

PROCESSO - A. I. Nº 269352.0031/12-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0179-01/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26.12.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0489-13/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SAÍDAS SUBSEQÜENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas ou destinadas à exportação. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que algumas mercadorias foram tributadas normalmente na saída. Os próprios autuantes reconheceram assistir razão ao autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Na Informação Fiscal os próprios autuantes opinaram pela exclusão deste item da autuação, em razão de o levantamento se referir a outro contribuinte. Infração insubsistente. 2. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. ICMS EXIGIDO. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que parte das mercadorias arroladas na autuação estava sob o regime de Substituição Tributária. Os próprios autuantes reconheceram assistir razão ao autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 269352.0031/12-0, lavrado em 14/12/2012, para exigir ICMS no valor histórico total de R\$974.347,17, acrescido da multa de 60%, em razão de quatro irregularidades, das quais são objeto do recurso as imputações 01 a 03:

INFRAÇÃO 1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$101.559,06, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de novembro e dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$98.110,58, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 3. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$643.074,13, acrescido da multa de 60%;

O Fisco acostou documentos às fls. 10 a 90.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 92 a 118, acostando documentos às fls. 119 a 138.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 165 a 178 acolhendo em parte as alegações defensivas considerando parcialmente procedentes as imputações 01 e 03 e nula a imputação 02, mantendo integralmente a imputação 04.

Cientificado da informação fiscal (fls. 181 a 186), o autuado não se manifestou.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0179-01/13, às fls. 189 a 199. Em seu voto, acerca das imputações objeto de recurso de ofício assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Do exame das peças que constituem o presente processo, verifico que o autuado rechaça a infração 01 afirmando que descabe a exigência referente às mercadorias açafrão e empanado de peixe, por se tratar de produtos industrializados e, desse modo, tributadas normalmente pelo ICMS, situação que permite o creditamento realizado.

De fato, assiste razão ao impugnante. Tratando-se de mercadorias cujas operações de saídas são tributadas normalmente, o crédito fiscal é perfeitamente admissível, conforme previsto no art. 93 do RICMS/97, obviamente, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Relevante registrar que na Informação Fiscal os próprios autuantes acataram as razões defensivas acima aduzidas, concordando com a redução da exigência fiscal referente ao açafrão no valor de R\$238,14, conforme tabela que apresentaram. Já em relação ao empanado de peixe, discordaram apenas do valor apontado pelo autuado de R\$237,69, haja vista que o valor correto é de R\$44,03, conforme tabela que também apresentaram. Constato que os autuantes estão corretos.

Diante disso, considerando que somente é permitida a utilização do crédito fiscal na proporção das saídas tributadas ou destinadas à exportação, a infração 01 é parcialmente subsistente no valor de R\$101.276,89, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

<i>Data de Ocorrência</i>	<i>ICMS devido (R\$)</i>
31/01/2010	2.613,44
28/02/2010	4.445,00
31/03/2010	3.417,77
30/04/2010	201,37
31/05/2010	3.740,46
30/06/2010	3.185,35
31/07/2010	4.110,01
31/08/2010	2.173,81
30/09/2010	3.301,26
31/10/2010	3.669,75
30/11/2010	3.199,52
31/12/2010	3.240,68
31/01/2011	3.737,73
28/02/2011	3.725,32
31/03/2011	4.380,79
30/04/2011	13.111,67
31/05/2011	13.048,29
30/06/2011	4.123,75
31/07/2011	859,37
31/08/2011	4.310,91
30/09/2011	11.010,46
31/10/2011	59,36
30/11/2011	2.421,56
31/12/2011	3.189,26
TOTAL	101.276,89

No respeitante à infração 02, não resta dúvida que é improcedente, haja vista que os dados e informações que basearam o levantamento levado a efeito pelos autuantes se referem a outro contribuinte, conforme se verifica no demonstrativo de fl. 61, assim como no relatório “Infração 02_Crédito Indevido Mercadorias ST_MERCANTIL_75643658_2011”, constante do CD anexado à fl. 86 dos autos. Vale registrar que os próprios autuantes, de forma escorreita, reconheceram o equívoco. Infração insubsistente.

No que concerne à infração 03, constato que os autuantes acatarem acertadamente os argumentos defensivos atinentes às mercadorias bacon, lã de aço, pão de mel, polpa de cacau, excluindo da exigência fiscal os valores respectivos, conforme tabelas que apresentaram na informação fiscal. Vejo que também laboraram em acerto quando acatarem parcialmente a alegação defensiva referente à mercadoria repelente, haja vista que, efetivamente, os repelentes que estão enquadrados no regime de Substituição Tributária, conforme previsto no Protocolo ICMS 106/09, em seu Anexo Único, item 10, são aqueles exclusivamente para uso sanitário domiciliar. É certo que o repelente destinados para uso humano, sob a forma de loção ou spray, não está enquadrado no regime de Substituição Tributária, sendo correta a exigência fiscal referente a esta mercadoria, conforme tabela que apresentaram na informação fiscal.

A não aceitação pelos autuantes dos argumentos defensivos atinentes às mercadorias canjica de milho, canjinha, creme de milho, flocos de milho, massa para pastel, também se apresenta correta, pelas seguintes razões:

- canjica de milho e creme de milho não estão contempladas pela alíquota reduzida, prevista no art. 51, I, "a", do RICMS/BA/97, pois diferem das mercadorias relacionadas no referido dispositivo regulamentar, no caso, milho, farinha de milho e fubá de milho;

- canjinha não está enquadrada no regime de Substituição Tributária, pois não se trata de produto comestível em estado natural, estando assim fora do referido regime tributário;

- flocos de milho não é a mesma coisa que farinha de milho - que possui redução de base de cálculo de 100%, conforme previsto no art. 87, XXX, do RICMS/97. Conforme muito bem detalhado pelos autuantes, o floco de milho é o milho moído, industrializado e açucarado. Já a farinha de milho é o milho in natura, moído e depois seco. Destacam que fubá de milho também não se confunde com floco de milho, pois fubá é um ingrediente para preparação de bolos, pães, biscoitos e polenta, etc.;

- massa para pastel não está classificada nas posições da NCM que fazem parte da substituição tributária de massas, no caso 1902.11.00 e 1902.19.00, mas na posição 1902.30.00, portanto, não enquadrada no regime de substituição tributária. Relevante o registro feito pelos autuantes de existência de Parecer da Diretoria de Tributação da SEFAZ – DITRI, nesse sentido.

No que diz respeito à mercadoria leite líquido (longa vida), observo que o autuado alega que a Fiscalização incorreu em equívoco, por não ter observado que se trata de produto com fabricação interna no Estado da Bahia, portanto, com alíquota de 7%. Diz que anexou aos autos notas fiscais de compras internas do leite, no caso, Nota Fiscal nº 000016529 do fornecedor VALEDOURADO e Nota Fiscal nº 000.685.599 do fornecedor BATAVO.

Relativamente à alegação defensiva atinente ao leite longa vida, fornecido pela empresa VALEDOURADO, a análise das planilhas elaboradas pelos autuantes que constam no CD de fl. 86, no caso, planilhas "Infração 03_Tributação a Menor no ECF_MERCANTIL_75643658_2010" e "Infração 03_Tributação a Menor no ECF_MERCANTIL_75643658_2011", permite constatar que, de fato, não apontam qualquer exigência de imposto atinente a esse fornecedor.

Quanto ao argumento defensivo atinente ao fornecedor BATAVO observo que a cópia do DANFE acostada à fl. 139, correspondente à Nota Fiscal nº 000.685.599, efetivamente, foi emitida por uma empresa distribuidora dos produtos BATAVO, constando como natureza da operação "Venda de Mercadoria Adquirida e Recebida de Terceiros", portanto, não comprovando a alegação defensiva de ter sido fabricada no Estado da Bahia.

No que tange à alegação defensiva atinente a mercadoria salgadinhos, esta se apresenta inaplicável ao caso em exame, haja vista que referida mercadoria não foi arrolada no levantamento realizado pelos autuantes.

Observo que o autuado alega a existência de crédito, por ter aplicado alíquotas maiores do que as devidas, conforme planilhas que apresenta em CD acostado aos autos. Vejo que os autuantes, na informação fiscal, dizem que a análise das planilhas não permitiu identificar com clareza a origem das alegadas tributações a maior, diante das informações constantes das planilhas.

É certo que, independentemente da não ter sido possível aos autuantes confirmar a alegação defensiva de existência de créditos, em razão de ter aplicado alíquotas maiores do que as devidas, não poderia haver compensação dos aludidos créditos com o débito apontado no presente PAF.

Isso porque, tendo sido aplicada pelo contribuinte uma alíquota maior do que a prevista legalmente para a operação, obviamente, o imposto destacado no documento fiscal também foi maior que o devido, o que caracteriza um indébito.

Ora, sendo um indébito, tem o contribuinte o direito de postular a restituição do valor indevidamente lançado.

Ocorre que o ICMS é um imposto indireto, significando dizer que o ônus do imposto é arcado pelo contribuinte de fato (adquirente) e não pelo contribuinte de direito (vendedor).

Dessa forma, quando há aplicação de alíquota maior do que a devida, o encargo financeiro é assumido pelo adquirente, que irá efetuar o pagamento ao fornecedor do valor total apontado na nota fiscal.

Certamente que o legislador ao estabelecer que a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la, visou afastar a possibilidade de enriquecimento sem causa do emitente da nota fiscal, pois, além de receber o valor constante na nota fiscal pago pelo adquirente, também receberia o valor do imposto referente à restituição do indébito, cujo ônus foi arcado pelo adquirente.

Desse modo, no caso em exame, descabe a compensação pretendida pelo impugnante.

Vale registrar, a título ilustrativo, que poderá o autuado, querendo, apresentar pedido de restituição, na forma do art. 166 do Código Tributário Nacional – CTN, cuja apreciação será feita pela autoridade fazendária competente.

Diante disso, esta infração é parcialmente subsistente no valor de 590.753,88, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico (R\$)	Val. da Redução (R\$)	Icms Devido (R\$)
31/01/2010	09/02/2010	4.440,48	0,00	4.440,48
28/02/2010	09/03/2010	5.066,12	0,00	5.066,12
31/03/2010	09/04/2010	5.545,50	0,00	5.545,50
30/04/2010	09/05/2010	4.471,98	0,00	4.471,98
31/05/2010	09/06/2010	4.572,65	0,00	4.572,65
30/06/2010	09/07/2010	5.629,36	0,00	5.629,36
31/07/2010	09/08/2010	4.785,78	0,00	4.785,78
31/08/2010	09/09/2010	4.400,78	0,00	4.400,78
30/09/2010	09/10/2010	4.970,21	0,00	4.970,21
31/10/2010	09/11/2010	4.970,95	0,00	4.970,95
30/11/2010	09/12/2010	4.125,24	0,00	4.125,24
31/12/2010	09/01/2011	4.505,56	4.028,63	476,93
31/01/2011	09/02/2011	7.418,19	3.369,29	4.048,90
28/02/2011	09/03/2011	7.683,33	3.688,94	3.994,39
31/03/2011	09/04/2011	97.801,36	4.423,69	93.377,67
30/04/2011	09/05/2011	60.769,79	3.867,49	56.902,30
31/05/2011	09/06/2011	61.634,81	3.661,86	57.972,95
30/06/2011	09/07/2011	67.208,51	4.318,27	62.890,24
31/07/2011	09/08/2011	105.979,67	4.643,10	101.336,57
31/08/2011	09/09/2011	87.420,95	5.049,62	82.371,33
30/09/2011	09/10/2011	29.685,11	5.167,68	24.517,43
31/10/2011	09/11/2011	24.856,90	4.452,44	20.404,46
30/11/2011	09/12/2011	14.957,45	5.649,24	9.308,21
31/12/2011	09/01/2012	20.173,45		20.173,45
TOTAL		643.074,13	52.320,25	590.753,88

(...)

Diante do exposto, as infrações 01 e 03 são parcialmente subsistentes, a infração 02 nula e a infração 04 subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício.

Compulsando os autos, constato que a Decisão de base baseia-se na minuciosa revisão fiscal efetuada pelos próprios autuantes, que ao analisarem as alegações defensivas e os documentos apresentados, constantes dos autos do presente processo, verificaram a procedência de parte do aduzido pelo contribuinte, reconhecendo, de forma lúdima, os equívocos cometidos quando da execução da ação fiscal.

Não merece reparo a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 **269352.0031/12-0**, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 823.634,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “a” e VII, “a, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2013.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS