

PROCESSO - A. I. Nº 206855.0005/06-4
RECORRENTE - DISALLI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO Acórdão 3ª JJF nº 0428-03/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 15/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0070-12/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Cabível a exigência de multa de 60% sobre o valor do imposto não recolhido por antecipação, conforme o art. 42, II, § 1º, da Lei nº 7.014/96. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos mediante comprovação do pagamento de parte do imposto, o valor originalmente apurado ficou reduzido. 3. CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. Infração comprovada. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator em relação à infração 1. Decisão não unânime. Quanto às infrações 2 e 3. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 3ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, que o contribuinte ingressa com o objetivo de que sejam revistas as penalidades aplicadas às infrações descritas nos itens 1, 2 e 3:

1. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para comercialização, no período de março de 2004 a novembro de 2005. Valor do débito: R\$12.035,75.
2. Recolhimento do ICMS por antecipação efetuado a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, por erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88. Valor do débito: R\$21.071,56.
3. Utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, nos exercícios de 2004 e 2005. Valor do débito: R\$7.863,84

Foi efetuada a diligência solicitada, conforme o PARECER ASTEC Nº 127/2007 (fls. 603 a 608), tendo a diligente apresentado as seguintes informações:

Quanto a infração 2: No exercício de 2004, o autuado reconheceu parte da exigência fiscal, comprovando o pagamento de R\$11.914,42, conforme DAE às fls. 609/610, referente à Nota Fiscal nº 220415 e o autuante concorda com o autuado, conforme o demonstrativo de fl. 595. Diz que o débito neste exercício de 2004 passa a ser de R\$1.020,86, conforme demonstrativo que elaborou à fl. 604. Quanto ao exercício de 2005, informa que o autuante acatou parte da defesa, conforme fls. 575 a 587 e demonstrativo de fl. 595, mantendo o débito de R\$6.117,45. Informa que o autuado demonstra ter recolhido o valor de R\$2.184,50, e no confronto dos cálculos realizados pelo autuante com os cálculos do autuado, foram refeitas as planilhas referentes ao exercício de 2005, em relação às notas fiscais e CTRC apresentados pelo defendente. Após os ajustes efetuados, ficou constatada a diferença no valor de R\$3.282,34, conforme demonstrativo de fl. 605.

Em seu voto o Sr. relator analisa a primeira infração - recolhimento da antecipação parcial do ICMS efetuado a menos, na aquisição interestadual de mercadorias para comercialização – e diante da argumentação do autuado de que os valores eventualmente recolhidos a menos foram pagos na saída definitiva das mercadorias, considerando a rotatividade média dos estoques de 25 dias, salientou e transcreveu o artigo. 352-A, do RICMS/97. Cita a informação fiscal prestada à fl. 37, pelo autuante que apresentou o entendimento de que, mesmo que os valores cobrados tenham sido recolhidos na saída definitiva das mercadorias, o autuado fica obrigado a recolher a multa no valor de R\$7.221,37, equivalente a 60% do imposto devido, de acordo com o previsto no inciso I, do § 1º, do art. 915, do RICMS/97. Entretanto, não acatou a alegação defensiva, nem a conclusão apresentada pelo autuante, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que todas as mercadorias adquiridas, com pagamento parcial do imposto por antecipação parcial, tiveram saída definitiva e concluiu pela subsistência desta infração.

Quanto à infração 2 - recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação enquadradas no regime de substituição tributária e relacionadas no anexo 88 do RICMS/97 – o Sr. relator concordou com a informação fiscal entendendo que ficou esclarecida a alegação do autuado quanto ao valor recolhido no mês de outubro de 2004, de R\$34.248,96 (fl. 445), tendo em vista que o mencionado valor foi considerado no demonstrativo de fl. 69. Acatou o argumento do defendente de que não foi computado o pagamento de R\$904,14, constante na GNRE à fl. 517 e na Relação de DAE à fl. 445. Deduzindo o mencionado valor do imposto apurado, resulta numa diferença a recolher de R\$2.091,27. Salienta que o autuante considerou os recolhimentos constantes da relação de DAEs, INC fls. 444/445, refez os cálculos, reduzindo o débito apurado. Refere-se ao acatamento por parte do autuado dos valores originalmente apurados, correspondentes aos meses de janeiro, março, abril, maio e junho de 2004, conforme demonstrativo dos débitos reconhecidos à fl. 559. Quanto ao mês de outubro do citado exercício, concluiu que o defendente comprovou o pagamento de parte do imposto exigido, por meio do DAE à fl. 517, no valor de R\$904,14, não considerado no levantamento fiscal, o que foi reconhecido pelo autuante (fl. 575).

Acrescenta que em relação aos meses do exercício de 2005, foi efetuada revisão por preposto da ASTEC, conforme Parecer ASTEC Nº 127/2007, e realizado confronto dos cálculos realizados pelo autuante com a documentação apresentada pelo defendente, sendo constatados equívocos para mais e para menos. Refeitas as planilhas, considerando os documentos do autuado, foi apurada a diferença no valor total de R\$3.282,34, conforme demonstrativo à fl. 605, que acatou neste voto.

Ressaltou que o autuado e o autuante foram intimados para tomar conhecimento do mencionado PARECER ASTEC e dos novos documentos acostados aos autos pela diligente (fls. 754/6) e que decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

Concluiu pela procedência parcial desta infração, tendo em vista que o débito originalmente apurado fica reduzido para R\$16.217,62, conforme quadro que incluiu em seu voto.

Quanto à infração 3 - Utilização de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor, nos exercícios de 2004 e 2005. – diz tratar-se de crédito fiscal previsto no art. 2º do Decreto nº 7799/00, ficando estabelecido que o contribuinte beneficiado com o tratamento previsto no artigo 1º do mencionado decreto, poderá lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único deste decreto.

Observa que o autuante esclareceu que as diferenças apuradas não correspondem aos estornos de débitos pelas vendas de peixe para fora do Estado, como entendeu o defendente. Diz que a autuação se refere à utilização a mais de crédito fiscal presumido, previsto no artigo 2º do Decreto nº 7.799, de 09/05/2000, valores que foram escriturados como outros créditos no item 007 do livro RAICMS, conforme cópias às fls. 419 a 430 e 432 a 442.

Constatou o Sr. relator que o imposto exigido nesta infração é decorrente do confronto entre os valores que foram escriturados pelo autuado como outros créditos, no item 007 do livro RAICMS (fls. 419 a 430 e 432 a 442) e o levantamento dos créditos que o autuado efetivamente tem direito,

de acordo com as notas fiscais apresentadas, sendo elaboradas pelo autuante, as planilhas de fls. 94 a 134. Concluiu que a infração encontra-se devidamente comprovada e mantém a exigência fiscal.

Face ao exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, conforme demonstrativo que inclui em seu voto.

O autuado apresenta seu Recurso Voluntário (fls. 775 a 778), onde volta a alegar que em relação à primeira infração, os valores apurados na data de lavratura do presente Auto de Infração não refletem a realidade, tendo em vista que no período fiscalizado os valores eventualmente recolhidos a menos foram pagos na saída definitiva das mercadorias, considerando a rotatividade média dos estoques de 25 dias. Portanto, todos os valores foram recolhidos, sendo parte no próprio mês de ocorrência do fato gerador.

Quanto à infração 2, afirma que foram considerados os pagamentos efetuados por meio de GNRE, no valor de R\$1.925,00, e que o novo valor de R\$11.914,42, foi reconhecido. Em relação ao exercício de 2005, alega que foi considerado pelo autuante o recolhimento no valor de R\$7.232,14, mas o valor efetivamente pago foi superior em R\$2.184,50.

Quanto à infração 3 menciona de forma resumida o que já apresentara quando da impugnação que não foram consideradas as vendas de peixes para fora do Estado, tendo sido consideradas as bases de cálculo referentes aos custos de aquisição das quantidades vendidas, aplicando-se a alíquota de 7%, que é utilizada sobre as compras dessas mercadorias, salientando que não houve crédito pelas entradas.

Após breve transcrição do quanto decidido volta a apresentar suas razões do Recurso Voluntário e acrescenta: *“em sua contestação o fiscal autuante concorda com o autuado, ressaltando que fica mantida a multa. Ora, se o principal foi pago, sem qualquer prejuízo para o Estado, como falar em multa sem base legal para a sua cobrança, visto que a obrigação principal foi sanada antes do procedimento fiscal. Também o Relator reconhece a procedência da defesa, concluindo que “entretanto não acato a alegação defensiva, nem a conclusão apresentada pelo autuante tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que todas as mercadorias tiveram saída definitiva”* Observa que entrega mensalmente através do Sintegra toda a movimentação do seu estoque, Registro 54.

Quanto à infração 2 diz que por não ter conseguido localizar a GNRE de R\$1.020,60, diferença entre o valor de R\$1.925,00 e defendido e R\$904,40 comprovado, reconhece como procedente a diferença. Em 2005, mantém todo o teor da sua defesa, onde fica provado nos anexos constantes da mesma de ter recolhido a maior R\$2.184,50 e solicita que o CONSEF deduza este valor pago a maior 2005 do valor recolhido a menos em 2004 de R\$1.020,60.

Quanto à infração 3 comenta a Decisão da JJF e diz: *“...como demonstrado e comprovado em nossa defesa, este valor corresponde totalmente à parcela das vendas de peixe para outros Estado. Como o peixe no Estado da Bahia é isento, o autuado não credita o ICMS incidente sobre compras. Como as vendas para fora do Estado são tributadas e em respeito à não cumulatividade do imposto estornamos o ICMS nas vendas de peixe para outros estados o equivalente a 7% calculado sobre o valor de compra, não creditado quando do recebimento dos produtos”*.

Pede o reconhecimento das alegações.

A Sr^a. procuradora após análise das razões expendidas no Recurso Voluntário considerou ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão recorrido.

Entende que as infrações estão devidamente tipificadas e comprovadas mediante demonstrativos e documentos fiscais. Convém esclarecer que o presente lançamento tributário foi submetido à rigorosa diligência (fls. 6076/8) e promoveu os ajustes necessários mediante elaboração de novos demonstrativos de débito. O sujeito passivo foi devidamente cientificado dos termos da revisão tendo reconhecido e efetivado o pagamento das infrações 4 e 5.

E acrescenta: *“compulsando os autos verifica-se à saciedade que , a multa de 60% (sessenta por cento) relativa à infração 1, está tipificada e fundamentada na legislação tributária estadual, com efeito, o artigo 42, II, d, da Lei nº 7.014, prevê com clareza solar que, uma vez comprovada a*

tributação regular nas operações subseqüentes, relativamente a mercadorias cujo imposto deveria ter sido antecipado, fica o contribuinte sujeito à multa equivalente a 60% do imposto não antecipado". Observa que em relação a infração 3 o recorrente não apresenta prova capaz de elidir a utilização do crédito presumido em valor superior ao permitido e conclui opinado pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO (Quanto à Infração 1)

Como vimos no relatório, o item 1 descreve a infração que diz respeito ao recolhimento da antecipação parcial do ICMS efetuado a menos, na aquisição interestadual de mercadorias para comercialização. O autuado, em seu Recurso Voluntário, volta a alegar que em relação à primeira infração, os valores apurados na data de lavratura do Auto de Infração não refletem a realidade, tendo em vista que no período fiscalizado os valores eventualmente recolhidos a menos foram pagos na saída definitiva das mercadorias, considerando a rotatividade média dos estoques de 25 dias e arremata *"portanto, todos os valores foram recolhidos, sendo parte no próprio mês de ocorrência do fato gerador"*. Entendo que apesar da probabilidade de que as mercadorias poderiam ter sido tributadas numa possível operação de saídas, haveria necessidade de comprovação por parte do recorrente bem como poderia restar mesmo assim a aplicação de penalidade vinculada a temporariedade. Concorro com a Decisão da JJF no sentido de que não tendo ficado comprovado que todas as mercadorias adquiridas, com pagamento parcial do imposto por antecipação parcial, tiveram saída definitiva subsiste a infração e correta a aplicação da penalidade.

Quanto à infração descrita no item 2 - recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação enquadradas no regime de substituição tributária e relacionadas no anexo 88 do RICMS/97 - acompanho a Decisão da JJF no sentido de que restou esclarecida a alegação do autuado quanto ao valor recolhido no mês de outubro de 2004, de R\$34.248,96 (fl. 445), tendo em vista que o mencionado valor foi considerado no demonstrativo de fl. 69 bem como o seu argumento de que não foi computado o pagamento de R\$904,14, constante na GNRE à fl. 517 e na relação de DAE (fl. 445) resultando numa dedução no valor do imposto apurado e o que resultou numa diferença a recolher de R\$2.091,27. Em relação aos meses do exercício de 2005 refeitas as planilhas foi apurada a diferença no valor total de R\$3.282,34, conforme demonstrativo à fl. 605, acatado pela JJF e que também acompanho.

Em relação à infração 3 concordo com o Parecer da PGE/PROFIS e também entendo que o recorrente não apresenta prova capaz de elidir a utilização do crédito presumido em valor superior ao permitido. Trata-se como visto de crédito fiscal previsto no artigo 2º do Decreto nº 7799/00, onde está disposto que o contribuinte beneficiado com o tratamento previsto no artigo 1º do mencionado decreto, poderá lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 a 16 do anexo único deste decreto.

Concluo votando no sentido de que deve ser mantida a Decisão da JJF em todos os seus termos e, em consequência, que seja NEGADO PROVIMENTO ao Recurso voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 1)

Cinge-se a minha divergência à análise e apreciação do nobre Relator em relação à infração 1, visto que, ao contrário do quanto acima manifestado, entendo que a referida Decisão recorrida, no particular, merece parcial provimento.

Da análise dos fôlios processuais, percebo que o i. autuante, em sua informação fiscal (fl. 574), declara de forma expressa que:

“Mesmo que os valores cobrados, atinentes à antecipação parcial, tenham sido recolhidos na saída definitiva dos produtos – e o autuante entende que o foram, em razão do perfil favorável da empresa – fica esta obrigada a recolher o equivalente a 60% de tais valores, na forma do inciso I do § 1º do art. 915 do RICMS/BA, c/c inciso II do citado artigo.

(...)

Os valores devidos já se encontram relacionados no demonstrativo de débito do Auto de Infração (ver cópia às fls. 513), na coluna Multa, devidamente destacados por um marcador de texto de cor amarela, com as respectivas datas de ocorrência e vencimento, totalizando o valor histórico de R\$7.221,37”. (grifos nossos)

Percebe-se, pois, que o próprio “executor” da fiscalização declara, cabalmente, que os valores cobrados **foram recolhidos na saída definitiva dos produtos**.

Ora, não há como se desprezar a assertiva formulada pelo próprio autuante. Trata-se de elemento de prova, acostado aos autos e que deve, no meu entendimento, ser considerado para efeito de formação da convicção do julgador. Se o próprio agente do Fisco, na execução do seu mister, “confessa” o pagamento do imposto, por parte do autuado, quando da saída definitiva dos produtos, questiona-se, como ignorar essa afirmativa? Restou fragilizada, portanto, a cobrança do principal.

Noutro giro, inexistente nos autos qualquer outra prova que pudesse elidir aquela afirmativa, a fim de robustecer a tese em sentido contrário e justificar o acerto da cobrança.

Outrossim, é inegável a ocorrência da extemporaneidade no pagamento, razão pela qual se justifica a exigência da multa aplicada à aludida infração.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar parcialmente procedente a infração 1, no valor de R\$7.221,37, correspondente à multa de 60% incidente sobre o valor do imposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime em relação à infração 1 e, por unanimidade quanto às infrações 2 e 3, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206855.0005/06-4, lavrado contra **DISALLI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$28.261,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$24.910,84 e 70% sobre R\$3.351,07, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, VII, “a” e “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de 60% no valor de **R\$7.221,37**, prevista no art. 42, II, § 1º, da lei retrocitada, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 1)– Conselheiros: Nelson Antonio Daiha Filho, Fauze Midlej, Márcio Medeiros Bastos e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Quanto à Infração 1) - Conselheiro: Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR/VOTO VENCIDO (Quanto à Infração 1)

NELSON ANTÔNIO DAIHA FILHO – VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 1)

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PGE/PROFIS