

PROCESSO - A I Nº 281077.0006/10-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TRANSPORTADORA ASSOCIADA DE GÁS S.A. – TAG
RECORRIDOS - TRANSPORTADORA ASSOCIADA DE GÁS S.A. – TAG e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0165-05/11
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 12/12/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0372-12/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** CONTRIBUINTE, À ÉPOCA, OPTANTE PELA UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO; **b)** MERCADORIAS OBJETO DE SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Exigências reconhecidas e recolhidas pelo autuado. Infrações subsistentes. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, POR ESCRITURAR INDEVIDAMENTE CRÉDITO FISCAL; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO, DECORRENTE DA ESCRITURAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. Exigências existentes em função da glosa do crédito fiscal de ICMS reconhecido e recolhido. Infrações insubsistentes, sob pena de cobrança em duplicidade. Homologue-se o valor recolhido. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 5ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que inicialmente lhe foi imputado (infrações 3 e 4), tudo a rigor do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2010, exige ICMS no valor de R\$166.653,95, além de multa e acréscimos legais, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 1 - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 851,93, relativo ao mês de junho de 2008, em decorrência de ter optado pela utilização de crédito presumido, em substituição ao aproveitamento dos créditos fiscais relativos às operações e prestações tributadas, na operação do imposto a recolher. Contribuinte optante pelo crédito presumido, se creditou 20% do diferencial de alíquota. Não houve prestação tributada no período.*

Infração 2 - *Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 82.857,67, inerente ao mês de junho de 2009, relativo às mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Contribuinte com um percentual de 99,85% de saída sem tributação.*

Infração 3 - *Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS referente à prestação de serviço de transporte, devidamente escriturado nos livros fiscais próprios, no valor de R\$ 27.820,94, inerente aos meses de junho e julho de 2009, por escriturar indevidamente crédito fiscal.*

Infração 4 - *Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 55.123,41, inerente ao mês de agosto de 2009, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, por escriturar indevidamente crédito fiscal.*

A 5ª JJF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão, abaixo transcrita, pela Procedência em Parte da autuação, para exigir do autuado o pagamento do imposto no valor de R\$83.709,60,

acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, “*in verbis*”.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$ 166.653,95, relativo a quatro irregularidades, conforme documentos às fls. 01 a 58 dos autos, sendo:

(...)

O autuado, em sua defesa, reconhece e recolhe os valores pertinentes às duas primeiras exigências e impugna as duas últimas infrações, as quais o sujeito passivo sustenta que decorreram do fato de não ter realizado o estorno do crédito do ICMS exigido na infração 2, relativo à competência de junho de 2009, influenciando diretamente no recolhimento do imposto nos demais períodos exigidos, inerentes aos meses de junho, julho e agosto de 2009, exigidos nas infrações 3 e 4, visto que o crédito foi transportado até sua apropriação integral. Assim, defende que as exigências relativas à falta de recolhimento do ICMS (infração 3) ou à redução no recolhimento (infração 4), nos meses seguintes, caracterizam cobrança em duplicidade, visto que o mesmo fato (ausência de crédito) é utilizado com base para enquadramento em infrações distintas (ausência de estorno e redução do recolhimento do ICMS).

De fato, da análise das peças processuais, se verifica que a exigência de falta de recolhimento do ICMS, reclamada na infração 3, e do recolhimento a menos do imposto, exigido na infração 4, decorreram em razão da glosa do crédito fiscal no montante de R\$ 82.944,35, crédito este indevido e exigido na infração 2, no percentual 99,88% relativo às saídas sem tributação, razão do seu estorno de crédito fiscal, e demais ajustes constantes à fl. 35 dos autos.

Em outras palavras, as infrações 3 e 4 só ocorreram em função da desconsideração do crédito fiscal de ICMS, no mês de junho de 2009, no valor de R\$ 82.944,35.

Porém, como tal montante já é objeto da infração 2, exigência esta proporcional às saídas sem tributação, uma vez reconhecido e recolhido pelo contribuinte, consoante documentos às fls. 434 e 441/442 dos autos, tal importância deve permanecer como crédito do ICMS na conta corrente do imposto da empresa autuada, pois foi devidamente legalizada.

Assim, uma vez mantido o crédito fiscal do ICMS de R\$ 82.944,35, no mês de junho de 2009, em razão do recolhimento da exigência constante da infração 2, as quantias reclamadas nas infrações 3 e 4 não ocorreram, conforme se pode observar nos documentos de folhas 47, 51 e 57 dos autos, sendo descabidas as planilhas de fls. 44 e 54 dos autos, relativas às aludidas infrações 3 e 4, pois, se mantidas, ensejariam em duplicidade de exigência ($R\$ 18.790,15 + R\$ 9.030,79 + R\$ 55.123,41 = R\$ 82.944,35$, mesmo valor de crédito glosado na infração 2, após a proporcionalidade aplicada).

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 83.709,60, sendo subsistentes as infrações 1 e 2, devendo-se homologar os valores já recolhidos.

Ante a sucumbência da Fazenda Pública Estadual, a 5ª JJF recorre de ofício da Decisão por ela prolatada.

Devidamente cientificado, o Contribuinte retorna tempestivamente aos autos, e na sua peça de insurgência recorre contra parte da “Resolução” constante do Acórdão nº 0165-05/11.

Assevera que apesar de haver reconhecido e recolhido o valor correspondente às infrações 01 e 02, conforme demonstra, e a Junta de Julgamento Fiscal ter dado provimento ao seu fundamentado apelo defensivo, afastando a exigência das infrações 3 e 4, fez constar na Resolução da Decisão que exarou a determinação de que deveria “*ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$83.709,60, acrescido ...*”. Ressalta que a Junta de Julgamento Fiscal “*homologou o pagamento efetuado em relação a infração 01 e a infração 02.*”

Reitera que a determinação de intimação do recorrente para efetuar o mencionado pagamento de R\$ 83.709,60 é indevida, pois o pagamento foi efetuado e reconhecido na Decisão recorrida que homologou dito pagamento, devendo ser afastada a ordem de intimação, “*riscando-se, por conseguinte, os apontamentos em nome da TAG relacionados com o Auto de Infração SEFAZ-BA nº 281077.0006/10-7*”.

Pugna pelo conhecimento e provimento do seu Recurso Voluntário, para que seja determinada a reforma da parte da “resolução” do Acórdão JJF nº 0165-05/11, no que determinou a intimação da Contribuinte para efetuar pagamento de imposto e multa, no valor de R\$ 83.709,60.

A Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, Procuradora da PGE/PROFIS, exara Parecer à fl. 504, no qual assevera que a JJF acertou ao manter a procedência das infrações 1 e 2, entendendo também que a condenação ao pagamento das referidas infrações também está correta. Referindo-se aos valores eventualmente já recolhidos, diz que serão oportunamente homologados pela SEFAZ.

VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pelos julgadores da 5ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0165-05/11 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em ralação à infração de nº 1 na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo Sujeito Passivo, vejo que tem foco unicamente na Resolução do julgamento de piso. Entende o recorrente que uma vez reconhecido e pago o montante referente às infrações 1 e 2, e tendo sido exonerado das exigências contidas nas infrações 3 e 4, não deveria ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no correspondente às infrações já pagas, conforme demonstrado.

Vejo que assiste certa razão ao Recorrente. O fato é que em que pese o ilustre relator de primo grau haver consignado que devem ser homologados os valores efetivamente recolhidos, tal determinação não consta da parte dispositiva do Acórdão recorrido. Entretanto, tal falha, de caráter menor, não impõe qualquer alteração na Decisão vergastada, pois, pode ser corrigida por meio desta Decisão de segundo grau.

Quanto à assertiva do recorrente no sentido de que a Junta de Julgamento Fiscal homologou os valores recolhidos, faz-se necessário ressaltar que não é atribuição deste Órgão de Julgamento proceder à homologação de valores, bem por isso é que o Julgador de primo grau apenas determinou, ao setor competente das SEFAZ, que homologasse os valores já recolhidos.

Convém lembrar que o julgamento feito pela Junta de Julgamento Fiscal é de primeira instância e, conseqüentemente, em razão do valor desonerado e pela possibilidade de insurgência do Sujeito Passivo, passaria pela segunda instância de julgamento que poderia, inclusive, reformar a Decisão proferida em primeiro grau.

Por tudo isso, considerando a perfeição do julgamento proferido pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal que, inclusive, determinou a homologação dos valores já recolhidos, nego provimento ao Recurso Voluntário interposto.

Quanto ao Recurso de Ofício, vejo que deriva da insubsistência das infrações 3 e 4, que acusam o recorrente de haver deixado de recolher no prazo regulamentar ICMS referente à prestação de serviço de transporte, devidamente escriturado nos livros fiscais próprios, e de haver recolhido a menos ICMS, em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, por escriturar indevidamente crédito fiscal.

A Junta de Julgamento Fiscal entendeu corretamente, acolhendo as razões de defesa, que resta patente que as exigências de falta de recolhimento do ICMS e de recolhimento a menos do imposto, infrações 3 e 4, decorreram da glosa do crédito fiscal no montante de R\$ 82.944,35. Consignou o Relator de primo grau que o crédito fiscal é indevido e já havia sido exigido na infração 2, relativamente às saídas sem tributação, no percentual de 99,88%.

O ilustre Relator da Decisão recorrida, de maneira cuidadosa e didática, elaborou e descreveu os cálculos que demonstram, de maneira irrefutável, que mantido o crédito fiscal do ICMS no montante de R\$ 82.944,35, no mês de junho de 2009 - infração 2, reconhecida e paga pelo recorrente -, as exigências contidas nas infrações 3 e 4 são irremediavelmente insubsistentes, ou seja, a ocorrência das infrações que motivaram o presente Recurso de Ofício derivam da

desconsideração, pela autuante, do crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 82.944,35, referente ao mês de junho de 2009.

Pelo exposto, entendendo que não merece qualquer reparo a Decisão Recorrida, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos pelo Sujeito Passivo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281077.0006/10-7**, lavrado contra **TRANSPORTADORA ASSOCIADA DE GÁS S.A. - TAG**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$83.709,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS