

PROCESSO - A. I. Nº.278868.0060/07-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - UNIÃO BAIANA DE DISTRIBUIÇÃO LTDA. (UNIBOM)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0300-03/10
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 13/05/2011

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0094-12/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. **b)** CRÉDITO FISCAL EM VALOR SUPERIOR AO RETIDO OU ANTECIPADO. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante, o imposto apurado ficou reduzido. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. **a)** ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. Exigência fiscal subsistente em parte. **b)** PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. O autuado comprova que parte do débito exigido foi incluído em Denúncia Espontânea apresentada antes da ação fiscal. Refeitos os cálculos pelo autuante, excluindo os valores já recolhidos. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Foi comprovado pelo defendant que parte do débito exigido foi incluído em Denúncia Espontânea apresentada antes da ação fiscal. Por isso, os cálculos foram refeitos pelo autuante, excluindo os valores já recolhidos. Infração subsistente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela Junta de Julgamento Fiscal contra o julgamento do Auto de Infração, lavrado em 10 de dezembro de 2007, o qual exige ICMS no valor de R\$ R\$1.279.792,38, acrescido das multas de 60% e 70%, decorrentes da constatação das seguintes infrações, das quais são objeto do Recurso apenas as de números 1, 2, 3 e 5:

INFRAÇÃO 1: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, período de março de 2005 a dezembro de 2006. Valor do débito: R\$18.380,21, com multa de 60%.

INFRAÇÃO 2: Recolhimento efetuado a menor do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições para comercialização de mercadorias de outras unidades da Federação. O contribuinte lançou valores a crédito no livro Registro de Apuração do ICMS referentes ao ICMS antecipação parcial, mas o recolhimento foi efetuado a menos, nos meses de abril de 2005; fevereiro, março, agosto, setembro e dezembro de 2006. Valor do débito: R\$66.797,13, com multa de 60%.

INFRAÇÃO 3: Utilização de crédito fiscal em valor superior ao retido ou antecipado na operação de aquisição mais recente, em razão de saídas interestaduais de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária. Nas devoluções de mercadorias com imposto antecipado na entrada, o contribuinte fez a opção pelo procedimento do inciso III do art. 374 do RICMS/BA, fazendo uso de ambas as parcelas do imposto, o normal e o antecipado, nos meses de março, junho a dezembro de 2005; janeiro, março, maio e outubro de 2006. Valor do débito: R\$27.305,06. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 5: Recolhimento efetuado a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88, nos meses de março, abril, maio, junho, julho, agosto, novembro e dezembro de 2005; janeiro, fevereiro, março, junho a dezembro de 2006. Valor do débito: R\$281.625,17, e multa de 60%.

A Decisão recorrida, consubstanciada no Acórdão JJF 0300-03/10, baseou-se na seguinte argumentação, para a desoneração do valor considerado, e motivador do Recurso:

"A primeira infração trata da falta estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, período de março de 2005 a dezembro de 2006, conforme demonstrativos de fls. 16 a 24."

Considerando as alegações do autuado de que os valores exigidos são próximos aos valores estornados, e as cópias do livro RAICMS constantes dos autos, foi solicitado por esta Junta de Julgamento Fiscal para o autuante se manifestar quanto às alegações defensivas, cotejando os demonstrativos de fls. 16/24 com a planilha de fl. 1687, e os valores lançados no RAICMS a título de "outros débitos", a exemplo das fls. 1550, 1556, 1568, 1572 e 1588.

Na informação fiscal de fls. 1699-A/1701, o autuante informou que os valores trazidos pelo defendente foram lançados no livro RAICMS a título de "Outros Débitos", sem especificação mais detalhada do lançamento, ignorando inclusive a particularização já prevista no mencionado livro, mas é possível contemplar os valores alegados pelo autuado. Por isso, elaborou novo demonstrativo desta infração, apurando o débito relativo aos meses de fevereiro (R\$188,98), março (R\$357,60), junho (R\$15,11) e dezembro (R\$1.154,42) de 2006, totalizando R\$1.716,11.

Por sua vez, em relação às conclusões do autuante acima reproduzidas, o defendente se manifestou às fls. 1709 a 1711, aduzindo que o autuante, de forma justa, reconhece os valores estornados, lançando apenas os ajustes em alguns meses, o que o autuado reconhece, de pronto. Assim, inexiste controvérsia após a revisão efetuada pelo autuante.

Acatando o novo demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 1699-A, conclui pela procedência parcial desta infração, no valor total de R\$1.716,11.

Infração 02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições para comercialização de mercadorias de outras unidades da Federação. O contribuinte lançou valores a crédito no livro Registro de Apuração do ICMS referentes ao ICMS antecipação parcial, mas o recolhimento foi efetuado a menos, nos meses de abril de 2005; fevereiro, março, agosto, setembro e dezembro de 2006. Demonstrativo à fl. 147.

O defendente alega que os valores relativos aos meses de agosto e setembro de 2006 foram incluídos na Denúncia Espontânea de nº 600000.9495/06-4. Que foi lançado, por engano, no mês de dezembro/06, o valor de R\$36.070,69, quando o correto deveria ser, R\$31.335,51, o que efetivamente foi recolhido. Informa que reconhece como devidos os seguintes meses e valores: 04/2005 (R\$176,18); 02/2006 (R\$15.647,84); 03/2006 (R\$12.871,72).

Considerando as alegações apresentadas pelo autuado, em sua impugnação, o autuante informou que o contribuinte lançou no livro RAICMS o valor de R\$36.070,69 a título de crédito fiscal relativo à antecipação parcial (fl. 1546) e recolheu apenas R\$31.335,51 (conforme fl. 1654). Portanto, é devido o valor exigido no presente lançamento, relativo à diferença lançada a mais no mencionado livro fiscal. Quanto à Denúncia Espontânea (fl. 1676), o autuante informa que os valores recolhidos sob o código de receita 2175 (ICMS antecipação parcial), referentes aos meses 08/2006 (R\$18.045,70), e 09/2006 (R\$12.008,50) realmente foram incluídos na mencionada denúncia, estando correto o demonstrativo elaborado quando da informação fiscal de fl. 1677 dos autos, retificando o valor originalmente lançado, o que foi aceito pelo defendente.

Acato as conclusões apresentadas pelo autuante, de acordo com a comprovação acostada aos autos. Portanto, é devido o imposto exigido no presente lançamento, após a revisão efetuada pelo autuante, ficando alterado o débito originalmente apurado para R\$36.742,94, conforme planilha de fl. 1677. Infração subsistente em parte.

Infração 03: Utilização de credito fiscal em valor superior ao retido ou antecipado na operação de aquisição mais recente, em razão de saídas interestaduais de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária, nos meses de março, junho a dezembro de 2005; janeiro, março maio, outubro de 2006, conforme levantamento à fl. 148.

O autuante esclareceu na informação fiscal, que o contribuinte fez opção pelo procedimento estabelecido no inciso III do art. 374 do RICMS/BA, fazendo uso de ambas as parcelas do imposto, o normal destacado no documento de devolução e o antecipado. De acordo com a planilha de fl. 148 foi efetuado o confronto dos valores mensais de créditos auferidos pelas devoluções de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e aqueles lançados no livro RAICMS a esse título, sendo elaborado relatório das notas de devoluções com o cálculo, produto por produto (fls. 149 a 165 dos autos), estando acostada ao PAF, cópia do livro RAICMS (fls. 1546 a 1617). O autuante esclarece que o autuado lança como créditos no livro RAICMS, os valores recolhidos a título de antecipação parcial e no caso de uma possível devolução interestadual de mercadoria em que tenha sido recolhido o imposto por antecipação parcial não há razão para fazer novo crédito, tendo em vista já ter sido feito.

O defensor alega que o autuante efetuou os cálculos relativos aos créditos de devolução aplicando MVA de 30%, mas foi utilizada MVA de 40% no cálculo da substituição tributária.

O autuante, na informação fiscal de fls. 1755/1756 diz que os valores correspondentes a devolução de alguns produtos para o fornecedor Kraft Foods do Brasil foram calculados com MVA para atacadista (30%), quando numa melhor análise, identificou que os produtos foram fabricados por aquele fornecedor, sendo cabível a MVA de 40%. Por isso, refez o demonstrativo das notas fiscais de devoluções com o cálculo dos créditos auferidos, conforme fls. 1758 a 1774, tendo confrontado com os valores mensais de créditos auferidos por essas devoluções e os lançamentos efetuados no livro RAICMS a esse título (fl. 1757).

Às fls. 1785 a 1788, o defensor diz que o autuante alterou o valor apurado desta infração 03, alterando o valor reclamado para mais, e a repartição fiscal concedeu o prazo de apenas dez dias para o contribuinte se manifestar.

Considerando a alegação do autuado, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente PAF em diligência à ASTEC (fls. 1792/1793) para que o diligente intimasse o autuado a informar todas as inconsistências verificadas no levantamento fiscal. Entretanto, foi informado pelo diligente que, após diversas intimações, o autuado não atendeu ao solicitado, impossibilitando realizar qualquer revisão do levantamento fiscal. Assim, concluo pela procedência parcial desta infração, no valor total de R\$26.082,22, de acordo com o novo demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 1757 do PAF.

Infração 05: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88, nos meses de março, abril, maio, junho, julho, agosto, novembro e dezembro de 2005; janeiro, fevereiro, março, junho a dezembro de 2006. conforme planilha à fl. 173.

De acordo com as alegações defensivas, os valores exigidos nesta infração foram incluídos na Denúncia Espontânea de nº 600000.9495/06-4, e o autuante informa que após análise efetuada no demonstrativo de débito da mencionada Denúncia Espontânea (fl. 1676), concluiu que os valores recolhidos com o código de receita 1145 (ICMS antecipação tributária de mercadoria relacionada no anexo 88) referente aos meses 08/2006 (R\$18.356,92) e 09/2006 (R\$10.182,94) foram incluídos na citada denúncia, por isso, elaborou demonstrativo na informação fiscal de fl. 1678, retificando o valor originalmente apurado, o que foi acatado pelo autuado na manifestação apresentada à fl. 1689, onde reconhece os novos valores apurados nas infrações 02 e 05 e a totalidade da infração 04. Portanto, inexiste controvérsia após a informação fiscal.

Concluo pela subsistência parcial dessa infração no valor total de R\$253.085,31 (conforme planilha à fl. 1678), considerando a comprovação apresentada pelo contribuinte, sendo acatados os novos cálculos efetuados pelo autuante.

(...)

Vale salientar, que na manifestação apresentada às fls. 1737/1743 do PAF, o defensor informou que reconhece os novos valores apurados para as infrações 01, 02, 04, 05 e 06. Portanto, o defensor não impugnou os cálculos apresentados após a informação fiscal, inexistindo controvérsia. Concluo pela subsistência da infração 06.

(...)

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo".

Diante do valor desonerado, a Junta de Julgamento recorreu de ofício da Decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 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.

VOTO

É objeto do Recurso de Ofício a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, que julgou procedente em parte, o lançamento tributário, especialmente as infrações 1, 2, 3 e 5, as quais versam sobre falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo (infração 1), recolhimento efetuado a menos do ICMS antecipação parcial (Infração 2), utilização de crédito fiscal indevido, vez que em valor superior ao retido ou antecipado na operação de aquisição mais recente, em razão de saídas interestaduais de mercadorias tributadas anteriormente por substituição tributária (Infração 3) e, finalmente, recolhimento a menor do ICMS por antecipação, devido por substituição, em aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88 (Infração 5).

O julgador de primeiro grau, à vista da argumentação apresentada pela empresa, e em busca da verdade material, converteu o processo em diligência ao autuante (fls. 1.696 a 1.698), visando:

Quanto à infração 1, apurar se os estornos exigidos no presente lançamento, se referiam às aquisições de mercadorias com alíquota de 12% e se manifestar quanto às alegações defensivas, cotejando os demonstrativos de fls. 16/24 com a planilha de fl. 1687.

Infração 2: Verificar se procediam as alegações defensivas, examinando o valor lançado à fl. 147, cotejando os valores efetivamente recolhidos pelo autuado com base nos documentos fiscais, devendo confirmar se os valores denunciados pelo impugnante através de Denúncia Espontânea 600000.9495/06-4 contemplaram o montante exigido pelo deficiente relativo aos meses de agosto e setembro de 2006, bem como juntar aos autos cópia da mencionada Denúncia Espontânea.

Infração 3: À vista dos demonstrativos de fls. 149/165 verificar se estavam corretos os cálculos elaborados para efeito de utilização de créditos fiscais previstos no art. 374, III do RICMS/BA. Comprovar se efetivamente as mercadorias objeto da antecipação tributária realizada pelo autuado foram devolvidas através de documento próprio.

Infração 5: Confirmar se o montante excluído da fl. 1678 estava contemplado na Denúncia Espontânea 600000.9495/06-4, juntando aos autos cópia da mencionada denúncia.

Em atendimento, foi prestada pelo autuante a informação fiscal de fls. 1699-A/1701, a qual, acatando argumentação defensiva, tendo elaborado novo demonstrativo da infração 01, no qual apurou débito relativo aos meses de fevereiro, março, junho e dezembro de 2006. Quanto à infração 02, informou estar correto o demonstrativo apresentado quando da informação fiscal de fl. 1677 dos autos, retificando o valor originalmente lançado. No que tange à infração 03, afirmou estar a autuação alinhada com a previsão legal. Na infração 05, aduziu estar igualmente correto o demonstrativo elaborado na informação fiscal de fl. 1678, retificando o valor originalmente apurado, tendo acostado aos autos um novo demonstrativo de débito constante às fls. 1702 a 1705, contemplando as alterações que, no seu entendimento, são procedentes.

Diante da ciência ao sujeito passivo, (fl. 1.706), o que motivou a manifestação constante às fls. 1.709 a 1.711, na qual reconheceu o acerto do diligente/autuante, em relação às exclusões realizadas em relação à infração 1, discordando, entretanto, do Parecer em relação às infrações 2 e 3, mantendo sua argumentação defensiva, o que motivou nova solicitação de diligência ao autuante, (fl. 1.729), no sentido de:

Quanto à primeira infração, verificar se os valores exigidos foram efetivamente estornados nos livros fiscais, de acordo com os documentos fiscais emitidos, juntando aos autos a necessária comprovação, e em relação às infrações 2 e 5, pedir ao autuado que apresentasse demonstrativo das notas fiscais correspondentes à Denúncia Espontânea, alegada na impugnação, devendo apurar se os documentos fiscais eram os mesmos utilizados no levantamento fiscal.

Tal pedido resultou na peça de fls. 1.730 a 1.733, na qual em relação à infração 2, o autuado reconheceu os valores apurados referentes aos meses de abril de 2004, fevereiro e março de 2006. Quanto aos meses de agosto e setembro de 2006 informou que o autuado alegou que o imposto exigido foi inserido na Denúncia Espontânea de nº 600000.9495/06-4, e que se equivocou no lançamento referente ao mês 12/2006, tendo em vista que lançou o valor de R\$36.070,69 quando seria R\$31.335,51, valor que efetivamente foi recolhido. O autuante afirmou ser cabível a cobrança da diferença lançada a mais no livro fiscal. Quanto à Denúncia Espontânea nº. 600000.9495/06-4, (fl. 1676, informou que em relação aos valores recolhidos com o código de receita 2175 (antecipação parcial) referentes aos meses de agosto de 2006 (R\$18.045,70) e setembro de 2006 (R\$12.008,50) reconheceu que realmente foram contemplados na mencionada denúncia espontânea, e que estava correto o demonstrativo elaborado quando da informação fiscal à fl. 1677, retificando o valor inicialmente lançado. Salientou que a fonte dos valores exigidos foi o livro Registro de Apuração do ICMS e os valores foram lançados como se recolhidos fossem, não tendo sido comprovados pelo contribuinte os pagamentos devidos.

Em relação à infração 3, afirmou caber ao autuado informar o procedimento que utilizava dentre aqueles enunciados no artigo 374 do RICMS, e que apontasse os casos de divergência entre a MVA utilizada para o cálculo do ICMS antecipação, quando da entrada da mercadoria e a que foi utilizada no cálculo do mesmo imposto quando de sua devolução, a fim de melhor esclarecer a matéria.

No que concerne à infração 5, aduz estar correto o demonstrativo elaborado quando da informação fiscal prestada à fl. 1678, retificando o valor originalmente lançado. Pede que o autuado carreasse ao presente demonstrativo das notas fiscais correspondentes à Denúncia Espontânea nº. 600000.9495/06-4, por ele realizada.

Mais uma vez intimado da nova diligência realizada (fl. 1.735), o sujeito passivo retorna ao processo (fls. 1.737 a 1.743), para contestar seu resultado, e solicitar que estranho ao feito avaliasse a autuação, apontando eventuais equívocos cometidos por ocasião da realização da diligência, ao tempo em que informa reconhecer os novos valores apurados para as infrações 1, 2, 4, 5 e 6, reiterando, ainda, pedido de diligência por estranho ao processo.

Nova manifestação do autuante, datada de 14 de abril de 2009, reconstrói relatório de notas fiscais elaboradas relativo às devoluções devidamente corrigido, relativamente à infração 3, na forma dos documentos de fls. 1.757 a 1.774, que foram devidamente entregues ao sujeito passivo (fl. 1.779), o que motivou nova manifestação de fl. 1.785 a 1.788, onde afirma relativamente à infração 03, que os novos cálculos realizados aumentaram o valor da mesma, com o que não concorda, tendo a Junta de Julgamento Fiscal determinado a realização de nova diligência fiscal, agora por parte da ASTEC/CONSEF (fls. 1.792 e 1.793).

Através do Parecer ASTEC 99/2010, o diligente informa que não pode atender quanto ao solicitado, diante do fato de que, embora intimado em quatro oportunidades, o sujeito passivo não apresentou o quanto solicitado para a realização da diligência, o que levou o feito para o julgamento cujo Recurso de Ofício ora é apreciado.

Vê-se, pois, que a Junta de Julgamento Fiscal procurou a verdade material, analisando os aspectos defensivos apresentados pelo sujeito passivo, à exaustão, o que resultou na quantidade de diligências realizadas. O fato do sujeito passivo solicitar reiteradamente a realização de verificação por alguém que não o autuante, e quando lhe foi dada tal oportunidade não ter atendido às intimações, fragiliza a sua argumentação defensiva, e robustece a Decisão de primeiro grau.

Por outro lado, tratando-se de questão meramente que demandaria a verdade material, e tendo esta aflorado nas diversas verificações realizadas que reduziram alguns dos valores originalmente lançados, alguns objeto da defesa do contribuinte, entendo que a Decisão se mostra acertada, não merecendo, pois, qualquer reparo ou correção, devendo ser mantida em sua

inteireza, não sendo, pois, o mesmo provido, devendo ser tomados como definitivos os valores apontados no julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278868.0060/07-2, lavrado contra **UNIÃO BAIANA DE DISTRIBUIÇÃO LTDA. (UNIBOM)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.203.311,39**, acrescido das multas de 60% sobre R\$352.071,69 e 70% sobre R\$851.239,70, previstas no art. 42, inciso II, “d” e “e”; VII, “a” e “b” e inciso III, da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS