a empresa adquiria as pré-formas e garrafas, sem transformá-las, revendendo-as posteriormente, valendo-se indevidamente do referido benefício, nos meses de janeiro a maio de 2003 e no exercício de 2004. A autuante ressaltou que procedeu à reconstituição da conta-corrente fiscal do sujeito passivo tributário, concedendo o benefício nas situações em que a empresa fazia jus, bem como deduzindo os valores cobrados por meio do Auto de Infração nº 1473230014/04-2 - R\$258.586,37;
3. Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. A autuante apontou que o contribuinte vendeu mercadorias para contribuinte cadastrado na condição de normal como se fosse inscrito na condição de microempresa, utilizando-se, em tais vendas, do desconto concedido apenas para

microempresas (Notas Fiscais nºs 7096, 7099, 7105, 7106, 7112 e 7113, do mês de outubro de 2004, e nºs 7115, 7133 e 7136, de novembro de 2004) - R\$6.054,55;

4. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias (pré-formas e garrafas) não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercícios de 2003 e 2004) – R\$25.636,34;
5. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme cópia do Livro de Registro de Entradas nº 7, página 2 (Nota Fiscal nº 42 de 30/12/03) – R\$185,38.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu da seguinte forma:

1. manteve a infração 3, pois foi reconhecida pelo autuado, e a infração 2, porque entendeu que não houve erro no demonstrativo elaborado pela autuante (fl. 52) e a conta corrente do contribuinte foi reconstituída pelo fisco de forma criteriosa;
2. excluiu a infração 1, porque ficou comprovado que o ICMS já havia sido pago, embora com atraso, aplicando apenas uma multa por descumprimento de obrigação acessória;
3. excluiu também a infração 5, haja vista que a própria autuante reconheceu a sua improcedência;
4. reduziu o débito relativo à infração 4, após a retificação procedida pela autuante, ao acatar as alegações do contribuinte.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 190 a 193), o sujeito passivo pede a reforma da Decisão recorrida, no que se refere às infrações 1 e 2 do lançamento.

Quanto à infração 1, alega que a Junta de Julgamento Fiscal substituiu uma suposta infração à obrigação principal por outra suposta infração de caráter acessório, procedimento que não encontra guarida nos anais jurídicos do CONSEF, já que a apuração de qualquer irregularidade fiscal deve ser feita por procedimento regular de fiscalização e não pelo órgão julgador.

Em relação à infração 2, argumenta que o crédito de ICMS-BAHIAPLAST lançado no mês de dezembro de 2004 foi de R\$252,00, mas estranhamente a autuante estornou a importância de R\$14.061,91, conforme a fotocópia do livro Registro de Apuração do ICMS nº 07 acostada aos autos.

Alega que a autuante estornou o valor integral lançado no livro fiscal, no mês de novembro de 2004, a título de “Outros Créditos – Crédito ICMS BAHIA PLAST”, o que foi reconhecido em sua defesa e, portanto, *“é inadmissível que o Agente Fiscal proponha o pagamento do ICMS, INEXISTENTE e INDEVIDO, no mês 12/2004, que já foi BASE DE AUTUAÇÃO NO MÊS 11/2004”*.

Finalmente, pede a realização de diligência por fiscal estranho ao feito e a improcedência do valor contestado.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Junior, apresentou o seu Parecer (fls. 196 e 197) opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, fundamentado nos seguintes argumentos:

1. num primeiro momento, parece que a alegação do contribuinte tem veracidade, pois, do cotejo entre o demonstrativo de fl. 52 e o livro Registro de Apuração do ICMS (fl. 66), observa-se que o valor apurado no mês de dezembro de 2004 “desborda da realidade dos fatos”;
2. entretanto, o valor de R\$14.061,91, lançado pela autuante no mês de dezembro de 2004 e

rechaçado pelo recorrente, “nada mais é que a soma da diferença encontrada no valor lançado pela empresa do BAHIAPLAST em dezembro menos o valor encontrado pela fiscalização, perfazendo o montante de R\$63,00, somado ao valor do saldo credor inexistente lançado no RAICMS no mês de novembro, conforme demonstra minuciosamente a reconstituição da conta corrente fiscal de fls. 45/51 dos autos”.

VOTO

O presente Auto de Infração exige o ICMS em razão de cinco infrações, porém o Recurso Voluntário impetrado pelo autuado foi dirigido apenas à reforma da Decisão recorrida no que concerne às infrações 1 e 2.

Na infração 1 exige-se o ICMS porque o contribuinte escriturou a Nota Fiscal nº 7052, de 27/08/04, no livro Registro de Saídas no mês de agosto de 2004 sem a devida tributação e só lançou o débito do imposto no mês seguinte, como “outros débitos”, no livro Registro de Apuração do ICMS, tudo conforme os documentos de fls. 12 a 14 e 131 a 133 do PAF.

Consta na Decisão recorrida que a autuante acatou as provas trazidas na Impugnação, *“admitindo que o imposto fora recolhido, embora ressalte que remanesce débito à título de atualização monetária”*. Sendo assim, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu aplicar a multa de R\$50,00, por entender que teria havido o descumprimento de uma obrigação acessória, substituindo o imposto originalmente cobrado.

O recorrente se insurgiu contra a conversão do ICMS em penalidade de caráter acessório, alegando que tal procedimento deveria ter sido feito por meio de um procedimento fiscal. Efetivamente, o que restou demonstrado é que o imposto estadual foi recolhido com atraso, haja vista que o contribuinte lançou a referida Nota Fiscal nº 7052 no livro Registro de Saídas num mês (agosto/04), porém somente registrou o débito no livro Registro de Apuração do ICMS no mês seguinte (setembro/04). Entendo que, nesse caso, não caberia a substituição do ICMS pela multa por descumprimento de obrigação acessória sem previsão expressa na legislação, no valor de R\$50,00, como decidiu a Junta de Julgamento Fiscal, mas a exigência dos acréscimos legais decorrentes da mora, conforme estabelecido no artigo 102, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), o que deve ser feito em procedimento a ser desenvolvido futuramente pela fiscalização, caso o contribuinte não faça o recolhimento de forma espontânea, sob pena de haver inovação no presente lançamento, o que é vedado pela legislação tributária.

Observo que, se admitisse a ocorrência de descumprimento de obrigação acessória, ela se refere à escrituração irregular de livro fiscal, cuja multa é aquela prevista na alínea “b” do inciso XVIII do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$140,00, e não aquela aplicada pelo órgão julgador de 1ª Instância. Entretanto, essa irregularidade não foi, em nenhum momento, suscitada neste lançamento, não podendo, assim, ser exigida a penalidade correspondente nesta ação fiscal. Dessa forma, considero que merece reforma a Decisão recorrida.

Na infração 2 cobra-se o imposto em decorrência do uso indevido de crédito presumido previsto no BAHIAPLAST (Decreto nº 7.439 de 17/09/98 – artigo 9º), já que o autuado, em vez de transformar as resinas PET e pré-formas adquiridas, respectivamente em pré-formas e garrafas, apenas adquiria as pré-formas e garrafas e, posteriormente as revendia. O recorrente não negou o cometimento da infração, insurgindo-se apenas contra o valor exigido no mês de dezembro de 2004 (R\$14.061,91), por entender que se está exigindo o ICMS em duplicidade, já que foi feito, pela autuante, o estorno referente ao mês anterior (novembro/04).

Examinando os documentos acostados, especialmente os demonstrativos apensados às fls. 9, 37 e 52 (que são complementares), verifico que, para chegar aos valores apontados na autuação, a autuante efetuou uma reconstituição da conta corrente fiscal do contribuinte, apurando, em cada mês, os débitos e créditos do ICMS com base nas notas fiscais emitidas e no livro de Controle de

Crédito do ICMS relativo ao Ativo Permanente (CIAP). O preposto fiscal também calculou os valores de crédito a que teria direito o autuado, conforme o disposto no BAHIAPLAST (Decreto nº 7.439/98, artigo 9º), montantes esses totalmente diferentes dos apurados pelo recorrente, já que houve a utilização indevida de crédito presumido, fato que não foi contestado pelo sujeito passivo.

Após calcular os valores mensais devidos de ICMS, a autuante deduziu o imposto já recolhido mensalmente e, além disso, excluiu as importâncias já cobradas em outro Auto de Infração anteriormente lavrado (Auto de Infração nº 147323.0014/04-2), tudo de acordo com os demonstrativos juntados às fls. 9, 10 e 16 a 52.

Para esclarecer o procedimento adotado pela autuante, apresentarei alguns exemplos como a seguir demonstrado:

Mês de fevereiro de 2004 -

1. a autuante relacionou as notas fiscais de entradas e chegou à conclusão de que o contribuinte teria direito ao crédito fiscal no valor de R\$12.293,49 (fl. 37); ao crédito presumido de R\$2.306,92 (fl. 46), em vez de R\$10.724,85 (fl. 52) como escriturado pelo autuado; e ao valor de R\$55,68 como crédito pelas entradas de ativo imobilizado lançadas no CIAP (1/48 ao mês);
2. a autuante também relacionou as notas fiscais de saídas e concluiu que o débito do mês perfazia o montante de R\$23.033,47 (fl. 46);
3. lançou os valores apurados no demonstrativo de fl. 37 e encontrou um ICMS devido no mês de fevereiro de R\$8.377,38, já que, naquele mês, nada havia sido recolhido pelo sujeito passivo.

Mês de novembro de 2004 -

1. a autuante relacionou as notas fiscais de entradas e chegou à conclusão de que o contribuinte teria direito ao crédito fiscal no valor de R\$36.549,32 (fl. 44); ao crédito presumido de R\$306,60 (fl. 51), em vez de R\$25.931,07 (fl. 52) como escriturado pelo autuado; e ao valor de R\$55,68 como crédito pelas entradas de ativo imobilizado lançadas no CIAP (1/48 ao mês);
2. a autuante também relacionou as notas fiscais de saídas e concluiu que o débito do mês perfazia o montante de R\$58.638,97 (fl. 51);
3. o preposto fiscal também indicou, no demonstrativo de fl. 37 (como “antecipação”, isto é, dedução do débito), o valor de R\$7.980,65 já lançado no Auto de Infração nº 147323.0014/04-2;
4. lançou os valores apurados no demonstrativo de fl. 37 e encontrou um ICMS devido no mês de novembro de R\$13.746,71, já que, naquele mês, nada havia sido recolhido pelo sujeito passivo.

Mês de dezembro de 2004 -

1. a autuante relacionou as notas fiscais de entradas e chegou à conclusão de que o contribuinte teria direito ao crédito fiscal no valor de R\$28.385,96 (fl. 44); ao crédito presumido de R\$189,00 (fl. 51), em vez de R\$252,00 (fl. 52) como escriturado pelo autuado; e ao valor de R\$55,68 como crédito pelas entradas de ativo imobilizado lançadas no CIAP (1/48 ao mês);
2. a autuante também relacionou as notas fiscais de saídas e concluiu que o débito do mês perfazia o montante de R\$67.296,39 (fl. 51);
3. o preposto fiscal também indicou, no demonstrativo de fl. 37 (como “antecipação”, isto é, dedução do débito), o valor de R\$14.294,39 já lançado no Auto de Infração nº 147323.0014/04-2;
4. lançou os valores apurados no demonstrativo de fl. 37 e encontrou um ICMS devido no mês de dezembro de R\$24.371,36. Como, naquele mês, o contribuinte recolheu a importância de R\$10.309,45, está sendo exigido, nesta autuação, a diferença de R\$14.061,91.

Após conferir todos os cálculos efetuados pelo preposto fiscal, constatei que houve um equívoco de interpretação do recorrente, motivado provavelmente pela análise isolada do demonstrativo de fl. 52, no qual consta uma coluna denominada “Diferença” que se refere, na verdade, ao resultado final de toda a reconstituição da conta corrente realizada pela fiscalização e não à diferença entre o “crédito utilizado” e o “crédito correto”, levando-o a acreditar na existência de erros de soma. Porém, as demais planilhas esclarecem todos os cálculos efetuados e, dessa forma, concluo que não houve cobrança em duplicidade do ICMS, porque a autuante refez a conta corrente fiscal do autuado e apurou valores de débito completamente diversos daqueles lançados nos livros fiscais do estabelecimento. Mantida a Decisão recorrida.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado apenas para excluir a multa de R\$50,00, aplicada pela Junta de Julgamento Fiscal em relação à infração 1 do lançamento, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos (doc. fl. 156).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 108880.0006/05-3, lavrado contra **NORPET – INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$288.797,44**, acrescido das multas 60% sobre R\$264.640,92 e 70% sobre R\$24.156,52, previstas no art. 42, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS