

A. I. N° - 269515.0113/07-8
AUTUADO - LUIZA CERQUEIRA DOS SANTOS
AUTUANTE - NAGIBE PEREIRA PIZA
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 06. 03 .2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0059-01/08

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. CRÉDITO PRESUMIDO. MICROEMPRESA. DESENQUADRAMENTO. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO PELA LEGISLAÇÃO. Comprovado o desatendimento à determinação regulamentar atinente ao uso do crédito presumido no caso de desenquadramento do SimBahia para o regime normal de apuração. Não acolhida a argüição de decadência. Infração caracterizada. 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Documentação apresentada pelo impugnante demonstra a existência de equívocos no lançamento, propiciando revisão fiscal realizada pelo autuante, comprovando inexistir débitos. Infração improcedente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO A MENOS. EXIGÊNCIA DA DIFERENÇA DO IMPOSTO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Documentos acostados pelo sujeito passivo propiciaram revisão fiscal, com redução do valor do imposto devido. Mantida parcialmente a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2007, foi lançado ICMS no valor de R\$ 58.869,43, sendo atribuído ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – utilizou crédito presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação tributária em vigor, no mês de abril de 2002, sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 50.964,58, acrescido da multa de 60%;

02 – recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia –, nos meses de dezembro de 2003, dezembro de 2004 e agosto a dezembro de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$ 3.387,84, acrescido da multa de 50%;

03 – recolheu a menos o ICMS por antecipação tributária, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho de 2004, janeiro, julho e setembro a dezembro de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$ 4.517,01, acrescido da multa de 50%.

O autuado interpôs recurso defensivo às fls. 60 a 62, argüindo no que se refere à infração 01, que muito embora tenha se utilizado do quanto lhe era lícito, a decadência da exigência dispensa discussão sobre o assunto, tendo em vista que o fato gerador ocorrido até 30/04/2002 estaria prescrito em 30/04/2007.

Tratando da infração 02, salienta que o autuante considerou no cômputo da receita bruta do mês, além dos valores das vendas, aqueles relativos às devoluções e transferências, resultando em diferenças inexistentes, conforme comprovam as cópias reprográficas do livro Registro de Apuração do período (fls. 63 a 76).

Ao atacar a infração 03, ressalta que não é cabível a cobrança do ICMS relativo à antecipação tributária concernente às Notas Fiscais de nº.s 373.708 (Multibrás), 570.156 (Itatiaia), 485.647 e 10.627 (Movelar), 40.426 e 40.427 (Dacar), sem deduzir as devoluções em conformidade com as Notas Fiscais de nº.s 1.180, 1.518, 1.804, 1.865 e 1.820.

Aduz que as Notas Fiscais de nº.s 262.566, 257.303, 257.288, 259.992, 260.416, 264.553 e 264.915, emitidas pela TELASUL S.A., com alíquota cheia de 17%, não tiveram repercussão em sua contabilidade, tendo em vista que o ICMS no período em referência fora recolhido pelo regime de apuração do SimBahia, sendo dispensados, por esse motivo, todos os créditos fiscais. Acrescenta que, inclusive, o recolhimento do imposto relativo à antecipação tributária fora efetivado, de acordo com as notas fiscais e os comprovantes de recolhimento acostados às fls. 77 a 99.

Em seguida, o autuado apresenta a seguinte indagação: *“qual o proveito fiscal em fazer com que o contribuinte pague imposto indevido, além de acrescido de penalidade?”*. Responde que do ponto de vista prático não existe nenhum proveito.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Ao prestar informação fiscal às fls. 107/108, o autuante comenta sobre a infração 01, observando que, a rigor, a prescrição do direito à cobrança do crédito tributário ocorre em cinco anos, contados da data de sua constituição. Dessa forma, a prescrição somente ocorreria em 26/06/2012. Salienta que o caso em discussão se refere à decadência, que trata do direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário, observando que em conformidade com o disposto no art. 965, inciso I do RICMS/97, o referido prazo deve ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim, conclui que a decadência somente se daria a partir de 01/01/2008, enquanto que a constituição do crédito tributário se deu em 27/06/2007, não tendo ocorrido decadência, nem prescrição.

No tocante à infração 02, esclarece que tendo analisado a documentação juntada pela defesa concernente às devoluções e transferências (fls. 63 a 76), refez os cálculos referentes à apuração da receita bruta ajustada, excluindo os valores correspondentes, concluindo que inexiste o débito tributário inicialmente apontado.

Ao se referir à infração 03, afirma ter acatado a reivindicação do autuado referente às notas fiscais juntadas às fls. 77 a 87, relativas a devoluções de compra, que não haviam sido consideradas no levantamento, para fins de dedução, o que representou novos valores para essa infração.

Não concorda, entretanto, com as provas oferecidas às fls. 88 a 99, para amparar a alegação do impugnante de que a alíquota de 17% não tivera repercussão na sua contabilidade, nem quanto à argüição de que o imposto relativo à antecipação tributária fora recolhido. Ressalta que no período alcançado por essa infração o contribuinte realmente estava enquadrado como empresa de pequeno porte e não se aproveitara do crédito fiscal do ICMS destacado à alíquota de 17% nas notas fiscais emitidas pela empresa Telasul S. A. Esclarece que, no entanto, ao calcular o valor do

imposto a recolher a título de antecipação tributária, o autuado se creditara do imposto destacado nos documentos fiscais, com base naquela alíquota e não com aquela cabível ao caso, que era de 7%, o que originou um recolhimento a menos de 10% sobre a base de cálculo constante daqueles

documentos fiscais. Afirma que não há o que reformar no Auto de Infração em relação às notas fiscais da Telasul S. A.

Concluindo, sugere que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, mantendo-se a infração 01 de forma inalterada, sendo excluído o débito relativo à infração 02 e reformando a infração 03, conforme demonstrado às fls. 101 a 106.

Sendo cientificado a respeito da informação fiscal, o autuado se manifestou às fls. 113/114, reprimando o seu entendimento, relativo à infração 01, de que o prazo para a fazenda pública estadual exigir o imposto concernente à infração se encontrava prescrito.

Observa que a infração 02 não mais existe, tendo em vista que seus argumentos foram aceitos pelo autuante.

No caso da infração 03, insiste que tendo a Telasul S. A. emitido as notas fiscais com a alíquota cheia sobre o valor de origem, não refletiu em sua escrita fiscal, tendo em vista que estando enquadrado no SimBahia, não se utilizava de crédito fiscal e que o ICMS correspondente à antecipação tributária fora recolhido, conforme provas anexadas à peça de defesa.

VOTO

O autuado, em sua peça defensiva, alegou estar prescrita a ação para a cobrança dos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorrido até 30/04/2002 (infração 01), sob a argumentação de que os referidos créditos se encontravam alcançados pela extinção.

Observo que, na realidade, o autuado pretendia se referir à decadência do direito de constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública. Entendo razão não assisti-lo. Saliento que as regras do art. 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº. 3.956/81) e no art. 965, I, do RICMS/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No presente caso, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2003, estando o prazo final previsto para 31/12/2007. Como o lançamento ocorreu em 27/06/2007, não há o que se falar em decadência.

Ressalto que tem sido esse o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05 e 0102/12-05, sendo que, deste último, transcrevo parte do voto do ilustre conselheiro Álvaro Barreto Vieira:

“Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/98, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/03 para constituir o crédito tributário mediante o lançamento. No caso em tela, o crédito tributário foi constituído em 30/06/03, quando foi encerrada a ação fiscal. Portanto, quando foi lavrado o Auto de Infração, ainda não tinha se operado a decadência relativamente aos fatos geradores citados no Recurso Voluntário. O fato de o recorrente só ter sido notificada do lançamento em fevereiro de 2004 não quer dizer que o crédito tributário tenha sido constituído nesta data.”

Verifico que essa infração versa sobre a utilização de crédito fiscal presumido do ICMS em valor superior ao permitido, considerando que tendo o contribuinte sido reenquadrado para o regime normal de apuração, deixou de atender as disposições vigentes à época, constantes do art. 408-B do RICMS/97, o qual transcrevo abaixo, visando um melhor entendimento da presente situação:

“Redação anterior dada ao art. 408-B, efeitos de 01/01/99 a 30/06/07:

“Art. 408-B. Na hipótese de alteração de inscrição, passando o contribuinte da condição de microempresa, de empresa de pequeno porte ou de ambulante para a condição de contribuinte normal, uma vez determinado o desenquadramento da condição anterior, deverá o contribuinte, no último dia útil do mês em que receber a

comunicação do desenquadramento, efetuar o levantamento das mercadorias em estoque, especificando, separadamente:

I - as mercadorias cujas operações subsequentes sejam isentas ou não-tributadas;

II - as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos dos incisos II e IV do art. 353;

Redação anterior dada ao inciso III do art. 408-B, efeitos de 30/12/00 a 30/06/07:

"III - as demais mercadorias sujeitas ao ICMS, que não as referidas no inciso anterior, para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria"

Redação anterior dada ao § 1º do art. 408-B, efeitos de 18/11/98 a 12/11/03:

"§ 1º O dia em que for efetuado o levantamento de que cuida este artigo servirá como referência na definição da data da efetiva alteração do regime de tributação determinado pela Fazenda Estadual."

Redação anterior dada ao § 2º do art. 408-B, efeitos até 30/06/07:

"§ 2º A utilização do crédito a que se refere o inciso III deverá ser seguida de comunicação escrita dirigida à Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte."

Redação anterior dada ao § 3º do art. 408-B, efeitos de 01/01/99 a 30/06/07:

"§ 3º O estoque apurado na forma deste artigo deverá ser lançado no Registro de Inventário, no prazo de 60 dias."

Constato que tendo sido apurado pela fiscalização que o contribuinte não tivera atendido as determinações acima alinhadas, foi elaborado o demonstrativo de fl. 07, no qual são apontados os resultados encontrados, que correspondem ao saldo credor de ICMS aplicado sobre o inventário de 31/03/2002, o que indica que enquanto o autuado fazia jus a um crédito presumido de R\$ 9.902,31, se utilizara, de forma indevida, do crédito de R\$ 60.866,89, gerando, dessa forma, o montante do débito indicado de R\$ 50.964,58.

Portanto, restou caracterizado o cometimento da infração 01.

No que se refere à infração 02, que trata de recolhimento a menos do ICMS, na condição de empresa de pequeno porte, vejo que o contribuinte apresentou as cópias reprográficas das páginas do livro registro de Apuração do ICMS dos períodos correspondentes, que comprovam a ocorrência de diversos lançamentos a título de transferência e de devolução, que não haviam sido computados na apuração inicialmente conduzida pela fiscalização. Em vista dessas provas, o autuante, de forma acertada, efetuou os ajustes necessários, resultando na desconstituição da exigência tributária.

No que se refere à infração 03, foi exigido o pagamento de ICMS que foi recolhido a menos relativo à antecipação parcial, decorrente de aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização. Constato que pelo enquadramento da infração e em conformidade com a impugnação apresentada, resta evidente que o sujeito passivo tomou conhecimento da acusação em todos os seus termos, tendo, inclusive, apresentado sua defesa, o que comprova ter tomado conhecimento dos fatos. Acrescento que os demonstrativos apresentados às fls. 12 a 19 também comprovam ser esta a razão do lançamento ora em análise.

Ressalto que a exigência tributária tem previsão no art. 352-A do RICMS/97, que transcrevo em seguida:

"Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente,

independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

O autuado acatou parcialmente a imposição fiscal, apresentando a comprovação de que as mercadorias concernentes às Notas Fiscais de nºs 373.708, 570.156, 485.647, 10.627, 40.426 e 40.427 haviam sido objeto de devolução parcial, em conformidade com as Notas Fiscais de nº.s 1.180, 1.518, 1.804, 1.865 e 1.820. Com base nessas provas, o autuante, acertadamente, elaborou novos demonstrativos, excluindo os valores relativos a tais operações, o que resultou em novo montante do débito apurado para o valor de R\$ 4.361,99, conforme quadro abaixo, de modo que essa infração fica mantida parcialmente:

| OCORRÊNCIA | VALOR JULGADO (R\$) |
|--------------|---------------------|
| 07/2005 | 844,43 |
| 09/2005 | 599,94 |
| 11/2005 | 161,00 |
| 12/2005 | 2.756,62 |
| TOTAL | 4.361,99 |

Não acato a argumentação defensiva relativa às Notas Fiscais de nº.s 262.566, 257.303, 257.288, 259.992, 260.416, 264.553 e 264.915, emitidas pela empresa TELASUL S.A., sediada no Estado do Rio Grande do Sul, no sentido de que houvera apurado o valor do imposto devido, inclusive computando os créditos destacados de forma equivocada pelo fornecedor com a alíquota de 17%, sob a alegação de que tal procedimento não repercutira em sua contabilidade.

Realmente as provas relativas ao recolhimento do ICMS estão carreadas aos autos, no entanto está claro que a maneira como foram realizados os cálculos representou em prejuízo à fazenda estadual, pois tomando-se como exemplo o documento de arrecadação de fl. 99, que se refere ao pagamento da antecipação tributária parcial concernente a um total de quinze notas fiscais, dentre as quais se encontram as de nº.s 264.553 e 264.915 (elencadas na autuação), o recolhimento efetuado representou a cifra de R\$ 1.660,96, enquanto que o total do ICMS corretamente calculado relativo a apenas essas duas notas fiscais representa o total de R\$ 3.225,22. Enquanto isso, o recolhimento correspondente a esses dois documentos fiscais se resumiu ao valor de R\$ 468,60.

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração, sendo a infração 01 mantida integralmente, a infração 02 improcedente e a infração 03 parcialmente caracterizada no valor de R\$ 4.361,99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269515.0113/07-8** lavrado contra **LUIZA CERQUEIRA DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 55.326,57**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 50.964,58 e de 50% sobre R\$ 4.361,99, previstas no artigo 42, incisos VII, alínea “a” e I, alínea “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR