

PROCESSO - A. I. Nº 206958.0044/09-0
RECORRENTE - PENHA COMERCIAL DE ESTIVAS E CEREAIS LTDA. (SUPERMERCADO CASA CHEIA)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0014-03/12
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 19.06.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0238-13/13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos para deduzir os valores recolhidos antes da ação fiscal e notas fiscais não acostadas aos autos, reduzindo-se o imposto exigido. Corrigido erro material constante na Decisão recorrida. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O RECOLHIMENTO EFETUADO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Imputação elidida parcialmente, conforme as comprovações dos pagamentos realizados, acostadas aos autos pelo defendente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Como parte do imposto exigido foi pago antes da ação fiscal, deve ser mantido o valor remanescente. Afastada a arguição de decadência. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE** para corrigir pequeno erro material referente à infração 01. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração referente à exigência de R\$23.555,88 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Recolhimento do ICMS antecipação parcial efetuado a menos, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, nos meses de setembro, outubro e dezembro de 2006, e de outubro a dezembro de 2008. Valor do débito: R\$13.547,09.

INFRAÇÃO 2: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2006; julho de 2007; janeiro e dezembro de 2008. Valor do débito: R\$8.964,06.

INFRAÇÃO 3: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, por erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, relacionadas no anexo

88 do RICMS/BA, nos meses de setembro a novembro de 2006; março e abril de 2007; novembro e dezembro de 2008. Valor do débito: R\$1.044,73.

Em primeira instância, após rejeitar a preliminar de nulidade apresentada, a 3ª JJF concluiu pela Procedência Parcial da infração 1, em razão do seguinte:

No mérito, a primeira infração trata de recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, nos meses de setembro, outubro e dezembro de 2006; outubro a dezembro de 2008. Demonstrativo às fls. 09 a 14 do PAF.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96. Portanto, é devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas aquisições de mercadorias para comercialização, não enquadradas na substituição tributária.

O autuado alegou que no demonstrativo elaborado pelo autuante, não contém a identificação das mercadorias a que se referem as Notas Fiscais indicadas (as quais, também não foram juntadas ao processo), impossibilitando avaliar os casos de efetiva obrigatoriedade de recolhimento da antecipação parcial exigida e as alíquotas internas aplicáveis a cada mercadoria. Afirma que foram desconsiderados os efetivos pagamentos comprovados pelo autuado.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante prestou informações fiscais, dizendo que em relação às notas fiscais do exercício de 2006, apesar de regularmente intimado, o defendente não apresentou os mencionados documentos fiscais. Quanto ao exercício de 2008, disse que foram apresentadas as notas fiscais, exceto as de número 41925, 41919, 195407 e 13774, cujo lançamento no livro Registro de Entradas do autuado também não foi localizado. Por isso, foram excluídas as exigências fiscais correspondentes. Observa, ainda, que as NFs 707318 e 3409 se referem a produtos enquadrados na substituição tributária, por isso também foram retiradas da exigência fiscal.

O autuante informou que apesar da impossibilidade técnica em atender ao pedido relativo à discriminação das mercadorias, providenciou as cópias das notas fiscais e acostou aos autos. Em relação à comprovação de que o defendente tributou todas as saídas das mercadorias, informa que não foi apresentado nada. Após a dedução das notas fiscais citadas na informação fiscal, o débito remanescente da antecipação parcial do exercício de 2008 é R\$10.474,06, conforme demonstrativo que acostou aos autos fls. 103 a 107.

Considerando a inexistência no PAF das notas fiscais que lastrearam a exigência fiscal, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou diligência ao autuante para juntar aos autos as cópias das notas fiscais objeto da autuação e ser reaberto o prazo de defesa pela repartição fiscal. Entretanto, não houve a juntada dos documentos fiscais relativos ao exercício de 2006, conforme relatado na última informação fiscal.

Constato que a ausência no PAF das notas fiscais objeto da exigência fiscal constitui cerceamento do direito de defesa, impedindo de se conferir a exata destinação e o tipo de mercadoria nelas consignado e os demais dados, bem como, se o cálculo do imposto foi efetuado corretamente. Portanto, inexistindo as correspondentes notas fiscais nos autos, relativas ao exercício de 2006, não há como se determinar, com segurança, a infração imputada ao autuado, o que implica nulidade da autuação, conforme prevê o art. 18, inciso IV do RPAF/BA.

Quanto ao exercício de 2008, o autuante refez os demonstrativos, excluindo as notas fiscais não localizadas, bem como, as NFs 707318 e 3409 se referem a produtos enquadrados na substituição tributária. Também foram considerados os recolhimentos comprovados por meio do Relação de DAEs constante no Sistema INC desta SEFAZ (fls. 22 e 265 do PAF). Assim, após os ajustes efetuados, o débito remanescente da antecipação parcial do exercício de 2008 é R\$12.158,44, conforme demonstrativo que acostou aos autos fls. 103 a 107.

O autuado apresentou o entendimento de que deveria ser exigida multa, referindo-se ao art. 915, § 1º, do RICMS/97, alegando que as operações se referem aos exercícios de 2006 a 2008, já encerrados e, nos quais, ocorreram as saídas com tributação normal das mercadorias constantes nas Notas Fiscais elencadas nos anexos do Auto, por se tratar de mercadorias, em sua maioria, altamente perecíveis (alimentos) e que já não poderiam se encontrar em estoque no estabelecimento autuado, quando a ação fiscal que foi executada em 2009.

Embora tal argumento seja razoável, o dispositivo legal que permitiria exigir apenas a multa, somente deve ser aplicado quando ficar comprovado o recolhimento do imposto, conforme a redação do § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido, o que não ocorreu no presente caso.

§ 1º do art. 42 da Lei 7.014/96:

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter

sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Não acato a alegação defensiva e concluo pela procedência parcial desta infração no valor total de R\$10.474,06, conforme os demonstrativos elaborados pela autuante às fls. 103 a 107 dos autos, haja vista que não ficou comprovado nos autos que foi recolhido o imposto nas operações de saída posteriores, como prevê a legislação.

Quanto à infração 2, concluíram os Ilustres Julgadores de Primeira Instância também pela Procedência Parcial, nos seguintes termos;

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2006; julho de 2007; janeiro e dezembro de 2008. Demonstrativo à fl. 08 do PAF.

Este item também foi objeto de revisão pelo autuante, em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal. O autuante analisou as comprovações apresentadas pelo defendente, informando às fls. 95/98 que esta infração é decorrente do refazimento da conta corrente do ICMS e aponta os recolhimentos efetuados a menos no período fiscalizado, motivado por erros aritméticos simples e pela incorporação indevida de crédito de antecipação parcial, que embora vencido no mês de apuração, ainda não havia sido pago. Após as correções efetuadas, inclusive, em relação ao imposto do mês 09/2006, corrigido de R\$18.235,67 para R\$11.274,53, de acordo com o livro RAICMS (fl. 41 do PAF), o débito desta infração ficou reduzido para R\$658,73, sendo R\$275,80 referentes a 2006 e R\$382,93 relativos a 2007, conforme demonstrativo à fl. 221.

Em relação aos novos cálculos do autuante, o defendente elaborou demonstrativo à fl. 243, tendo como referências os meses de setembro a dezembro de 2006, julho de 2007, janeiro e dezembro de 2008, apurando saldo devedor apenas no mês 07/2007; saldo credor nos meses de novembro de 2006, janeiro de 2008 e dezembro de 2008. Também alegou que foi apurado pelo autuante saldo zero nos meses 09/2006, 10/2006, 12/2006. Assim, o defendente entende que está comprovada a insubsistência dos valores originalmente exigidos e, de acordo com a planilha que elaborou, reconhece o saldo devedor somente do mês 07/2007, no valor de R\$382,93.

Quanto ao argumento do autuado de que existem vícios formais no Auto de Infração, devido à incorreção na apuração do imposto exigido, dizendo que em todos os meses objeto da autuação há diferenças entre o total apurado e o lançado nos livros fiscais, o autuante esclareceu que tal equívoco e elaborou novos demonstrativos, existindo divergência com o autuado somente em relação ao débito apurado nos meses de novembro de dezembro de 2006, tendo em vista que em relação a julho de 2007, o defendente reconhece o débito no valor de R\$382,93, apurado na última revisão efetuada pelo autuante à fl. 221 dos autos.

Relativamente aos meses de novembro e dezembro de 2006, o autuante esclareceu na última informação fiscal e está comprovado pelo demonstrativo à fl. 221 dos autos que, com o acatamento da alteração do ICMS debitado de R\$18.235,67 para R\$11.274,53 no mês 09/2006, os saldos finais da conta corrente se alteraram, apurando o débito remanescente, nos mencionados meses de novembro e dezembro, nos valores de R\$39,92 e R\$236,48, respectivamente, tendo sido considerados os recolhimentos efetuados com o código 0759 (ICMS Regime Normal).

Quanto aos valores recolhidos a mais, alegados pelo defendente, nesta fase processual não cabe fazer a compensação de imposto recolhido a mais, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96.

Acato as informações do autuante e concluo pela subsistência parcial deste item da autuação fiscal, no valor total de R\$658,73, conforme demonstrativo à fl. 221, sendo R\$39,92 (novembro/2006), R\$236,48 (dezembro/2006) e R\$382,93 (julho/2007).

Por fim, também declararam a procedência parcial da infração 3, com base no seguinte:

Infração 03: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, por erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de setembro a novembro de 2006; março e abril de 2007; novembro e dezembro de 2008. Demonstrativo às fls. 15 a 17 do PAF.

Considerando as divergências entre as alegações defensivas e as informações fiscais prestadas pelo autuante, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à para o autuante elaborar novas planilhas, excluindo os valores recolhidos pelo autuado antes da ação fiscal.

Na revisão efetuada, o autuante informou que não há nenhuma nota fiscal no levantamento realizado que tenha anexa sua GNRE. Disse que o autuado não apontou o DAE ou GNRE que não foi considerado, comparando-o com as respectivas notas fiscais do mês, na mesma forma como foi efetuado o levantamento fiscal (fls. 09 a 17

do PAF). Informou que a nota fiscal citada na intimação como de nº 543390, cujo número correto é 543490, foi retirada desta infração por se referir apenas a produto da antecipação parcial. Também esclareceu que foram mantidos os valores originalmente apurados, salientando que as notas fiscais de 2006 encontram-se lançadas no livro Registro de Entradas, conforme cópia que acostou aos autos. Juntou novo demonstrativo às fls. fls. 224/226.

Na manifestação do autuado após a revisão fiscal, foi elaborada uma planilha indicando os débitos apurados, mês a mês e os valores recolhidos, tendo sido alegado pelo defendente que não foram considerados os recolhimentos efetuados, conforme constam nos extratos da própria SEFAZ.

Em atendimento à nova diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante informou que o defendente não apontou quais das notas fiscais teriam GNRE não observadas, e que não apresentou os DAEs diferentes daqueles que já haviam sido recebidos e considerados no levantamento fiscal. Esclareceu que no extrato da SEFAZ, apresenta valores pagos e mês de referência dos pagamentos, não indicando os números das notas fiscais a que se refere, ficando impossível vincular cada recolhimento à respectiva nota fiscal. Por isso, foram considerados todos os valores recolhidos pelos somatórios mensais.

Vale salientar, que na manifestação do autuado após a revisão efetuada pelo autuante não foram apresentados novos fatos ou documentos, tendo sido alegado que a autuação não merece prosperar, e que o Auto de Infração deveria ser julgado pela sua nulidade ou improcedência.

Analisando o demonstrativo de fls. 224/226, constatei que foram incluídas as seguintes mercadorias previstas em convênios e protocolos: tintas (Convênio 74/94), pilhas e baterias (Protocolo 18/85), vacinas (Convênio 76/94), aparelhos de barbear (Protocolo 16/85)

A legislação prevê que nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária, conforme art. 372 do RICMS/97. Neste caso, devem ser excluídos da exigência fiscal os valores correspondentes às notas fiscais de mercadorias previstas em Convênios e Protocolos, tendo como signatários os Estados remetentes e a Bahia, porque a responsabilidade pelo recolhimento do imposto não é do autuado, na condição de destinatário das mercadorias. Assim, procedendo às necessárias exclusões, o débito apurado nesta infração fica alterado conforme quadro abaixo, elaborado com base no demonstrativo às fls. 224/226:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
30/09/2006	09/10/2006	67,89
31/10/2006	09/11/2006	17,27
30/11/2006	09/12/2006	219,00
31/03/2007	09/04/2007	108,28
30/04/2007	09/05/2007	217,06
30/06/2007	09/07/2007	197,47
31/12/2008	09/01/2009	28,54
T O T A L		855,51

Considerando as exclusões acima mencionadas e que foram computados nos demonstrativos do autuante os recolhimentos comprovados por meio da Relação de DAEs, acato os cálculos efetuados na diligência às fls. 224/226 do presente PAF, com as retificações efetuadas, e concluo pela procedência parcial da infração 03, no valor total de R\$855,51

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Em relação à Infração 01, diz o recorrente que a Decisão recorrida indica um débito final apurado de R\$12.158,44, relativo ao exercício de 2008. Entretanto, segundo ele, consta na pag. 11 do acórdão que o autuante apontou um saldo devedor final para a infração, no total de: R\$10.474,06, “conforme demonstrativo que acostou aos autos fls. 103 a 107”.

Requer a revisão da Decisão, tendo em vista a suposta divergência de dados apontada.

Em relação à infração 2, o recorrente insiste na necessidade de revisão dos valores finais apurados nesta infração: R\$39,92, em Novembro/2006; R\$236,48, em Dezembro/2006 e, R\$382,93, em Julho/2007, que totalizam: R\$658,73.

Diz que os saldos efetivamente apurados em cada mês estão resumidos em uma tabela que apresenta, e insiste na inconsistência dos valores apontados no acórdão recorrido.

Aduz que ficou provada no curso das diligências, a absoluta inconsistência dos valores apontados pelo autuante. Alega que, diante da tabela que apresenta, pode-se observar que em

Novembro/2006, remanesceu um saldo credor de R\$236,48, o qual anula o débito de R\$236,48, apurado em Dezembro/2006, em razão da apuração mediante conta corrente fiscal.

O recorrente apresentou a Tabela abaixo insistindo na inconsistência dos valores, apontados no acórdão recorrido:

Mês de Referência	Novos Saldos exigidos Conf. Inform. Fiscal – em R\$	Saldos apurados no novo Conta/Corrente – em R\$	Valores recolhidos (em R\$)
09/2006	0,00	0,00	0,00
10/2006	0,00	0,00	0,00
11/2006	39,32	(236,48) – Credor	0,00
12/2006	236,48	0,00	0,00
07/2007	382,93	382,93	0,00
01/2008	0,00	(62,52) – Credor	0,00
12/2008	0,00	(1.209,25) – Credor	0,00

Alega a decadência de eventuais débitos remanescentes, oriundos do exercício de 2006.

Entende que somente resta o saldo devedor de R\$382,93, em Julho/2007.

Quanto à infração 3, o recorrente diz concordar com os valores remanescentes, apontados no acórdão à fl. 14, à exceção dos valores relativos ao exercício de 2006: R\$67,89, em 30/09/2006; R\$17,27, em 31/10/2006; e R\$219,00, em 30/11/2006, pois os considera "prescritos (sic) a partir de 01/01/2012"

Entende que resta nesse caso, um débito total de R\$515,35.

Em Parecer de fls. 311/314 a PGE/PROFIS, por intermédio da Procurada Maria José Ramos Coelho, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Diz que não foram trazidos aos autos argumentos suficientes para a reforma da Decisão recorrida.

Quanto à arguição de decadência, chama a atenção que o Auto de Infração foi lavrado em 2009 e se refere a fatos geradores de 2006, logo, não cabe a alegação de decadência.

Além disso, diz que o contribuinte não traz aos autos qualquer prova e nem aponta qualquer divergência que justifique a revisão da infração 1. Frisa que a JJF determinou a realização de diligência fiscal, tendo sido feito o demonstrativo fiscal com exclusão das notas fiscais não localizadas, bem como das notas fiscais referentes a produtos enquadrados na substituição tributária. Além disso, a revisão fiscal realizada pelo autuante (fls. 103-107), também considerou os recolhimentos comprovados por meio da relação de DAEs, constante no INC da SEFAZ, às fls. 22/265.

Diz que a arguição de inconsistência da infração 2 não deve ser acatada, pois cabe ao sujeito passivo pleitear perante a repartição fazendária competente o Pedido de Restituição.

VOTO

A arguição de decadência não merece ser acolhida, pois, como observou a PGE/PROFIS, a autuação foi no ano de 2009 e os fatos geradores se referem a datas a partir do ano de 2006, logo, o prazo decadencial, que é de 5 anos, não transcorreu.

Quanto à infração 1, vejo que assiste razão ao recorrente, pois, a 3ª JJF, conforme relatado acima, expressamente concluiu que o valor remanescente da infração 1 é de R\$10.474,06, contudo, ao final do acórdão recorrido consta um demonstrativo no qual é indicado o valor residual da infração 1 de R\$12.158,44.

Assim, o valor residual da infração 1 é de R\$10.474,06, conforme demonstrativo de fls. 103-107.

Quanto à infração 2, vejo que o pedido recursal se limita à alegação de decadência, que já foi afastada acima, e à compensação do alegado saldo credor em novembro de 2006 com o saldo devedor de dezembro de 2006.

Observo que o alegado saldo credor não se verifica na conclusão da diligência constante à fl. 221. Assim, acaso o contribuinte queira reivindicá-lo, deve buscar procedimento próprio de repetição de indébito para comprovar o alegado saldo credor e buscar a restituição ou compensação.

Por fim, quanto à infração 3, noto que o pleito recursal se limita exclusivamente ao reconhecimento da decadência, a qual não é cabível conforme exposto acima.

Ante ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para reduzir o valor residual da infração 1, conforme demonstrativo abaixo transcrito:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	10.474,06
02	PROCEDENTE EM PARTE	658,73
03	PROCEDENTE EM PARTE	855,51
TOTAL		11.988,30

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 **206958.0044/09-0**, lavrado contra **PENHA COMERCIAL DE ESTIVAS E CEREAIS LTDA. (SUPERMERCADO CASA CHEIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.988,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “b” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS