

PROCESSO - A. I. Nº 206847.0008/03-2
RECORRENTE - ALIBOM INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0250-03/06
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 05/01/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0559-12/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. É vedada a utilização de crédito fiscal sem o correspondente documento comprobatório do direito ao uso. Elidida parcialmente a exigência fiscal, considerando que não foi apresentada somente uma nota fiscal. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DESTAQUE INDEVIDO DO IMPOSTO. Por se tratar de vendas de mercadorias não industrializadas pelo autuado, inscrito no SIMBAHIA, apesar de não poder constar destaque de ICMS, efetuou o mencionado destaque, de forma indevida, proporcionando ao adquirente a utilização do crédito fiscal. Mantida a exigência fiscal. 3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos pelo autuante, excluindo valores exigidos em autuação anterior, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferidos os pedidos de perícia e diligência fiscal. Mantida a Decisão de primeira instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JF 0250-01/06, que julgou pela procedência parcial do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2003, refere-se à exigência de R\$13.742,05 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 60%, tendo em vista que foram constatadas, inicialmente, as seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, o imposto destacado em notas fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização do crédito fiscal. R\$2.782,21;
2. Recolhimento efetuado a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração (Simbahia), referente ao período de março de 1999 a dezembro de 2000. R\$10.959,84.

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou impugnação, fls. 44 a 54 dos autos, alegando preliminarmente, que a auditoria nas notas fiscais e nos registros contábeis deveria ter sido efetuada em conjunto com a auditoria no sistema de dados e conta corrente, no sentido de perquirir a verdade material dos fatos. Citou Decisão do Conselho de Contribuintes da Receita Federal, e disse que em nenhum momento o autuante buscou a verdade material, e o procedimento fiscal adotado leva o defendente à conclusão de que houve constrangimento sem causa, e ilegal. Assim, entendeu que o Auto de Infração torna-se nulo de pleno direito, por ser

notória a violação aos princípios da legalidade, da segurança jurídica dos atos administrativos, da moralidade e da busca da verdade material.

Quanto ao mérito, o defendente alega que, pelas notas fiscais acostadas aos autos, efetivamente ocorreu a entrada das mercadorias, o que caracteriza a sua circulação e, conseqüentemente, é correto o destaque do imposto, bem como a tributação efetuada. Ressaltou o ensinamento do Prof. Hugo de Brito Machado quanto às operações relativas à circulação de mercadoria, e concluiu que não é devido o tributo relativo ao primeiro item, por ser infundada a autuação.

Em relação ao segundo item do Auto de Infração, alegou que é improcedente o imposto exigido, por incluir, dentre as infrações apontadas, débitos que já foram parcelados junto à SEFAZ, por meio dos processos de números 20709.00012/00-7 (fls. 74 a 87) e 65978900 (fls. 89 a 94), ressaltando que os débitos já foram devidamente quitados, e que o Auto de Infração de nº 20709.00012/00-7 elenca em sua primeira infração o mesmo enquadramento legal e período semelhante ao citado no segundo item da presente autuação. Disse que, diante do evidente equívoco constatado no levantamento fiscal, requer uma revisão fiscal para que sejam excluídos do presente lançamento os valores indevidamente exigidos, pedindo, também, a realização de perícia no local do estabelecimento autuado.

Às fls. 174/175 dos autos, consta comunicação encaminhada pelo autuante ao sujeito passivo, informando que foram apuradas quatro infrações devidamente tipificadas e qualificadas, sendo juntados ao PAF todos os demonstrativos e levantamentos realizados. Esclareceu que o Auto de Infração foi emitido por sistema eletrônico de processamento de dados, porém, apesar de conter todos os elementos exigidos em Lei, foram descritos pelo sistema apenas dois históricos, as infrações 2 e 3, sem fazer referência às demais. Por isso, o autuante prestou os devidos esclarecimentos, e sugeriu à repartição fiscal a reabertura do prazo de defesa, tendo em vista que, no documento que encaminhou ao autuado, descreveu as quatro infrações apuradas:

INFRAÇÃO 1: Créditos fiscais indevidos, utilizados através das segundas vias de Notas Fiscais e por não apresentar as primeiras vias, nos meses de novembro e dezembro de 1998. Valor do débito: R\$595,75

INFRAÇÃO 2: Créditos fiscais indevidos, escriturados no Registro de Entradas sem apresentação das notas fiscais correspondentes, no mês de dezembro de 1998. Valor do débito: R\$1.590,82

INFRAÇÃO 3: Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, correspondente a imposto destacado em Notas Fiscais de operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização dos créditos, conforme demonstrativo à fl. 11 do PAF. Valor do débito: R\$595,64.

INFRAÇÃO 4: Recolhimento efetuado a menos, na condição de EPP enquadrada no SIMBAHIA, no valor de R\$10.959,84, referente ao período de março de 1999 a dezembro de 2000.

Intimado a tomar conhecimento, o autuado apresentou novas razões defensivas às fls. 181 a 189 dos autos, ressaltando que o autuante não buscou a verdade material dos fatos. Disse que não pode o Auditor, numa mera informação fiscal, duplicar a quantidade de infrações, e se as infrações não se encontravam no Auto de Infração ou se foram observadas a “posteriori”, demonstra a incerteza quanto ao teor das acusações. Por isso, pediu a nulidade da autuação, com base no art. 18, do RPAF/99. Destacou que o CONSEF, em inúmeras oportunidades, tem dado mostras de ser um órgão preocupado com a legalidade, por isso, citou três resoluções, constando Decisão pela nulidade da autuação.

Quanto ao mérito, o defendente alegou em relação às infrações 1 e 2, que as notas fiscais e os respectivos registros demonstram claramente que é infundada a autuação, ressaltando o entendimento de que o ICMS incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços, e tal entendimento está na própria norma legal que regula o tributo.

Infrações 3 e 4 – Alegou que essas infrações são improcedentes porque dentre os valores exigidos se encontram débitos já parcelados e que já foram pagos. Citou os processos de números 207090.0012/00-7 e 65978900, que englobam diversos débitos que também são objeto da presente autuação.

Considerando que após a manifestação do autuado, ainda não constava nos autos o pronunciamento do autuante acerca das alegações defensivas, a 2ª JJF, converteu o presente processo a Infaz de origem (fl. 192), para ser prestada informação fiscal, e o autuante anexar fotocópias de notas fiscais e respectivos livros fiscais, referentes à terceira infração. Quanto à infração 4, esclarecer se foi realizado confronto entre os valores exigidos e os parcelamentos alegados pelo autuado. Se necessário, fazer exclusões dos valores já recolhidos pelo contribuinte.

O autuante apresentou nova informação fiscal às fls. 194 a 196, dizendo que o autuado encontrava-se inscrito junto à SEFAZ como contribuinte do regime normal de apuração até 31/12/98, e a partir de 01/01/99 passou à condição de Empresa de Pequeno Porte (SIMBAHIA). Descreveu as irregularidades apuradas, ressaltando que, referente à primeira infração, a legislação só admite o uso de crédito fiscal do imposto destacado na primeira via do documento. Quanto à segunda infração, disse que o autuado não apresentou as notas fiscais comprobatórias dos créditos fiscais utilizados, nem quando da fiscalização, nem no ato da defesa. Em relação à infração 3, informou que o autuado destacou indevidamente ICMS em notas fiscais referentes à revenda de mercadorias não industrializadas por ele, e por se tratar de contribuinte inscrito no SIMBAHIA, só poderia destacar o ICMS em documento fiscal, se fosse exclusivamente industrial. Disse que, a título de exemplo, juntou aos autos as NFs 025396 e 025192 contendo produtos adquiridos junto à Refrio Indústria de Alimentos Ltda.

Em relação à quarta infração, o autuante informou que o autuado deu saída de diversas mercadorias, e alguns dias após, foram emitidas notas fiscais de entradas a título de devolução, sem observar o disposto no art. 229, inciso VI, c/c art. 654, incisos I, III, IV e § 1º do RICMS/97. Disse que os parcelamentos alegados pelo defendente não têm qualquer ligação com os constantes no presente Auto de Infração, uma vez que foram incluídas apenas as devoluções de vendas, desclassificadas por terem sido feitas sem observar a legislação do ICMS.

De acordo com a intimação à fl. 198 e respectivo “AR” à fl. 197, o autuado foi cientificado da informação fiscal, e decorrido o prazo regulamentar, não foi apresentada qualquer manifestação pelo sujeito passivo quanto aos elementos a ele fornecidos.

Tendo em vista que o autuado apresentou fotocópias de primeiras vias das notas fiscais correspondentes às infrações 1 e 02 (fls. 63 a 72), foi deliberada pela 2ª JJF a realização de nova diligência à INFAZ de origem (fl. 201) para o autuante se manifestar acerca das provas apresentadas na defesa do autuado. Se necessário, refazer os cálculos.

Em nova informação fiscal à fl. 204, o autuante esclarece que, diante dos documentos fiscais apresentados pelo autuado em sua impugnação (fls. 63 a 72) deve ser considerada a exigência fiscal somente em relação à NF 283, no valor de R\$30,94, ficando excluídos os demais valores das infrações 1 e 2.

O autuado foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, conforme intimação e respectivo AR (fls. 205 e 206), entretanto, não se manifestou.

Considerando a alegação defensiva, de que em relação às infrações 3 e 4, dentre os valores exigidos se encontram débitos já parcelados e que já foram pagos, tendo sido indicados o AI nº 207090.0012/00-7 e o PARCELAMENTO Nº 65978900, afirmando que esses processos englobam diversos débitos que também são objeto da presente autuação, à fl. 214, esta JJF, converteu o presente processo em diligência à INFAZ de origem para:

1. o autuado ser intimado a apresentar a memória de cálculo e comprovar as notas fiscais incluídas no processo de parcelamento indicado nas razões de defesa.
2. ser anexada aos autos cópia dos demonstrativos elaborados no AI 207090.0012/00-7.
3. Após as duas providências anteriores, o autuante excluir do presente lançamento os valores que já constaram nos processos indicados pelo autuado nas razões de defesa.

Em atendimento ao solicitado, o autuante informou à fl. 220, que o contribuinte foi intimado pelo setor de cobrança da INFAZ Simões Filho (fl. 217), mas não atendeu à intimação. Disse, ainda, que os lançamentos constantes do presente processo não se comunicam com qualquer outro lançamento, sobretudo o Auto de Infração nº 207090.0012/00-7, e o processo de parcelamento de nº

65978900. Entende que, se o autuado não comprovou o que alegou, fica patente que houve apenas alegação sem prova material.

Considerando que a descrição da infração 4 do presente processo (fl. 175) é a mesma da primeira infração do Auto de Infração nº 207090.0012/00-7 (fls. 74 a 76), no mesmo período de apuração, e sendo indispensável o confronto dos valores exigidos no presente lançamento com o débito apurado no Auto de Infração anterior, esta JJF, deliberou converter o presente processo em nova diligência à INFAZ de origem, para o autuante excluir do presente lançamento os valores que já constaram da autuação anterior; elaborar novos demonstrativos referentes ao saldo remanescente, e fornecer cópia ao autuado, concedendo o prazo de 10 dias para o mesmo se manifestar, querendo.

Em atendimento ao solicitado, o autuante informa à fl. 227, que após o cotejamento com os dados do Auto de Infração nº 207090.0012/00-7, elaborou demonstrativo (fl. 228), referente ao saldo remanescente do ICMS recolhido a menos.

Intimado a tomar conhecimento, o autuado apresentou nova manifestação às fls. 231/232, alegando que em nenhum momento o autuante demonstrou a origem dos valores apurados, e por isso, entende que não há qualquer fundamentação que leve ao entendimento de que o autuado deve os valores remanescentes. Disse, ainda, que o Fisco pretende cobrar novamente débitos que estão contidos nos parcelamentos efetuados por meio dos processos de números 2070900012007 e 65678900, que englobam muitos dos débitos exigidos na presente autuação fiscal. Finalizou reiterando as alegações apresentadas na impugnação inicial, e pedindo a total improcedência do presente lançamento.

Através do Acórdão JJF n.º 0250-03/06, decidiu a 3.ª Junta de Julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) quanto à preliminar de nulidade, decidiu que *“as incorreções foram sanadas, sendo reaberto o prazo de defesa, e o fato comunicado ao sujeito passivo que se manifestou no prazo legal”*, tendo sido cumprido o quanto disposto no *“§ 1º, do art. 18, do RPAF/99, não houve acréscimo ao valor total do Auto de Infração, apenas desdobramento quanto aos valores indicados inicialmente como infração 01, conforme esclarecimentos prestados pelo autuante às fls. 174 e 175 dos autos, descrevendo as quatro infrações em documento que encaminhou ao autuado”*; além disso, asseverou que *“da leitura da peça defensiva, constata-se que o contribuinte entendeu perfeitamente as infrações que lhe foram imputadas e a base de cálculo do imposto exigido”*, razão pela qual *“fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99, para decretar a nulidade do Auto de Infração”*;
- b) no que tange ao pedido de realização de perícia/diligência por fiscal estranho ao feito, *“fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF/99, tendo em vista que a perícia é desnecessária em vista das provas já produzidas, e os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide”*;
- c) a primeira infração foi julgada improcedente, não integrando, pois, o Recurso Voluntário;
- d) no tocante à infração 2, diante dos documentos fiscais apresentados pelo autuado em sua impugnação (fls. 63 a 72), deve ser considerada a exigência fiscal somente em relação à NF 283, no valor de R\$30,94, posto que *“foram apresentadas as fotocópias de três notas fiscais (fls. 63, 70 e 71), por isso, considero subsistente em parte a exigência fiscal neste item”*, haja vista que não foi comprovado o crédito fiscal da citada Nota Fiscal;
- e) quanto à infração 3, decidiu o *a quo* que *“por se tratar de vendas de mercadorias não industrializadas pelo autuado, inscrito no SIMBAHIA, apesar de não poder constar destaque de ICMS, efetuou o mencionado destaque, de forma indevida, proporcionando ao adquirente a utilização do crédito fiscal”*; ressaltou, ainda, que *“em relação ao processo de parcelamento indicado nas razões de defesa, por determinação deste órgão julgador, o autuado foi infirmado a comprovar a notas fiscais incluídas no mencionado processo (fl. 218), o que*

possibilitaria a exclusão desses valores, do débito exigido no presente lançamento, mas não houve qualquer atendimento ao solicitado, conforme salientou o autuante na informação fiscal prestada à fl. 220”; outrossim, com relação “aos valores consignados no Auto de Infração anteriormente lavrado, o autuante fez a dedução no débito relativo à infração 04, tendo em vista que se trata da mesma descrição dos fatos constante da primeira infração do nº AI 207090.0012/00-7”, razão pela qual “não ficou comprovado que no levantamento fiscal foram incluídos indevidamente valores parcelados anteriormente, concluo pela subsistência da exigência fiscal, neste item da autuação fiscal”;

- f) no que diz respeito à infração 4, fundamentou a Junta o seu *decisum* no fato de que, após pedido de diligência, “o autuante informou à fl. 227, que após o cotejamento com os dados do AI 207090.0012/00-7, elaborou novo demonstrativo (fl. 228), referente ao saldo remanescente do ICMS recolhido a menos”; além disso, “embora o defendente não tenha acatado o novo demonstrativo, apresentou as mesmas alegações da impugnação inicial, argumentando que o autuante não demonstrou a origem dos valores apurados. Entretanto, o débito foi apurado inicialmente por meio do levantamento fiscal às fls. 9/10, que fornecido ao autuado, por isso, não acato a alegação defensiva. Portanto, acolhendo o novo demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 228, relativo ao saldo remanescente do ICMS recolhido a menos, fica alterado o débito exigido para R\$8.259,51. Infração subsistente em parte”.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual repisa integralmente os termos de suas peças defensivas juntadas aos autos, especialmente a de fls. 181/189, acrescentando que “Segundo a r. Decisão, a simples comprovação das notas fiscais incluídas no processo de parcelamento possibilitaria a exclusão dos valores abarcados na infração 3, no entanto, o autuado, ora recorrente não foi devidamente intimada para proceder a diligência, bem assim, com o aparato tecnológico que tem o Estado da Bahia, o autuante teria como verificar e apresentar essas notas fiscais como forma de observância da busca da verdade material”. Aduz, ainda, que “No entanto, apesar da dedução efetuada, o autuante, em nenhum momento, comprovou a origem do valor remanescente”. Outrossim, prossegue, “não cabe a alegação de que o autuante comprovou a apuração do débito através do próprio levantamento fiscal, tendo em vista que diante de todos os equívocos encontrados do dito lançamento, não restou clara para o autuado, ora recorrente, a origem desses débitos, cerceando, inclusive, o seu direito de defesa”. Ao final, pugna pela nulidade da autuação e, não sendo assim possível, pela sua improcedência em razão das ilegalidades apontadas e não explicadas na Informação Fiscal. Protesta, também, por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a diligência fiscal/perícia contábil e posterior juntada de documentos fiscais e contábeis, a fim de comprovar a manifesta improcedência do Auto de Infração em epígrafe.

O ilustre procurador da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, entendendo, inicialmente, não ter existido qualquer nulidade, uma vez que o “*presente processo administrativo percorreu todos os ditames, na norma de regência, não havendo que se falar em enquadramento em qualquer das situações previstas no RPAF, para nulidade do Auto de Infração*”. Afirma, quanto mérito, que o sujeito passivo “*não traz nenhum argumento novo, ou, ao menos, qualquer documento que elidisse a autuação, limitando-se o recorrente ao uso da contestação administrativa genérica*”. Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão proferida em Primeira Instância.

No que concerne à preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, as incorreções que existiam no Auto de Infração foram devidamente sanadas quando da instrução processual, inclusive com a reabertura do prazo de defesa, comunicando-se o fato ao sujeito passivo que se manifestou no prazo legal.

Por tal razão, entendo que restou adimplido o comando legal albergado no § 1º, do art. 18, do RPAF/99, salientando que inexistiu qualquer acréscimo ao valor total do Auto de Infração, mas, tão-somente, desdobramento quanto aos valores indicados inicialmente como infração 1, à luz dos esclarecimentos prestados pelo autuante às fls. 174 e 175 dos autos, descrevendo as quatro infrações em documento que encaminhou ao autuado.

Ademais, o contribuinte entendeu de forma escorreita as infrações que lhe foram imputadas e a base de cálculo do imposto exigido, razão pela qual rejeito a preliminar de nulidade invocada na peça recursal.

Pari passu, no tocante ao pedido de realização de perícia/diligência por fiscal estranho ao feito, indeferi-o com espeque no quanto disposto no art. 147, I e II, do RPAF/99, posto que entendo ser desnecessária a sua produção, em face das provas elementos contidos nos autos.

Quanto à infração 2, mantém-se a exigência fiscal da NF 283, no valor de R\$30,94, uma vez que, ao contrário do que ocorreu em relação às outras notas fiscais que integram a presente autuação, ficou-se inerte o recorrente em comprovar o crédito fiscal da citada Nota Fiscal.

De igual forma, deve ser mantida integralmente a infração 3. Isso porque, apesar de se tratarem de vendas de mercadorias não industrializadas, nas quais não pode constar destaque de ICMS, o recorrente, inscrito no SIMBAHIA, realizou o mencionado destaque, proporcionando ao adquirente das mercadorias a utilização do crédito fiscal.

Acresça-se a isso o fato de que no que se refere ao processo de parcelamento mencionado, também ficou silente o recorrente em demonstrar quais seriam as notas fiscais que teriam sido incluídas no mencionado processo, possibilitando a exclusão dos valores da autuação.

Por fim, de referência à infração 4, também objeto de irrisignação por parte do recorrente, deve ser acatado o novo demonstrativo elaborado pelo autuante em primeira instância, visto que não se desincumbiu o recorrente do ônus de elidir os novos valores, limitando-se a alegar que o referido fiscal não demonstrou a origem dos valores apurados. Ocorre que, como asseverado na Decisão recorrida, o débito foi apurado inicialmente por meio do levantamento fiscal às fls. 9/10, que foi fornecido ao autuado, razão pela qual não merece guarida a alegação defensiva.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, com fulcro no Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206847.0008/03-2, lavrado contra **ALIBOM INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.886,09**, sendo R\$6.909,35, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$6.282,77 e 60% sobre R\$626,58, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos I, “b”, item 3; VII, “a” e II, “c” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$1.976,74, acrescido da multa de 50%, prevista no inciso I alínea “b”, item 3, do mesmo artigo e mencionada Lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REP. PGE/PROFIS