

A. I. Nº - 207140.0022/04-4
AUTUADO - UNILEVER BRASIL LTDA
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 18/05/06

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0169-03/06

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. O presente lançamento de ofício trata de quatro impetrações envolvendo a prática de estorno de crédito fiscal em desacordo com a legislação tributária. Os itens 1º e 2º referem-se a utilização do benefício previsto pelo Decreto nº 7.999/00 estando, porém, cancelado o Termo de Acordo decorrente de regime especial anteriormente concedido. Impossibilidade de retroatividade de novo Termo de Acordo para alcançar fatos pretéritos. Excluído parte do débito pertinente ao 1º item por já esta incluso e denúncia espontânea de débito ingressada antes de iniciado o procedimento fiscal. Já os itens 3º e 4º tratam de estorno de débito envolvendo operações interestaduais em desacordo com os Decretos nº 7.488/98 e 7.999/00. O contribuinte comprovou a insubsistência do item 3º da autuação e parcialmente o item 4º. Rejeitado as preliminares de nulidades e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 26/01/05, exige ICMS no valor de R\$1.817.657,21 acrescido das multas de 60%, referente a:

01. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto. Consta, na descrição dos fatos que o contribuinte utilizou indevidamente o benefício previsto no Dec. 7.999/00, ao efetuar estornos de débito do ICMS, em valor equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizou, com mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único do mencionado Decreto, após o seu desenquadramento do tratamento tributário, por iniciativa do Fisco, precedida de denúncia do Termo de Acordo - R\$150.438,69 (04 e 05/2002).

02. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto. Consta, na descrição dos fatos que o contribuinte utilizou indevidamente o benefício previsto no Dec. 7.999/00, ao efetuar estornos de débito do ICMS, em valor equivalente a 47,176% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizou com mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único do mencionado Decreto, após o seu desenquadramento do tratamento tributário por iniciativa do Fisco, precedida de denúncia do Termo de Acordo - R\$1.005.301,89 (04 e 05/2002).

03. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto. Consta, na descrição dos fatos que o contribuinte efetuou estorno de débitos de ICMS, quando das operações

interestaduais de saída de mercadorias em valor maior que o permitido pelo Dec. 7.488/98 - R\$5.230,76 (02, 03 e 04/2000).

04. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto. Consta, na descrição dos fatos que o contribuinte efetuou estorno de débitos de ICMS, quando das operações interestaduais de saída de mercadorias em valor maior que o permitido pelo Dec. 7.999/00 - R\$656.685,87 (05/2000 a 03/2002).

O autuado, na defesa apresentada (fls. 54 a 98), por meio de advogado, preliminarmente esclarece que exerce atividade de produção e comercialização em todo mercado nacional, exercendo um controle rigoroso sobre as suas obrigações tributárias, mas que é obrigada a se ocupar com defesas de cobranças de créditos tributários indevidamente constituídos. Comenta as infrações que lhe foram imputadas e diz que a lavratura do Auto de Infração vai de encontro aos princípios constitucionais relativos à mecânica fiscal do ICMS, conforme passou a expor.

Destaca que os encargos de mora exigidos apurados com base na taxa do Sistema de Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) é excessivo e desproporcional. Discorre sobre os juros remuneratórios, indenizatórios e moratórios, transcreve os artigos do Código Tributário Nacional (CTN) que tratam de juros (fl. 62) e diz que a exemplo do art. 59 da Lei 8.383/91 (fl.69) e art. 161 do CTN (fl. 70), os juros de mora não podem ser superior a 1% ao mês. Apresenta uma tabela comparativa sobre a evolução da Taxa Selic, IPC da FGV e da FIPE no ano de 1988 para demonstrar que a primeira atingiu um índice acumulado de 28,78%, enquanto as demais atingiram índices de 1,67% e 1,79% respectivamente. Transcreve a ementa do Recurso Especial nº 193.681, no qual foi decidido pela utilização indevida da Taxa Selic, por constituir um aumento de carga tributária, nos termos do art. 150 da CF. Conclui esta linha de raciocínio, afirmando que a utilização da Taxa Selic para fins de apuração de juros de mora fiscal é abusiva, inadequada, extrapola o limite legal admitido, de 1% ao mês, ferindo o princípio constitucional de igualdade previstos nos art. 5º e 150 da Constituição Federal.

No mérito, diz que em relação às infrações 1 e 2, foi exigido ICMS relativo a estorno indevido de crédito fiscal em virtude do cancelamento do Regime Especial nº 0286820025 (fl. 122), mas que em 24/01/03 lhe foi concedido novo Termo de Regime Especial nº 24887820029 (fl. 125), que no seu entendimento estende os benefícios do diferimentos às operações listadas no Auto de Infração. Ressalta que o Regime Especial se enquadra com norma complementar de direito tributário, ao teor do art. 101, I do CTN e o disposto no art. 106 do citado diploma legal, que transcreveu à fl. Afirma que no seu entendimento há retroatividade da lei tributária por ser benigna e que tem direito a usufruir do benefício fiscal no período fiscalizado pelo novo Regime Especial que lhe foi concedido.

Transcreve trechos de publicações dos doutrinadores Valdir de Oliveira Rocha, Celso Ribeiro Bastos, para reforçar o seu posicionamento quanto a aplicação retroativa da lei e reproduz ementas dos Recursos Especiais de nº 190.750.SP e 98.02.17901-9.RJ (fl. 82 e 83), nos quais foram decididos pela aplicação de leis mais benéficas.

Quanto às infrações 3 e 4, diz que nas planilhas em que o autuante indicou os valores devidos, não foram considerados os recolhimentos efetuados relativos ao período fiscalizado, conforme cópia dos documentos juntados às fls. 129 a 141. Destaca que recolheu “espontaneamente valores superiores aos apontados” pelo autuante, exceto nos meses de julho, outubro e novembro de 2000 e junho, agosto e setembro de 2001 e abril de 2002, conforme demonstrativo constante da fl. 84. Alega que as diferenças apontadas pelo autuante, decorrem da não consideração dos créditos fiscais relativos às operações com Código Fiscal de Operações (CFOP) 6.73 e 6.99, conforme documentos juntados às fls. 143 a 169, e que se considerados resulta em valor devido inferior ao que foi recolhido pelo impugnante.

Discorre sobre a legislação tributária acerca da Denúncia Espontânea, transcreve o art. 138 do CTN (fl. 85); trechos de autoria dos professores Roque Antônio Carrazza e Hugo de Brito Machado; diversas decisões de Tribunais Superiores para reforçar o seu posicionamento de que a utilização do mecanismo da denúncia espontânea exclui a aplicação de multas. Afirma que, para não restar qualquer dúvida, o impugnante em 13/12/02, apresentou à Secretaria da Fazenda uma denúncia espontânea relativo ao recolhimento do ICMS referente ao período de fevereiro de 2000 a maio de 2002, antes do início de qualquer processo fiscalizatório, conforme cópias de documentos acostados às fls. 162 a 167, o que no seu entendimento isenta do pagamento de encargos moratórios quanto ao pagamento espontâneo do crédito tributário.

Afirma que tendo utilizado o benefício da denúncia espontânea, não cabe a aplicação da multa de 60% indicada na autuação, e que mesmo assim, a multa tipificada no art. 42, II, “F” da Lei 7.014/96, que transcreveu à fl. 92, é indevida por não ter descumprido a obrigação principal em relação às infrações 1 e 2, já que usufruiu da retroatividade do novo regime especial que lhe foi concedido e pela apresentação dos comprovantes de pagamento do imposto em relação à infrações 3 e 4.

Invoca, ainda, a seu favor, a aplicação do disposto no art. 138-B, I do RICMS/BA, o qual estabelece que sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes a 0,11% ao dia, limitados a 10%, mais a taxa SELIC acumulada até o último dia do mês anterior ao pagamento e 1% relativo ao mês em que o pagamento for efetuado.

Ressalta que não causou prejuízo ao Erário Público, transcreve decisões neste sentido de Tribunais Superiores e Conselho Administrativo do Estado de Goiás, que agiu de boa fé, de forma transparente e requer a dispensa do pagamento da multa punitiva.

Formulou às fls. 96 e 97, diversos quesitos, nos termos do art. 8º do RPAF/BA e requer que seja deferida perícia para responder aos quesitos formulados. Indicou endereço para encaminhamento de correspondências, protesta pela juntada posterior de documentos faltantes e requer a improcedência da autuação.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 169 a 173, inicialmente discorre sobre as infrações e ressalta que foram separadas as infrações 3 e 4 em função do período de vigência dos Dec. 7.488/89, de 29/12/89 a 10/05/00 e o Dec. 7.799/00, com vigência a partir de 10/05/00.

Comenta os argumentos defensivos apresentados, e diz que a aplicação da Taxa Selic na apuração dos débitos tributários é legal, conforme previsto no art. 138-B do RICMS/BA, citado pelo próprio impugnante. Afirma que não cabe à instância administrativa apreciar a constitucionalidade alegada quanto à aplicação da Taxa Selic na atualização do débito tributário, o que no seu entendimento, remete a lide ao Poder Judiciário.

No mérito, em relação às infrações 1 e 2, afirma que o autuado foi cientificado da cassação do Termo de Acordo e Compromisso pela Administração Tributária Estadual em 09/04/02, conforme cópia dos documentos acostados às fls. 122 e 123, e que os valores exigidos na autuação se referem a operações de comercialização realizada nos meses de março e abril de 2002, quando não podia mais utilizar os benefícios previstos no Dec. 7799/00.

Quanto ao argumento defensivo de que os benefícios contidos no Termo de Acordo celebrado em 24/01/03 devem retroagir ao período fiscalizado, rebate dizendo que conforme disposto no art. 7º do mencionado Decreto, a fruição dos benefícios nele previstos é condicionado à assinatura do Termo de Acordo e Compromisso entre o autuado e o Departamento de Administração Tributária, e não há do que se falar retroatividade benigna da lei, visto que foi cancelado o regime especial anteriormente concedido, motivo pelo qual mantém as duas primeiras infrações.

Em relação às infrações 3 e 4, diz que se trata de lançamento de estornos de débitos em percentuais superiores aos previstos nos Decretos 7.488/98 e 7.799/00. Diz que se realmente o valor

denunciado for relativo ao período fiscalizado, deve ser considerado improcedente as mencionadas infrações, mas que não ficou comprovado com a defesa, a vinculação da Denúncia Espontânea (DE) com a infração apontada, ou seja que o contribuinte não demonstrou que os valores recolhidos por meio da DE, se referem efetivamente aos estornos de débitos do ICMS, que foram objeto da autuação.

Em relação ao argumento defensivo de que não levou em consideração os créditos fiscais das operações com CFOPS 6.73 e 6.99, destaca que:

- a) o primeiro se refere a operações interestaduais de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros em operações sujeitas ao regime de substituição tributária;
- b) o segundo é relativo a outras saídas e/ou serviços interestaduais não especificados e não vinculados à comercialização.

Ressalta que o art. 4º do Dec. 7.799/00 restringe ao usufruto dos benefícios às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e que as operações com o CFOPS 6.99, não são destinadas a contribuintes do ICMS. Conclui que não há como justificar as diferenças a maior ou a menor do ICMS recolhido espontaneamente e dos valores apurados.

Salienta que a diferença apurada pela fiscalização refere-se ao estorno de débito escriturado no livro de Apuração do ICMS (RAICMS), relativo às operações interestaduais com aplicação do percentual de 16,667% e códigos CFOPS 6.12 e 6.22, enquanto a DE nº 6000005638022 de 17/02/02 engloba o período de 02/00 a 05/02. Diz que os valores apurados e recolhidos espontaneamente pelo autuado diferem dos resultados obtidos pela fiscalização. Esclarece que intimou o autuado para apresentar a memória de cálculo para comprovar a vinculação entre o valor recolhido espontaneamente e o estorno de débito objeto da autuação, no entanto, o autuado peticionou requerimento pedindo prazo de vinte dias para entregar os documentos, conforme documento juntado à fl. 182.

Alega que deve prevalecer o princípio da verdade material e não tendo o autuado comprovado a vinculação da DE com a autuação, deve conduzir a veracidade da infração e requer que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente, nos termos do art. 142 do RPAF/99.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal, conforme documento acostado à fl. 190. O autuado manifestou-se às fls. 193 a 235, reiterando os argumentos da defesa inicial, e juntou às fl. 238 a 530, um demonstrativo relativo aos valores apurados do ICMS incluídos na DE, cuja cópia foi acostada às fls. 162 a 167.

Instado a manifestar-se sobre os documentos juntados pelo autuado, o autuante produziu nova informação fiscal juntada às fls. 532 a 536, reiterou parte dos argumentos apresentados na primeira informação fiscal e disse que a vista dos documentos juntados pelo autuado às fls. 190 a 232, não foi demonstrado que os valores constantes da DE se referem aos indicados na autuação.

Afirma que da análise dos demonstrativos apresentados, constatou que os valores recolhidos por meio da DE, referem-se a retornos e devoluções que não teriam sido deduzidos das operações de saídas. Ressalta que os fatos geradores dos estornos de débitos do período de 02/00 a 05/02, não guardam relação com os demonstrativos analíticos referentes ao mesmo período fiscalizado.

Destaca que por cautela, elaborou um novo demonstrativo, excluindo os valores recolhidos através de DE relativos às infrações 3 e 4, no caso de ser acolhido o argumento defensivo.

Quanto à infração 1, salienta que se trata de estorno indevido de débito de ICMS relativo à operações interestaduais de saídas de mercadorias, em função da cassação do regime especial e que se acolhido o reconhecimento da DE como atinentes aos estornos de débito de ICMS lançados na escrita fiscal em valores maior que o permitido, o débito relativo ao item 1, passaria para

R\$53.811,01; o item 2, procedente no valor de R\$1.005.301,89; o item 3, improcedente e o item 4, reduzido para R\$19.023,80, reduzindo o débito total para R\$1.078.136,70.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da nova informação fiscal produzida pelo autuante, conforme documento juntado à fl. 543. O autuado manifestou-se às fls. 545 a 546, comentou os ajustes promovidos pelo autuante e pediu que o Auto de Infração seja julgado nulo, tendo em vista as inconsistências nele contidas, e caso o CONSEF assim não entenda, o que admite apenas a título de argumentação, resulta a lide, no limite do montante de R\$1.078.136,70.

Finaliza ratificando sua defesa inicial e pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Esta JJF, na Sessão de 18/05/05, decidiu converter este PAF em diligência (fl. 551) à fiscal estranho ao feito, para que:

- a) intimasse o autuado a apresentar a memória de cálculo dos valores objeto da DE 6000005638022 (fls. 174 a 179);
- b) analisasse a vinculação entre os valores recolhidos espontaneamente e os valores exigidos nesta autuação;
- c) verificasse a pertinência entre as operações com CFOP 6.73 e 6.99 do período fiscalizado com as infrações 3 e 4;
- d) se possível, respondesse os quesitos formulados pelo autuado na sua peça defensiva.

Caso houvesse comprovações, refizesse os levantamentos fiscais, elaborando novo demonstrativo de débito, devendo após estas providências, a Inspetoria Fazendária intimar o autuado para tomar conhecimento sobre o resultado da diligência, fornecendo cópias dos documentos juntados ao processo e concedesse dez dias para se manifestar, caso quisesse.

O autuante, intimou o autuado para apresentar os demonstrativos relativos a memória de cálculo da DE acima mencionada, bem como as notas fiscais referentes às operações de saídas com os CFOPS 6.73 e 6.99, conforme documento juntado à fl. 555 e 556. Destacou que as operações com os CFOPs mencionados não se coaduna com as infrações da autuação e que os valores contidos na DE feita pelo contribuinte em 17/02/02, não permite identificar uma correlação com os estornos de débitos lançados na sua escrituração.

O autuado manifestou-se às fls. 557 a 559, esclarecendo que no período fiscalizado segregava as operações entre duas divisões existentes na empresa, LEVER (limpeza de casa) e ELIDA GIBS (higiene pessoal), o que resulta em relatórios produzidos com valores individualizados por divisão.

Ressalta que a título de amostragem, o demonstrativo juntado à fl. 238, relativo ao mês de abril/00 é composto do valor lançado no apuração de R\$28.774,20, que deduzidos os retornos e devoluções resulta em crédito devido de R\$26.746,29 e diferença a ser recolhida de R\$2.027,91. Indicou à fl. 558, diversas folhas de demonstrativos acostados ao processo, com os valores dos créditos outorgados às divisões LEVER e ELIDA, bem como os estornos relativos a devoluções de clientes por divisão.

Diz que efetuando os cálculos mensais e deduzindo os retornos, cancelamentos e devoluções, encontram-se os valores constantes do resumo indicado na fl. 238 do processo. Ressalta que embora não esteja previsto em Convênio, o “impugnante mensalmente abate do valor apurado do crédito outorgado as devoluções, retornos de clientes, uma vez que, entende que, se assim não proceder estaria lesando o erário Estadual”.

Afirma que em relação às operações com os códigos CFOPs 6.73 e 6.99, não incorporam a base de cálculo dos estornos de débitos das operações interestaduais e tampouco foram objeto da denúncia espontânea.

Finaliza dizendo que protesta pela apresentação de provas materiais, com juntada ao processo de cópias de notas fiscais constante dos demonstrativos, por amostragem, para comprovar que as operações que geraram a denúncia espontânea foram às mesmas objeto das infrações 3 e 4 desta autuação.

O autuante manifestou-se às fls. 560 a 563, comenta inicialmente as alegações defensivas, contestação, e quanto à diligência realizada esclarece que:

- 1) em atendimento à intimação constante das fls. 505 e 506, o autuado esclareceu que a memória de cálculo da DE está inserta nos documentos juntados às fls. 238 a 530. “De fato, para obter-se a composição dos valores constantes da fl. 238, que coincidem com os valores da D.E., bastaria somar os valores dos estornos de débitos lançados a maior nas operações de saídas interestaduais dos produtos de limpeza (LEVER) com os produtos de higiene pessoal (ELIDA GIBS) e estornar os créditos respectivos, nos casos de retornos e/ou devoluções”;
- 2) em relação às operações interestaduais com o CFOPS 6.73 e 6.99, diz que constatou se tratar de operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e de pallets, que não fizeram parte da base de cálculo dos estornos de débitos das operações interestaduais e que também não foram objeto da DE, em questão;
- 3) reconhece que a DE 60000005638022 (fl. 174 a 179) refere-se aos estornos de débito do ICMS lançados na escrita fiscal em valores superiores aos permitidos pelo Dec. 7488/89 e 7999/00, relativo a operações interestaduais que foram objetos da autuação, dos itens 3 e 4. No entanto, salienta que a mencionada DE, não extingue totalmente o débito relativo às infrações 3 e 4, conforme documentos juntados às fls. 537 a 542, restando diferenças relativas aos meses de outubro/00; maio, junho a novembro/01 e março/02, resultando em débito de R\$19.023,80, de acordo com o demonstrativo acostado à fl. 538;
- 4) salienta que em relação aos meses de abril e maio/02, os valores recolhidos espontaneamente foram alocados para o item 1 do Auto de Infração, o que reduz o valor exigido para R\$53.811,01 (fl. 537).

Afirma que o autuado foi intimado para apresentar a memória de cálculo dos valores incluídos na DE, e demonstrou em parte a vinculação entre os valores recolhidos espontaneamente e as exigidas na autuação nas infrações 1, 3 e 4, ressaltando que a infração 2 e as operações com os CFOPS 6.73 e 6.99 não foram objeto da DE.

Quanto aos quesitos formulados pelo autuado, esclarece que:

- a) as operações com os CFOPs 6.73 e 6.99 tratam de saídas interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e de pallets;
- b) os recolhimentos espontâneos não tem vinculação com aquelas operações;
- c) no momento da autuação, não tinha sido demonstrado a vinculação da DE com as infrações 1, 3 e 4;
- d) ao analisar a documentação apresentada na defesa, reconhece que comprova o recolhimento do imposto por meio da DE, mas que não são suficientes para liquidar o débito tributário exigido na autuação, conforme documentos acostados às fls. 537 a 542.

Conclui dizendo que a diligência comprovou a vinculação das operações interestaduais com a DE apresentada pelo autuado, devendo ser reduzido o ICMS exigido para o valor de R\$1.078.136,70, conforme documentos juntados às fls. 537 e 538.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 687), tendo se manifestado às fls. 691/692 e diz que apresenta “relatório por nota fiscal e planilha resumo das divergências que conferem os valores recolhidos em 12/12/2002, referente ao item 3 e 4 do auto de infração”, para tentar provar que os valores lançados no registro de apuração, com as deduções dos cancelamentos, devoluções está de acordo com a diferença recolhida, tendo juntado demonstrativo às fls. 696 a 773.

O autuante manifestou-se às fls. 777 e 778, acerca do pronunciamento do autuado e disse que as infrações 3 e 4 tratam de estornos de débitos do ICMS incidentes nas saídas interestaduais de mercadorias relacionadas com os códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 dos Anexos Únicos dos Decretos 7.488/89 e 7.799/00. Com relação aos estornos procedidos pelo autuado ressaltou que:

- 1) no período de fevereiro/00 a março/02, afirma que o valor dos estornos de débitos foram superiores ao percentual de 16,667% sobre o valor do imposto incidente sobre aquelas operações;
- 2) da análise das planilhas juntadas pelo autuado às fls. 696 a 775, constatou que o autuado ao efetuar os estornos de débito, aplicou um percentual de 2% sobre o valor da base de cálculo das operações de saídas interestaduais, em vez de aplicar 16,667% sobre o imposto devido daquelas operações.

Conclui afirmando que fica confirmado o resultado da diligência efetuada, conforme documentos juntados às fls. 560 a 563, com suporte dos documentos acostados às fls. 537 a 542.

O autuado foi cientificado da manifestação do autuante (fl. 785), e manifestou-se às fls. 787 a 794, dizendo que o autuante tendo reconhecido inicialmente uma redução do débito impugnado, requereu a nulidade da autuação, tendo em vista a sua inconsistência, conforme admitido pelo autuante.

Afirma que diante da afirmação do autuante de que efetuou estornos de débitos em valores superiores aos permitidos, apresentou planilhas para tentar comprovar que o imposto foi recolhido em conformidade com a legislação vigente. Diz que diante das planilhas apresentadas pelo autuante relativo às infrações 3 e 4, não foram considerados os recolhimentos efetuados pela impugnante, o que pode ser constatado pelos documentos de arrecadação apresentados quitados, tendo inclusive recolhido em alguns períodos valores superiores aos apontados pelo autuante.

Alega que, como exceção à afirmativa acima, “os recolhimentos referentes aos vencimentos abaixo foram recolhidos em montante inferior ao lançado pelo Sr. Agente Fiscal em sua autuação, conforme planilha acostada à Réplica apresentada pela Impugnante. Entretanto, a divergência de valores apresentada em tal planilha não se deu por falha da Impugnante, já que esta apurou e efetuou os recolhimentos devidos de maneira correta”. Ressalta que a diferença existente entre o que foi recolhido e o que foi lançado na autuação constitui um equívoco por parte do autuante que “deixou de considerar, sem motivo aparente, os créditos provenientes das operações com os CFOPs 6.73 e 6.99”, que se considerados chega-se a um valor inferior ao que foi recolhido pelo autuado.

Salienta que tendo declarado espontaneamente os impostos que deixaram de ser recolhidos no prazo devido, nos termos do art. 138 do CTN, que transcreveu à fl. 790, deve ser dispensado de qualquer penalidade imposta por meio de auto de infração, conforme faz prova a cópia da DE juntada ao processo, que foi protocolada em 13/12/02, antes de qualquer procedimento fiscal.

Destaca que não cabe a aplicação da multa de 60%, indicada na autuação, nos termos do art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, haja vista que não houve descumprimento de qualquer obrigação principal, conforme guias quitadas referentes às infrações 3 e 4, e também que o texto do dispositivo da multa indicada diz que deve ser aplicado na “hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei, mas que o art. 138-B, I do RICMS/BA, disciplina que a partir de janeiro de 2001, sobre os débitos denunciados espontaneamente incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes a 0,11% ao dia, limitados a 10%, atualizado pela Taxa Selic.

Ressalta que deve ser afastada a aplicação da multa de 60%, por ausência de fundamento legal, admitindo que seria correto a aplicação de uma multa de 10% a impugnante.

Por fim, diz que conforme exaustivamente explanado em linhas anteriores, as operações relacionadas na autuação estavam acobertadas por documentos fiscais, as quais foram tributadas regularmente, não causando qualquer prejuízo ao Erário Estadual, além de ter agido de boa-fé, o que no seu entendimento determina a exclusão da multa punitiva que lhe foi imposta. Requer que a autuação seja julgada totalmente improcedente.

VOTO

O autuado ao se manifestar sobre a informação fiscal suscitou a nulidade da autuação, sob o argumento de que a mesma continha inconsistências, conforme admitido pelo autuante. Rejeito tal pretensão, tendo em vista que em diligência determinada por esta Junta foram saneadas as inconsistências apontadas, ao teor do art. 18, § 1º do RPAF/BA, tendo sido dado conhecimento ao sujeito passivo, fornecido cópia dos novos elementos juntados aos autos e concedido prazo para se manifestar.

Em relação à nulidade suscitada, sob a alegação de que é inconstitucional a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC. Constatou que este procedimento é previsto nos art. 102, § 2º, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB), portanto é legal, motivo pelo qual não acato. Quanto a sua inconstitucionalidade, ressalto que este órgão julgador não pode declarar a inconstitucionalidade da legislação do Estado (art. 167 do RPAF/BA), o que remete esta questão para ser discutida no âmbito do Poder Judiciário.

Consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido, também, o pedido formulado pelo defensor para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive com a realização das diligências fiscais efetuadas, determinadas por este órgão julgador.

No mérito, o Auto de Infração acusa a empresa de ter efetuado estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto, em decorrência de ter sido desenquadrado do tratamento tributário previsto no Dec. 7.999/00 (infrações 1, 2 e 3), além de ter efetuado estorno de débito em valor maior que o permitido pelo Dec. 7.999/00 (infração 4).

Nas infrações 1 e 2, foi exigido ICMS relativo a estorno indevido de crédito fiscal por ter sido cancelado o Regime Especial nº 0286820025 (fl. 122). O autuado argumentou que tendo sido concedido novo Termo de Regime Especial nº 24887820029 em 24/01/03 (fl. 125), no seu entendimento os benefícios do novo regime concedido deve ser estendido às operações listadas no Auto de Infração, de forma retroativa, alcançando as operações contidas no Auto de Infração do período fiscalizado (abril e maio/02). Tal argumento não pode ser acatado, tendo em vista que os benefícios fiscais previstos pelo Decreto 7.799/00, só podem ser usufruídos a partir da data da celebração do Termo de Acordo firmado entre o Estado e o contribuinte, conforme disposto no art. 7º do mencionado diploma legal. Ademais, o parágrafo único do citado dispositivo legal, estabelece restrições para a celebração do mencionado Termo, caso o contribuinte se encontre em situação irregular perante o fisco estadual.

Quanto à infração 1, relativo ao estorno de débito indevido sob operações interestaduais, constato que, inicialmente, o autuante exigiu o valor integral do estorno de débito escriturado no valor de R\$79.953,19 no mês de abril/02 e R\$70.485,50 no mês de maio/02, em decorrência de ter sido cancelado o Regime Especial concedido à empresa. Junto com a defesa o autuado apresentou cópia da Denúncia Espontânea (fl. 165), na qual foram inclusos os valores de R\$49.999,50 e R\$46.628,19, que foram recolhidos espontaneamente conforme cópia dos documentos acostados à fl. 141, relativo àqueles meses e o autuante, na nova informação fiscal prestada refez o demonstrativo e considerou os valores comprovadamente recolhidos, conforme documento juntado à fl. 542.

Pelo exposto, não tendo o autuado apresentado qualquer documento que comprovasse o pagamento dos valores remanescentes indicado pelo autuante, ficam mantidos os valores de R\$29.953,69 e R\$23.857,32, relativos aos meses de abril e maio/02, conforme demonstrativos acostados pelo autuante às fls. 537 a 542.

Em relação à infração 2, relativo a estorno de débito indevido sob operações internas, assim como ocorreu na primeira infração, conforme demonstrativo juntado à fl. 11, o autuante exigiu o valor integral do estorno de débito escriturado no mês de abril/02, no valor de R\$464.281,75 e R\$541.020,14 no mês de maio/02, em decorrência de ter sido cancelado o Regime Especial concedido à empresa.

Quanto ao argumento defensivo de que o impugnante celebrou um novo Termo de Regime Especial, em 24/01/03, para usufruir dos benefícios previstos no Dec. 7.799/00 e que deveria retroagir para ter vigência no período autuado, não pode ser acatado, de acordo com o que foi apreciado na primeira infração.

Conforme documento juntado pelo defendant às fls. 123 e 124, no período fiscalizado, a Administração Tributária Estadual revogou o Termo de Acordo celebrado anteriormente com o contribuinte e dessa forma, a empresa não poderia utilizar os benefícios da redução da base de cálculo em 41,176% nas operações internas, previstas no Dec. 7.799/00, e tendo isso ocorrido, ficou caracterizada a infração apontada na autuação, devendo ser mantidos integralmente os valores exigidos na infração 2, totalizando R\$1.005.301,89.

Quanto à infração 3, relativa a estorno de débito efetuado a maior que o permitido pelo Dec. 7.488/98 nos meses de fevereiro, março e abril/00, constato que o autuante inicialmente elaborou o demonstrativo juntado à fl. 11, no qual indicou as diferenças devidas. Tendo o autuado juntado com a defesa a cópia da DE (fl. 163 a 167) e comprovantes de pagamentos (fls. 128 e 129), o autuante na revisão fiscal, refez o demonstrativo original e apresentou novo demonstrativo à fl. 539, acatando todos os valores comprovados pelo defendant, o que neutralizou o débito exigido.

Pelo exposto, restou comprovado que os valores exigidos nesta infração foram recolhidos espontaneamente antes do início da ação fiscal e não havendo qualquer controvérsia, considero insubstancial a infração 3.

No tocante à infração 4, referente a estorno de débito realizado a maior que o permitido pelo Dec. 7.799/00, conforme demonstrativo acostado pelo autuante às fls. 11 a 13, o autuado, no momento da apresentação da defesa alegou que:

- 1) o autuante não considerou os valores recolhidos espontaneamente, conforme cópia dos documentos juntados às fls. 129 a 141;
- 2) as diferenças apontadas pelo autuante, decorreram da não consideração dos créditos fiscais relativos às operações com Código Fiscal de Operações (CFOP) 6.73 e 6.99, que se considerados resultaria em valor devido inferior ao que foi recolhido pelo impugnante.

O autuante, com relação à primeira alegação, em atendimento a diligência determinada por esta Junta, refez o demonstrativo original (fl. 539 a 541), deduzindo os valores recolhidos por meio de DE, indicando valor resultante devido de R\$19.023,80 (fl. 538), em vez do valor original exigido de R\$656.685,87.

Quanto ao argumento defensivo de que não levou em consideração os créditos fiscais das operações com CFOPs 6.73 e 6.99, o autuante esclareceu dizendo que o primeiro se refere a operações interestaduais de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros em operações sujeitas ao regime de substituição tributária e o segundo é relativo a outras saídas e/ou serviços interestaduais não especificados e não vinculados à comercialização, que ambos não foram objeto da ação fiscal e nem fizeram parte da DE.

Da análise dos documentos acostados ao processo, verifico que:

- I. no demonstrativo refeito pelo autuante às fls. 539 a 542, foi apurado o valor do estorno relativo às operações com CFOPs 6.11, 6.12, 6.17 e 6.22 e comparado com o valor do estorno lançado pelo contribuinte no livro de Apuração do ICMS, nos meses em que apurou “Estorno Indevido”, o autuante deduziu o valor denunciado espontaneamente a cada mês, exigindo o ICMS, no mês em que o resultado foi desfavorável à empresa.
- II. As cópias das notas fiscais juntadas pelo autuante às fls. 564 a 680, indicam que as operações com CFOPs 6.73 tratam de operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

“O art. 2º do Dec. 7.799/00 estabelece que:

Art. 2º. Nas saídas interestaduais o contribuinte lançará a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% do valor do imposto destacado no documento fiscal.

Art. 3º. O disposto nos artigos 1º e 2º não se aplica às operações:

(...)

II – com mercadorias enquadradas na substituição tributária.”

Por tudo que foi exposto, constato que em relação à alegação defensiva de que na autuação não foram considerados os valores recolhidos espontaneamente, o autuante refez o demonstrativo original, acatando os valores que foram comprovadamente pagos espontaneamente na DE (fl. 539 a 541) e, mesmo assim, resultou em valor devido, o que atende em parte do pleito do impugnante, reduzindo o valor do débito.

Quanto à alegação defensiva de que não foram considerados, na apuração do estorno pela fiscalização do valor das operações com o CFOPs 6.73, verifico que não tendo sido indicado os CFOPs no demonstrativo original, o autuante indicou os CFOPs no demonstrativo refeito (fls. 539 a 542), nos quais não foram inclusos as operações com códigos 6.73 e 6.99. Em relação às primeiras operações, conforme disposto no art. 3º II do Dec. 7.799/00, no cálculo da redução de base de cálculo não é prevista o usufruto dos benefícios às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

O autuante alegou na informação fiscal que percebeu que o autuado apurou o estorno de débito com a aplicação de 2% sobre a base de cálculo dos documentos fiscais, quando o correto seria o valor equivalente a 16,667% aplicado sobre o valor do ICMS, conforme prevê no art. 2º do Dec. 7.799/00.

Numa análise pormenorizada dos documentos apresentados pelo defendant, para tentar provar a regularidade do estorno de débito escriturado, verifico que em relação ao mês de junho/01:

- a) relativo a divisão EG, foi indicado “Valor base” de R\$340.143,27 e estorno de R\$6.802,87, conforme documento juntado à fl. 718.
- b) relativo a divisão LEVER, foi indicado “Valor base” de R\$652.030,65 e estorno de R\$13.040,61, conforme documento juntado à fl. 720.

Constato que os valores dos estornos indicados pelo contribuinte correspondem efetivamente a 2% sobre um valor que não corresponde ao ICMS, em desacordo com o previsto no mencionado diploma legal. Não foram juntadas com a defesa as cópias do livro RAICMS deste mês entre as fls. 155 e 156, mês em que foi apurada a maior diferença de valor do período fiscalizado, no valor de R\$11.363,32 (fl. 541).

Feita a mesma análise em relação ao mês de maio/01, o autuado indicou “Valor base” de R\$574.783,95 e estorno de R\$11.495,68 relativo a divisão EG (fl. 709) e “Valor base” de R\$844.100,97 e estorno de débito de R\$16.882,02, relativo a divisão LEVER (fl. 713), o que resulta em somatório do estorno totalizando R\$28.377,70. Confrontando com o demonstrativo elaborado com o autuante (fl. 540), relativo este mês, contemplando as operações com código 6.12 e 6.22, verifico que o autuante indicou valor do estorno de R\$28.323,19, conforme previsto no Dec. 7.799/00, valor este próximo do apurado pelo contribuinte, porém no livro RAICMS foi escriturado estorno de débito de R\$69.107,51 o que resultou em estorno indevido de R\$40.784,32, enquanto foi recolhido espontaneamente o valor indicado na DE de R\$40.748,17, resultando diferença devida de R\$36,15.

Pelo acima exposto, concluo que estão corretos os valores apurados pelo autuante, e acato seus demonstrativos juntados às fls. 539 a 541, indicados como devidos o valor de R\$19.023,80, correspondente à infração 4, conforme indicado no demonstrativo de débito constante da fl. 538.

Quanto ao pedido do autuado de que deve ser aplicado o disposto no art. 138-B, I do RICMS/BA, sobre os débitos denunciados espontaneamente, ressalto que os acréscimos moratórios previstos no citado dispositivo legal se aplica tão somente sobre os débitos denunciados espontaneamente, conforme indicado pelo autuado, limitado a 10%, mas que na situação presente, tendo os valores denunciados sido inferiores aos efetivamente devidos, não se aplica esta regra aos valores remanescentes apurados por meio de ação fiscal, ficando mantida a aplicação da multa de 60%, nos termos do art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, haja vista que houve descumprimento da obrigação principal, em relação infração 4.

Em relação ao pedido de dispensa do pagamento da multa punitiva, ressalto que as multas decorrentes de obrigação principal, a apreciação quanto a este pedido, são de competência da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159, § 1º e art. 169, § 1º do RPAF/BA, motivo pelo qual não acato.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração e acato o demonstrativo juntado pelos autuantes às fls. 537 e 538, como o do presente lançamento, totalizando R\$1.078.136,70.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração n.º 207140.0022/04-4, lavrado contra **UNILEVER BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.078.136,70**, sendo R\$31,62 corrigido monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$1.078.105,08, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a” e “f” da citada Lei e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR