

PROCESSO - A. I. Nº 108880.0001/05-1
RECORRENTES - SEARA ALIMENTOS S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SEARA ALIMENTOS S/A
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0150-05/05
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 03/01/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0511-12/06

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. A redução da base de cálculo somente pode ser aplicada nas operações de vendas para microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes quando a mercadoria não estiver enquadrada no regime da substituição tributária. Modificada a Decisão recorrida. Diligência da ASTEC comprovou que grande parte das mercadorias comercializadas não estavam sujeitas ao regime de antecipação do ICMS. Infração parcialmente procedente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Infração não elidida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ESTABELECIMENTO FILIAL ATACADISTA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERNAS. a) FALTA DE RETENÇÃO E DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Exigência parcialmente subsistente apesar do refazimento dos cálculos pela autuante. Recolhimento com imposto com redução da multa. b) ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Tratando-se de contribuinte enquadrado na condição de empresa atacadista, fato comprovado, o pagamento do imposto é devido quando das operações de saídas das mercadorias. Infração insubstancial. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, interpostos, respectivamente, pelo contribuinte e pela Junta de Julgamento. O órgão julgador de 1ª Instância declarou a Procedência Parcial do Auto de Infração que contempla as imputações abaixo descritas.

INFRAÇÃO 1. Recolhimento a menos do tributo em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. A empresa, inscrita no Estado da Bahia na atividade 5134900 - Comercio Atacadista de Carnes e Produtos de Carne, utilizou a alíquota de 7% nas operações de vendas a contribuintes inscritos na condição de microempresa, conforme demonstrativo e cópias dos documentos fiscais anexos (agosto a dezembro de 2001) – R\$28.251,32.

A JJF, ao decidir a lide acerca desta específica acusação se ancorou na seguinte fundamentação: “*O sujeito passivo aplicou a alíquota de 7% nas operações de vendas a contribuintes inscritos no SimBahia, utilizando-se do benefício fiscal determinado no art.51, I, “c”, do RICMS/97, inclusive consignando nos documentos fiscais o repasse deste benefício aos adquirentes das*

mercadorias (fls.1182/1220).

Em relação ao argumento de que por ser equiparado a uma indústria havia agido dentro das normas legais, conforme já exposto, teria completa razão se as mercadorias não estivessem enquadradas no regime da substituição tributária, pois o Regulamento excepciona e veda a aplicação do benefício em relação a tais mercadorias e àquelas supérfluas. Assim, não posso acolher as razões do defendant, com exceção da mercadoria Kibinho, autuada em outubro de 2001 e com a exigência do imposto no valor de R\$3,46.

Este item é mantido em parte no valor de R\$28.247,86, passando o débito do ICMS do mês de outubro de 2001 para R\$6.051,08”.

No Recurso Voluntário o contribuinte contestou a Decisão “*a quo*”, alegando que as NCMs indicadas nas notas fiscais de saídas demonstram que as mercadorias comercializadas para empresas inscritas no SimBahia não se encontravam submetidas ao regime de substituição tributária, impondo-se, assim, a revisão do lançamento para a correta apuração do valor devido.

A Procuradoria Estadual, por sua vez, no Parecer acostado a fl. 1389, e diante dos documentos fiscais apresentados pelo autuado na 1ª Instância, opinou pela realização de diligência, objetivando excluir do lançamento as mercadorias não sujeitas ao regime de antecipação do ICMS.

O processo foi enviado à ASTEC, após deliberação do colegiado desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

A ASTEC, em atendimento ao pedido de diligência, se pronunciou às fls. 1394/1395, transcrevendo, inicialmente, a legislação aplicável ao caso (art. 353, II, item 9, do RICMS – que enumera produtos comestíveis resultantes de abate de aves e gado), para concluir que à época da autuação somente as mercadorias com NCM 0210 se encontravam enquadradas no regime de antecipação. A ASTEC procedeu à exclusão das demais produtos, reduzindo o débito para a quantia de R\$ 3.454,29.

Intimados autuante e autuado do resultado da revisão fiscal, o contribuinte manifestou expressa concordância com a revisão fiscal. Já a autuante nada declarou, limitando-se a apor seu ciente nos autos.

A PGE/PROFIS, no Parecer conclusivo acompanhou as conclusões da ASTEC.

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, e, consequentemente sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis (exercícios de 2000 e 2001) - R\$1.256,34. Infração mantida pela Junta de Julgamento e reconhecida sua procedência pelo autuado.

INFRAÇÃO 3. Falta de retenção e o não recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativas às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercício de 2001) – R\$11,02. Infração mantida pela Junta de Julgamento e reconhecida sua procedência pelo autuado.

INFRAÇÃO 4. Utilização indevida de crédito fiscal sobre bens adquiridos no Estado de São Paulo com a alíquota de 12% ao invés de 7% (fevereiro e março de 2000) – R\$75,00. Infração mantida pela Junta de Julgamento e reconhecida sua procedência pelo autuado.

INFRAÇÃO 5. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. A empresa recolheu o imposto pelo regime de apuração normal, tendo se creditado dos valores consignados nas notas de aquisição e se debitado nas saídas. Entretanto, o imposto recolhido foi menos (exercício de 2001) – R\$118.667,96.

A JJF, quanto a esta imputação exarou, o voto a seguir transcrito:

“A autuante consignou no corpo do Auto de Infração que a empresa havia recolhido o imposto pelo regime de apuração normal, tendo se creditado dos valores consignados nas notas de aquisição e se debitado nas saídas, porém o imposto havia sido recolhido a menos. Os fatos se referem ao exercício de 2001.

Quando da sua primeira manifestação, o autuado observou que a autuante não atentou para a excepcionalidade contida no art. 355, I, do RICMS/97, que, ao tratar das hipóteses em que não deve ser feita a antecipação do ICMS nas operações internas e nas aquisições fora do Estado, textualmente, determina:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;

A autuante, quando de sua informação fiscal, concordou com a defesa de que havia se equivocado. Na realidade, a infração dizia respeito à falta de retenção, e o consequente recolhimento, do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, para contribuintes localizados neste Estado e conforme disposições legais acima transcritas. Com esta informação, mudou o fulcro da autuação e refez o levantamento fiscal apresentando valor do ICMS a ser exigido de R\$56.852,25.

O autuado, embora observando que tinha conhecimento da mudança do fulcro da autuação, aceitou a irregularidade apresentada pela autuante e nos valores por ela indicados. Entretanto, demonstrou sua irresignação tendo em vista que a Repartição Fiscal não aceitou que ele recolhesse o imposto com o abatimento de 80% da multa aplicada. Ressaltou que se houve mudança da natureza da irregularidade, seu prazo somente começou a contar a partir da sua ciência da informação fiscal. Após tais considerações, consta nos autos que ele recolheu o débito com a multa reduzida em 80%”.

E concluiu o Sr. julgador da JJF nos seguintes termos: “*Embora compartilhe com o entendimento do defendente, esta 1ª Instância de Julgamento Fiscal não tem competência para acolher o seu pedido. Sugiro ao sujeito passivo que apresente Recurso à Câmara Superior deste Colegiado que é o órgão competente para apreciar a questão.*

Em vista da aceitação do contribuinte do novo lançamento efetuado, com o recolhimento do imposto exigido, mantenho a infração 5 no valor de R\$56.852,25 ...”

No Recurso Voluntário o autuado afirma que em relação a este item remanesce para discussão tão-somente o correto valor da multa, considerando que houve alteração do lançamento que resultou em nova situação fática, cabendo neste caso, a contagem de novo prazo para recolhimento do débito, com redução da multa, a partir da ciência do lançamento após as alterações promovidas pela autuante. Afirmou que o lapso temporal conferido para falar sobre o novo lançamento, que nada tem de retificação, seria de 30 (trinta) dias e não de 10 (dez) dias, pleiteando, dessa forma, o reconhecimento de seu direito de efetuar o recolhimento do valor exigido com a multa reduzida em 80%. Anexou DAE (documento de arrecadação estadual), a fl. 1327, para atestar o recolhimento do imposto apurado, em 13/06/2005, com a redução de 80%.

Acerca do pedido do contribuinte, a Procuradoria Estadual se manifestou favoravelmente, em função da alteração substancial do lançamento, verificada por ocasião das informações prestadas

pela autuante, opinando pela validação integral do pagamento efetuado e consequente extinção do débito referente à infração nº 5.

INFRAÇÃO 6. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. O contribuinte não recolheu antecipadamente o ICMS referente a aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, realizando este procedimento de acordo com as saídas das mesmas (exercício de 2001) – R\$114.906,55.

Decisão da JJF: “*A infração 6, cobra multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.*

Esta é outra infração que não pode subsistir tendo em vista a Decisão do item anterior, ou seja, o contribuinte, diante das determinações do art.355, I, do RICMS/97 procedeu corretamente, não tendo sustentação legal a cobrança da multa aplicada pela autuante.

Por tudo exposto, voto pela procedência parcial da autuação para cobrar o ICMS no valor de R\$86.217,97, com homologação dos valores efetivamente recolhidos”.

Este item 6 e as parcelas excluídas da autuação, em relação aos itens 5 e 1, serão objeto de re-exame, nesta Câmara de Julgamento Fiscal, através do Recurso de Ofício, interposto nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

VOTO

Inicialmente enfrentarei as questões pertinentes ao Recurso Voluntário. Quanto à infração 1, que versa sobre a exigência de ICMS, por erro na aplicação da alíquota, ficou comprovado, após revisão efetuada pela ASTEC, que grande parte das mercadorias comercializadas pelo recorrente não se encontravam sujeitas ao regime da substituição tributária. Em decorrência, o benefício previsto no art. 51, I, “c”, do RICMS/97, foi corretamente utilizado pelo sujeito passivo, que ao promover saídas de produtos de tributação normal para contribuintes regularmente inscritos no SimBahia, aplicou sobre a base de cálculo a alíquota de 7%. Remanesceu na exigência fiscal apenas o valor de R\$3.454,30, atinente às operações com mercadorias sujeitas à antecipação do ICMS que não se encontram submetidas à tributação pela alíquota reduzida. Em consequência, o Recurso Voluntário, quanto à infração 1, deve ser parcialmente provido.

Também merece acolhimento os argumentos recursais quanto à infração 5, que trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação nas entradas de mercadorias originárias de outras unidades da Federação. A autuante não observou que o contribuinte é estabelecimento filial atacadista, equiparado a industrial, aplicando-se ao caso a regra *contida no art. 355, I, do RICMS/97, que determina o recolhimento do imposto, por substituição tributária, nas operações de saídas subsequentes*. A autoridade fiscal alterou o lançamento, após a apresentação da defesa, acolhendo os argumentos do contribuinte, passando a exigir o imposto sob outra acusação, com o seguinte descriptivo: “*falta de retenção e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes*”. O contribuinte foi cientificado dessa alteração em 31/05/2006, manifestando intenção de pagar o débito apurado, através de petição protocolada em 10/06/2006. Alegando dificuldades para conseguir a emissão do DAE, com a redução de 80% da multa, somente conseguiu efetivar o pagamento 13/06/2005, conforme atesta o documento anexo (fl. 1327). Cinge-se a discussão, no presente Recurso Voluntário em torno do valor da multa aplicável.

Diante dos fatos apresentados entendo que a modificação do lançamento importaria em nulidade da nova exigência fiscal, somente possível de formalização através de outro Auto de Infração. Todavia, embora o fulcro da autuação tenha sido modificado, o contribuinte acatou a alteração do lançamento e efetuou o pagamento do imposto com redução de 80% da multa, sanando o vício

existente. Em face da alteração substancial do Auto de Infração, acato o argumento defensivo, pois caberia a contagem de novo prazo para de apresentação de defesa ou pagamento do débito com os benefícios de redução da penalidade. O contribuinte escolheu a segunda opção, razão pela qual deve ser validado e homologado o recolhimento efetuado com a redução de 80% da multa, prevista em lei.

Quanto ao Recurso de Ofício reforma alguma merece Decisão de primeira instância. No que tange à infração 1, correta a exclusão das mercadorias não sujeitas ao regime de antecipação. De referência à infração 4, impende observar a mesma fundamentação tracejada na apreciação do Recurso Voluntário, considerando que a alteração do lançamento importou também em redução da exigência fiscal.

Em relação à infração 6, que cobra multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, agiu com acerto o “*a quo*”, pois o contribuinte, diante das determinações do art. 355, I, do RICMS/97, procedeu corretamente, considerando que o mesmo é enquadrado na condição de empresa atacadista, fato comprovado nos autos, razão pela qual o pagamento do imposto é devido quando das operações de saídas das mercadorias, não tendo, portanto, sustentação legal a cobrança da multa aplicada pela autuante.

Assim, face o acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, modificando em parte a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 108880.0001/05-1, lavrado contra SEARA ALIMENTOS S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$61.648,91, sendo R\$75,00, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$61.573,91, acrescido da multa de 60% sobre o valor de R\$60.317,57 e 70% sobre o valor de R\$1.256,34, previstas no art.42, II, “a”, “e” e “d”, respectivamente e III, do mesmo Diploma Legal, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS