

PROCESSO - A. I. Nº 277829.0012/07-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e UNIK ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDAS - UNIK ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO- Acórdão 5ª JJF nº 0117-05/09
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26/11/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0408-11/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O autuado comprova a ocorrência de pagamento anterior à ação fiscal. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTADAS. Descumprimento de obrigação acessória. Adequação da multa para 1% sobre o valor de parte das operações, porquanto ficou demonstrado que se trata de mercadorias não tributadas, ao teor do art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0117-05/09), que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, sendo objeto de apreciação por esta Câmara de Julgamento Fiscal apenas as infrações 1 e 2, a seguir descritas:

1. falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$75.647,60, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69 e 88;
2. multa de 10%, no valor de R\$10.469,75, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal;

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, manteve na integralidade as infrações 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9, tendo em vista o reconhecimento expresso por parte do sujeito passivo, inclusive com o parcelamento do valor lançado.

Quanto à infração 1, a Junta acolheu o argumento defensivo de que parte do valor lançado já havia sido recolhido antes da ação fiscal, pois ficou constatado que, após a informação fiscal, o sujeito passivo comprovou o recolhimento do imposto relativo à Nota Fiscal nº 002128, conforme cópia do DAE no valor de R\$2.427,51, fl. 3012-a, onde está consignado o número da nota fiscal em questão. Ressaltou que, em relação às demais notas fiscais apontadas pela defesa, o pleito de defesa foi acolhido pelo próprio autuante, na informação fiscal, mediante os documentos comprobatório constantes da defesa..

Em seguida, em relação ao mês de dezembro/05, manifestou-se das seguinte forma: “*considero como comprovado o valor autuado de R\$20.569,56 em razão do*”

documentos que totalizam a quantia de R\$20.888,52, com isso o total efetivamente comprovado passa a ser R\$29.098,42.

DATA OCORR	COMPROVADO
31/01/05	1.675,67
28/02/05	3.931,04
31/05/05	494,64
31/12/05	20.569,56
31/01/06	2.427,51
TOTAL	29.098,42

Com tais considerações, entendeu que os valores relativos aos fatos geradores de janeiro, fevereiro, maio e dezembro de 2005 e janeiro de 2006, restaram parcialmente caracterizados, conforme abaixo especificado, permanecendo inalterados os demais valores:

DATA OCORR	VALOR NO AI	COMPROVADO	ICSM DEVIDO
31/1/2005	2.634,49	1.675,67	958,82
28/2/2005	6.514,73	3.931,04	2.583,69
31/5/2005	558,21	494,64	63,57
31/12/2005	20.569,56	20.569,56	0,00
31/1/2006	4.926,28	2.427,51	2.498,77
TOTAL		29.098,42	6.104,85

Ao final, consignou: “a infração 1 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$46.230,22”.

Com relação à infração 2, a Junta dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos:

“Em sua defesa, o sujeito passivo 2 argumenta que as mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 33.608, 34.114, 34.302, 34.395 e 34.556, foram adquiridas com o imposto já pago por antecipação tributária, devendo ser abatido o valor de R\$ 2.097,40, pois já teria sido recolhido antes da ação fiscal, conforme cópia dos DAE’s que acosta aos autos, reconhecendo como devido o valor de R\$8.372,35. Na informação fiscal, o auditor autuante saliente que o fato das aquisições estarem sujeitas ao regime de substituição tributária, significa dizer que essas mercadorias estão sujeitas a tributação, sendo correta a multa aplicada.

Observo que na infração em tela o motivo da autuação é o fato do sujeito passivo ter adquirido mercadorias, sujeitas à tributação, sem que tenha registrado as entradas respectivas em seu estabelecimento, sendo aplicado à multa de 10%, não tendo nenhuma relação com o fato do recolhimento ou não do ICMS relativo a regime de substituição tributária.

Entendo que o procedimento fiscal foi correto, pois a multa deve ser aplicada sobre o total das notas fiscais não registradas no percentual de 10%. Somente se aplica 1% quando as mercadorias entradas no estabelecimento não são tributáveis e, no caso presente, as mercadorias são sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, são mercadorias tributáveis.

Assim, entendo que a infração 2 restou caracterizada”.

Ao final, julgou procedente em parte o Auto de Infração, no valor de R\$69. 867,84, consoante a seguir especificado:

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROC. EM PARTE	46.549,18
2	PROCEDÊNCIA	10.469,75
3	PROCEDÊNCIA	48,89
4	PROCEDÊNCIA	316,71
5	PROCEDÊNCIA	62,00
6	PROCEDÊNCIA	47,54
7	PROCEDÊNCIA	8.956,86
8	PROCEDÊNCIA	2.928,01
9	PROCEDÊNCIA	488,90
TOTAL		69.867,84

Por força do disposto no art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, a Junta submeteu o acórdão prolatado à apreciação desta Câmara de Julgamento Fiscal.

O sujeito passivo, de seu turno, interpôs o Recurso Voluntário e insurgiu quanto às infrações 01 e 02, consoante fundamentação a seg

INFRAÇÃO 1: Diz que há erro material no acórdão recorrido, pois o relator, no voto, considerou a infração parcialmente caracterizada no valor de R\$46.230,22, enquanto que, ao final do voto, consignou equivocadamente o valor de R\$46.549,18.

INFRAÇÃO 2: Com fulcro no art. 915, XI, do RICMS, pede a redução da multa para 1% com relação aos valores constantes das Notas Fiscais n^{os} 33.608, 34.302, 34.395 e 34.556, ao argumento de que se trata de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária e que já tiveram seu imposto pago integralmente.

A PGE/PROFIS, no opinativo de fls. 3045/3046, manifesta-se pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário interposto, aduzindo, quanto à infração 1, que não houve erro no lançamento do valor fixado ao final pela Junta, qual seja R\$46.549,18.

Com relação à infração 2, entende que assiste razão ao contribuinte, uma vez que a lei atual prevê multa menor para a hipótese descrita na autuação, que consiste na falta de registro de nota fiscal de mercadoria sujeita à substituição tributária (art. 42, XI, da Lei n^o 7.014/96). Saliencia que a lei nova estabelece multa mais branda para a infração imputada ao autuado, pelo que deve ser aplicada, a teor da regra do art. 106, do CTN.

Após o Parecer da PGE/PROFIS, vieram aos autos requerimentos de parcelamento formulado pelo sujeito passivo, o primeiro, formulado em 19/10/2007, de parte do valor lançado na presente autuação, e o segundo, formulado em 24/07/2009, do valor total lançado.

VOTO

Inicialmente, nenhuma censura merece a Decisão de primeira instância administrativa quanto à desoneração parcial do imposto lançado na infração 01 - única que é objeto do Recurso de Ofício -, porquanto a própria autuante, em sua informação fiscal, especialmente na fl. 3.006, reconheceu que o sujeito passivo conseguiu comprovar o recolhimento, anteriormente à ação fiscal, do ICMS relativo às Notas Fiscais n^{os} 29105, 040933, 022662, 135871 e 135872.

Assim, deve ser confirmado, no particular, o acórdão submetido à revisão desta CJF.

Quanto ao Recurso Voluntário, tem razão o sujeito passivo quando aduz haver um erro material no acórdão da JJF, na parte em que fixou o valor devido na infração 01.

Contudo, o equívoco não está na conclusão, pois o valor de R\$46.549,18 foi o que remanesceu após a exclusão do ICMS cujo recolhimento o contribuinte comprovou em sua defesa, conforme consignado no início do presente voto. Esse montante, aliás, foi reconhecido pelo contribuinte, no pedido de parcelamento de fls. 2.086/2.088, e já foi objeto do pagamento devido, como se infere do demonstrativo do parcelamento de fl. 3.018 e da informação de que todas as parcelas foram regularmente adimplidas, fls. 3.049/3.067.

O valor que sob a ótica do contribuinte está correto (R\$46.230,22) resulta do lançamento a crédito de imposto supostamente pago a maior no mês de janeiro de 2006, no montante de R\$318,96, relativo ao fato gerador de 31/12/2005. Sucede que não há nos autos elementos para se aferir a regularidade desse saldo credor do sujeito passivo, devendo ele perseguir o seu crédito através da via ordinária da restituição do indébito, prevista nos arts. 73 e seguintes, do RPAF.

Assim, entendo que a Junta de Julgamento Fiscal, ao consignar, no oitavo parágrafo da fl. 3.022, que o valor remanescente da infração 1 é R\$46.230,22 incorreu em flagrante equívoco material, que deve ser corrigido no presente voto, para ali constar R\$46.549,18, como, aliás, ficou indicado ao final do voto prolatado em primeiro grau administrativo e na respectiva resolução.

No que concerne à infração 2, entendo que é consistente a tese recursal.

As operações materializadas pelas Notas Fiscais nºs 33608, 34114, 34302, 34395 e 34556 referem-se a vendas de costela congelada e carnes, feitas pelo estabelecimento “JANNA AGROPECUÁRIA LTDA.”, localizado em Feira de Santana, Ba.

Trata-se, portanto, de operações de vendas de produtos resultantes do abate de gado suíno, que, inclusive, como a própria autuante constou no demonstrativo de fl. 40, não indicavam no respectivo documento fiscal qualquer imposto a recolher, isso certamente por efeito da norma contida no art. 353, do RICMS, com a redação vigente à época dos fatos geradores (junho, outubro, novembro e dezembro de 2006), *in verbis*:

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto;

(...)

9 - produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, exceto charque - NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210 (Lei nº 7.753/00);

Nota: A redação atual do item 9, do inciso II do caput do art. 353 foi dada pela Alteração nº 66 (Decreto nº 9547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05), efeitos a partir de 01/10/05. Redação anterior dada ao item 9, do inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 22 (Decreto nº 7902 de 07/02/01, DOE de 08/02/01), efeitos de 01/01/01 a 30/09/05: “9 - produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, inclusive charque - NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210 (Lei nº 7753/00);”

(...)

§ 5º Tratando-se de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno:

Nota: A redação atual do § 5º do art. 353 foi dada pela Alteração nº 49 (Decreto nº 8.853, de 23/12/03, DOE de 24/12/03), efeitos a partir de 01/02/04. Redação anterior dada ao § 5º, tendo sido acrescentado ao art. 353 pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7886, de 29/12/00, DOE de 30 e 31/12/00), efeitos de 01/01/01 a 31/01/04: “§ 5º Tratando-se de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno, não será exigido o pagamento do imposto referente à substituição tributária quando o abate ocorrer em estabelecimento, situado neste Estado, submetido à inspeção sanitária estadual ou federal, se forem observadas as condições previstas no inciso IX do § 3º do art. 347.”

I - fica atribuída ao contribuinte que efetuar a remessa de aves vivas e gado bovino, bufalino e suíno destinado para o abate, a responsabilidade pela antecipação do ICMS relativo às operações internas subsequentes com os produtos comestíveis resultantes do abate, sendo que o imposto relativo à antecipação tributária englobará o devido na operação com os animais vivos.

II - se o abate ocorrer em estabelecimento situado neste Estado que atenda às disposições da legislação sanitária federal e estadual, observado o disposto no § 8º do art. 347:

a) fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto relativo às operações internas, próprias e subsequentes;

b) tratando-se de operação de saída interestadual, será emitida Nota Fiscal com destaque do imposto, sem ônus tributário para o emitente, para creditamento do imposto pelo destinatário.

III - tratando-se de gado suíno, a dispensa prevista na alínea “a” do inciso II deste parágrafo, alcança as operações com os produtos resultantes do abate efetuado em estabelecimento localizado em outro estado da Federação, desde que:

Nota: O inciso III foi acrescentado ao § 5º do art. 353 pela Alteração nº 110 (Decreto nº 11336, de 25/11/08, DOE de 26/11/08), efeitos a partir de 26/11/08.

a) o abatedouro atenda as disposições da legislação sanitária federal;

b) o abate seja realizado por conta e ordem de contribuinte localizado na Bahia;

c) tenha sido celebrado protocolo para remessa e retorno do gado com

§ 6º A dispensa do lançamento e do pagamento do imposto prevista no parágrafo anterior fica condicionada a que o abatedouro mantenha à disposição da fiscalização tributária estadual:

Nota: O § 6º foi acrescentado ao art. 353 pela Alteração nº 49 (Decreto nº 8.853, de 23/12/03, DOE de 24/12/03).

I - os demonstrativos mensais de abate, com discriminação das quantidades totais, por conta própria, por conta e ordem de terceiros;

II - as cópias das Guias de Trânsito Animal (GTA), emitidas pelo órgão competente da SEAGRI, dos animais recebidos para abate;

III - os laudos de inspeção sanitária do gado abatido, expedido pelo setor competente da SEAGRI ou do Ministério da Agricultura e Abastecimento”.

No caso dos autos, as mercadorias estavam circulando amparadas por notas fiscais que não indicavam qualquer tributação e sequer foi alegado pela autuante que, a despeito disso, se tratava de operação tributável. Logo, deve prevalecer a verdade contida nas notas fiscais, que apontam tratar-se de operações sem tributação, e, como o sujeito passivo reconhece a falta de escrituração, tanto que promoveu o recolhimento do valor que entendia devido (1% do montante das operações), deve incidir a multa prevista no inciso XI, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, a saber: “1% do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal”.

A infração 2, com estas alterações, fica reduzida para R\$8.582,09, conforme demonstrativo abaixo:

Ocorrência	Vencimento	Base de Cálculo	Multa	Valor
08/06/2005	09/07/2005	12.900,00	10%	1.290,00
14/09/2005	09/10/2005	51.715,23	10%	5.171,52
05/10/2005	09/11/2005	1.440,00	1%	14,40
10/10/2005	09/11/2005	16.500,00	10%	1.650,00
10/11/2005	09/12/2005	5.932,00	1%	59,32
22/11/2005	09/12/2005	8.441,50	1%	153,09
25/11/2005	09/12/2005	1.845,30	10%	184,53
14/12/2005	09/01/2006	4.950,00	1%	49,50
29/06/2006	09/07/2006	973,50	1%	9,73
TOTAL				8.582,09

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir a infração 02 ao montante de R\$8.582,09, mantendo, nos demais termos, a Decisão impugnada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 277829.0012/07-6, lavrado contra **UNIK ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$59.349,20**, acrescido das multas de 60% sobre R\$47.464,33 e 70% sobre R\$11.884,87, previstas no art. 42, II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$8.630,98**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo artigo e lei, com os acréscimos moratórios conforme prevê a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA –RELATOR