

PROCESSO	- A. I. N° 269197.0010/11-0
RECORRENTE	- INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A -ILPISA
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0158-04/12
ORIGEM	- IFEP – DAT/SUL
INTERNET	- 13.03.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0087-13/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Comprovado que, quando encerrado o diferimento ou não sendo possível sua aplicação, fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto na saída interna de leite in natura, conforme previsto à época no art. 348, § 3º-A, do RICMS/97. Aplicável a multa por descumprimento de obrigação acessória, de não emitir nota fiscal. Item subsistente em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ICMS DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA VALOR EXCEDENTE. O crédito fiscal admitido é o calculado com a aplicação da alíquota correspondente sobre a base de cálculo prevista em Lei Complementar, no caso o valor da operação. Inadmissibilidade da utilização de crédito fiscal calculado a partir de pauta fiscal em valor superior a da operação. Item subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0158-04/12, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 34.178,57, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2009.

INFRAÇÃO 2: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 5.204,42, relativo a parte excedente, nas operações interestaduais em que o imposto foi recolhido com base em pauta fiscal superior ao valor da operação, visto que a empresa se creditou do ICMS destacado no documento fiscal e o valor de ICMS a ser considerado para crédito fiscal (7%) é em função do valor da mercadoria e não o valor da pauta fiscal, conforme art. 93, § 5º, II, do RICMS/BA.

A Decisão recorrida foi pela procedência do Auto de Infração, após indeferimento do pedido de diligência, diante das seguintes considerações:

Quanto à infração 1, o argumento de que todas as operações ocorrem sob o regime de diferimento, ainda que venha a se mostrar verídico, não afasta a irregularidade, isto porque não se trata de presunção, sendo impossível cogitar a aplicação da proporcionalidade, uma vez que,

através de levantamento quantitativo, restaram definitivamente comprovadas as operações de saída omitidas, em razão de que o art. 4º da Portaria 445/98 determina a tributação sob a alíquota de 17%, visto que não se sabe o destino das mercadorias, cujas vendas ou transferências não foram devidamente lançadas na escrita fiscal.

No que pertine às alegadas perdas, aduz a JJF que não restaram comprovadas nos autos, pois, em tal hipótese, deve o contribuinte emitir as notas fiscais de saída correlatas e estornar os créditos, de modo que a escrita fiscal espelhe a realidade. Assim, somente são albergadas pelo diferimento as operações com notas fiscais. Mantém a infração 1.

Em relação à infração 2, a JJF concluiu que o contribuinte agiu em afronta ao art. 13, I da Lei Complementar nº 87/96, ao fazer incidir a alíquota de 7% sobre valores fictícios, em valores maiores do que os das operações, nas aquisições originárias do Estado de Minas Gerais, conforme documentos de fls. 43 a 50, do que aduz não observar a hipótese prevista no art. 93, §5º, II, RICMS/97.

O órgão julgador salienta, ainda, não ser pertinente a linha de defesa de que é detentor de crédito acumulado, não causando prejuízo ao Erário, pois o mesmo é escritural e pode ser transferido, do que registra que é admitido o estorno do crédito correspondente ao valor equivocadamente calculado se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal. Mantém a infração 2.

Não se conformando com a Decisão de 1ª instância, o autuado apresentou, tempestivamente, às fls. 105 a 114, Recurso Voluntário onde, inerente à infração 1, aduz que a única operação praticada pelo recorrente é a de captação do leite “in natura” de produtores rurais da região, o seu armazenamento nos tanques situados no seu posto de captação e a posterior transferência deste leite, ainda em estado natural, para a sua fábrica situada em Itapetinga, na Bahia. Assim, defende que ao atribuir a alíquota de 17% para quantificar o total do imposto que deveria ter sido pago pela suposta omissão das saídas, o fisco acabou criando uma hipótese de incidência tributária não prevista na legislação baiana, isso porque as operações de saídas praticadas, de transferência de leite “in natura” para o seu estabelecimento fabril situado neste Estado, são amparadas pelo diferimento do ICMS, portanto, não poderia o fisco atribuir 17% para quantificar um eventual imposto não recolhido. Diz que a própria Portaria nº 445/98, no seu artigo 4º, utilizada pelo fisco para embasar a cobrança, já sinaliza que a omissão de saídas, praticada pelo contribuinte, serve para comprovar a falta de pagamento do imposto, logicamente se houver imposto a pagar na operação. Como as operações de saídas praticadas pelo recorrente não geram ICMS a recolher, não há que se falar em reparação ao Estado, mesmo no caso de ter ocorrido uma eventual falta de escrituração de algumas operações de transferências entre estabelecimentos.

Salienta que esta linha de defesa, inclusive, já foi utilizada num Auto de Infração lavrado contra outro Posto de Captação de leite da mesma titularidade do recorrente, situado em Ipirá, inerente ao Auto de Infração nº 281508.0001-11/4, que possui a mesma finalidade do Posto de Maiquinique, objeto deste lançamento, cujo item 1 discute a mesma situação ocorrida na infração 2 daquele Auto de Infração, qual seja, a omissão de saídas de mercadorias amparadas pelo regime do diferimento, do que informa que, no julgamento da aludida exação, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal, acatou os argumentos do recorrente e, por unanimidade, decretou a insubsistência da infração, justamente pelo fato das operações de saídas serem amparadas pelo diferimento do ICMS. Assim, requer a improcedência da primeira infração.

No tocante à infração 2, reitera que não houve ilegalidade na operação, já que o crédito fiscal apropriado foi efetuado com base no tributo que foi destacado no documento fiscal de aquisição, conforme o próprio fisco baiano apurou, fruto de um pagamento efetivamente realizado ao fisco mineiro, ou seja, não foi um crédito apropriado deliberadamente a maior, mas um crédito tomado com base em documentos legítimos, fiscais e de arrecadação, sem os quais as operações sequer poderiam ter sido realizadas.

Defende que o enunciado do § 5º, do artigo 93, do RICMS/BA, ao determinar que ‘*somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado*’ não parece estar negando o direito à integralidade do crédito, mas apenas deixando claro que somente permitirá o crédito a mais caso tal majoração tenha sido determinada através de pauta fiscal vigente em outra unidade da federação.

Aduz que não pagou o imposto a mais em Minas Gerais porque quis, mas por força de legislação daquele Estado, e, sob esta ótica, este *imposto foi corretamente calculado*, se assim não fosse a mercadoria sequer chegaria ao seu destino na Bahia. Logo, se o *imposto foi corretamente calculado*, significa que o § 5º, do art. 93, do RICMS/BA está sendo apenas enfático ao deixar claro que o crédito fiscal será admitido se e somente se tal majoração tenha ocorrido em função de pauta fiscal aplicável em outra UF. Assim, entende que não houve nenhuma ilegalidade na apropriação dos créditos fiscais, do que requer a improcedência da segunda infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância inerente às duas infrações, as quais foram julgadas subsistentes pela Decisão recorrida.

Da análise das razões recursais inerentes à primeira infração, na qual se exige o ICMS relativo às operações de saídas de leite in natura efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2009, observa-se que, em se tratando de leite fresco, cujas operações estão sujeitas à substituição tributária por DIFERIMENTO, *a princípio*, a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre tais operações seria transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria, adiando-se o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que ocorresse o encerramento da fase do DIFERIMENTO, conforme previsto à época no art. 349 do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Conforme o art. 347, I e III, do RICMS, então vigente, o imposto seria lançado pelo responsável uma vez ocorrido o momento previsto como termo final do diferimento, entre eles a perda ou desaparecimento da mercadoria objeto do benefício, ainda que a operação que encerrasse o diferimento fosse isenta ou não tributada. Porém, conforme previsto no art. 348, § 3º-A, do RICMS/97, especificamente nas operações internas com leite fresco, pasteurizado ou não, quando encerrado o diferimento ou não sendo possível sua aplicação, fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto. Assim, conclui-se que a diferença encontrada de leite in natura, indicativa da omissão de saída, não cabe a exigência do imposto, sendo aplicável a multa de R\$ 50,00, por descumprimento de obrigação acessória, de não emitir nota fiscal, sem penalidade prevista expressamente nesta Lei, conforme art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Item subsistente em parte.

Quanto à segunda infração, relativa à utilização indevida de crédito fiscal superior ao valor da operação, inerente à parte excedente em que o imposto foi recolhido com base em pauta fiscal, devo ressaltar que o inciso XII, do § 2º, do art. 155, da Constituição Federal, prevê que cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação do imposto (alínea "c"), e também fixar a base de cálculo do ICMS (alínea "i"). Assim, amparada na previsão constitucional acima, a Lei Complementar n.º 87/96, no seu art. 13, I, define que a base de cálculo do imposto é, na saída de mercadoria, o valor da operação.

Portanto, o crédito fiscal decorrente da aquisição da mercadoria não pode ser superior à aplicação da alíquota interestadual (no caso, 7%, porque oriunda do Estado de Minas Gerais) sobre o valor da operação.

Logo, a disputa deve ser travada com o Estado de origem, que adota como base de cálculo a pauta fiscal, e não com o Estado da Bahia, que não admite a utilização do crédito fiscal apurado através de base de cálculo em valor superior ao estabelecido na Lei Complementar n.º 87/96, plenamente constitucional. Item subsistente.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, em relação à primeira infração, para julgá-la subsistente em parte, com multa aplicada de R\$ 50,00, mantendo o valor relativo à segunda infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269197.0010/11-0, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A - ILPISA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.204,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da citada Lei, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS