

PROCESSO - A. I. N° 1805030803/08-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NETUNO ALIMENTOS S/A.
RECORRIDOS - NETUNO ALIMENTOS S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0354-02/09
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA FREITAS
INTERNET - 08/08/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0204-11/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração desonerada parcialmente em primeira instância. Realizada diligência que manteve o valor julgado pela JJF. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO INDICADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração reconhecida. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0354-02/09, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99 e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do mesmo regulamento.

Cumpre pontuar que a nova Decisão decorre da recomendação da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, que através do Acórdão CJF nº 0068-12/13, acolheu a Representação da PGE/PROFIS e determinou a Nulidade da Decisão pertinente ao Acórdão nº. 0175-11/12.

O Auto de Infração lavrado em 05/09/2008, imputa ao Sujeito Passivo o cometimento de nove infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 2, 3, 5 e 7 e objeto do Recurso Voluntário as infrações 1, 2 e 3:

INFRAÇÃO 1. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, sendo lançado o valor de R\$22.806,56, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 2. deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro a maio de 2003 e abril a julho de 2004, sendo lançado o valor de R\$8.148,18, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 3. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS através de cópias de notas fiscais, nos meses de abril a junho de 2003 e de abril, maio e julho de 2004, sendo lançado o valor de R\$9.130,63, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 5. deixou de recolher o ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com fim específico de exportação (exportação indireta), sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de registro de exportação emitido pelo destinatário, condição necessária ao reconhecimento da não incidência, nos meses de março e junho de 2003, dezembro de 2004, janeiro, abril, setembro e outubro de 2005;

INFRAÇÃO 7. deixou de recolher o ICMS em razão de registro de operação tributadas como não tributada, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com fim específico de

exportação (exportação indireta), sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de registro de exportação emitido pelo destinatário, condição necessária ao reconhecimento da não incidência. Foi acrescentado que foi comprovado através de levantamento comparativo dos quantitativos das notas fiscais de saídas para exportação e as quantidades efetivamente exportadas constante dos memorandos de exportação, nos meses de julho e outubro de 2003, sendo lançado o valor de R\$66.132,81, acrescido da multa de 60%;

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 2^a JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 711/723):

Após a análise dos elementos trazidos aos autos, passo às considerações concernentes ao mérito, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado obedecendo aos ditames do art. 38 do RPAF/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

O contribuinte reconheceu e disse que efetuou o parcelamento dos valores envolvidos da Infração 02 em parte, e totalmente das Infrações 04, 06, 08, e 09, que as considero desde já subsistentes, entretanto, impugna os créditos tributários exigidos no tocante às Infrações 01, 03, 05, e 07, que passo a examiná-las.

A infração 01, traz o lançamento tributário decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de materiais de uso e consumo, de produtos que o sujeito passivo alega, mediante informações, se tratar de materiais intermediários, material de embalagem, traz explicações de uso consoante descritas abaixo:

- tripolifosfato sódio, é utilizado para proteção contra a desidratação do produto durante o congelamento;
- nitrogênio, utilizado como gás para o sistema de refrigeração, no congelamento rápido;
- geladeira 170l com dreno, entende que é material de embalagem;
- gelo, utilizado na conservação do produto in natura ou durante o processo produtivo até a etapa do congelamento;
- brifisol, utilizado para proteção contra a desidratação do produto durante o congelamento;
- metabissulfito sódio, é utilizado na prevenção para retardamento da ação enzimática que ocorre nos crustáceos;
- amido de milho amisol, é utilizado quando do embarque de peixe fresco, para refrescamento, em substituição do gelo em escama.

Saliento que constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos, de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização. (Art.93, I, "b" do RICMS/97).

Observo que o sujeito passivo informou em sua defesa que se dedica a atividade de aquicultura, de processamento, beneficiamento e acondicionamento de pescados, moluscos, crustáceos e frutos do mar em geral.

Os produtos tripolifosfato sódio, nitrogênio, geladeira 170l com dreno, gelo, brifisol, metabissulfito sódio e amido de milho amisol, consoante esclareceu o próprio contribuinte, não são aplicados na industrialização, são utilizados para proteção, refrigeração, conservação e prevenção no processo de refrescamento e congelamento de suas mercadorias em estado natural, restando demonstrado que os mencionados produtos não participam de processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição, são produtos para uso e consumo do estabelecimento, consoante deixou evidente o sujeito passivo têm a função de manter os peixes e moluscos preservados, de modo que tais mercadorias permaneçam inalterável e em condição plena de consumo em seu estado "in natura." Do mesmo modo, não ficou demonstrado ser a citada geladeira material de embalagem.

Pela descrição da utilização dos produtos em questão, constantes da fl. 160 dos autos, nos processos de congelamento e refrescamento de pescados, moluscos, crustáceos e frutos do mar em geral, verifica-se que a natureza de cada um indica que não foram utilizados no processo produtivo e consumidos a cada etapa de produção como elemento indispensável ao produto final, visto que, da forma que são utilizados não resta dúvida que são materiais de uso e consumo utilizados para manterem as mercadorias conservadas em seu estado natural.

Assim, concluo não caber razão ao autuado, haja vista a demonstração de que os materiais ou produtos especificados acima, constantes da relação à fl. 160 dos autos, não são insumos ou produtos intermediários, geradores de direito ao crédito fiscal do ICMS, posto que não integram ao produto final como elemento indispensável à sua composição, nem tão pouco o são material de embalagem.

Mantenho, portanto, a infração 01.

Quanto à infração 2, o contribuinte a reconheceu parcialmente, alegando ser devido apenas o montante de R\$1.042,75, apontando erro no levantamento do autuante.

Analizando as peças processuais verifico que o contribuinte comprovou que houve exigência no mês de fevereiro de notas fiscais registradas e pagas em março/2003, assim como que neste e em outros meses ocorreram erros de cálculos, e que houve exigência do imposto já pago antes da ação fiscal.

O autuante realizou revisão fiscal do seu levantamento e corrigiu os enganos cometidos, reduzindo o montante originalmente lançado de R\$8.148,18 para R\$1.406,65. Após examinar os procedimentos do autuante, bem como, os elementos de sua revisão, coaduno com o montante remanescente apurado, demonstrado em sua planilha fl. 677.

O sujeito passivo tomou conhecimento dos novos valores, em sua manifestação, reiterou as alegações defensivas, não trouxe elemento novo modificando o resultado da revisão

A infração 02, portanto, fica subsistente em parte, no valor remanescente demonstrado acima, após a mencionada revisão.

Em relação à infração 03, que traz a exigência do ICMS, decorrente da utilização indevidamente de crédito fiscal do imposto através de cópias de notas fiscais.

O art. 97, inciso IX do RICMS/97, não admite que uma via do documento fiscal substitua outra, muito menos é admissível que o documento seja substituído por cópia. A legislação prevê que no caso de extravio, o contribuinte comunique o fato à repartição e para efeito de utilização de crédito fiscal, o extravio precisa ser comprovado pelo contribuinte, para após analisado pelo fisco, após a comunicação exigida, se admite ou não o direito ao crédito fiscal. Não constam nos autos justificativas razoáveis nem deferimento por parte do fisco autorizando o uso do crédito constante nas cópias das notas fiscais que fundamentaram a autuação.

Vale ressaltar que o julgamento da 1ª. JJF no Acórdão 0692/01, naquele caso específico, decorreu da interpretação por se tratar de um diminuto valor, sendo que esse entendimento isolado, não é pacificado por este CONSEF. No presente caso, os valores são relevantes. O contribuinte não fala em extravio de documento fiscal, e se houve, não comunicou previamente ao Estado para averiguação e deferimento ou não do direito ao crédito fiscal.

Observo que foi refeito o demonstrativo desta infração, excluindo o valor de R\$646,00, lançado indevidamente no mês de abril, referente à nota fiscal nº 8881, que consta à condição de destinatário sua matriz do autuado. Dessa forma se reduziu o montante de R\$ 9.130,63, lançado nesta infração, para R\$ 8.484,63.

Considero, portanto, parcialmente subsistente a infração 03, conforme demonstrativo à fl. 683 dos autos.

As Infrações 05 e 07 trazem a exigência de operações tributadas como não tributadas, nas saídas de mercadorias, polvo, lagosta, lagosta sapata, peixe cong., peixe guaiuba, peixe arioco, peixe pirauna, lagosta cauda, acobertadas com notas fiscais nº 07, 220, 3691, 3811, 3841, 4738 e 4885 com fim específico de exportação, sem comprovação da efetiva saída do país.

Ressalte-se que o ICMS não incide sobre operação ou a prestação que destinem ao exterior mercadorias ou serviços, não apenas os produtos industrializados, mas também os produtos primários e os produtos industrializados semi-elaborados. O capítulo do RICMS/97 que trata dos procedimentos a serem adotados para exportação direta e indireta, traz exigências a serem observadas pelo exportador, sendo que no caso da exportação indireta, o estabelecimento destinatário, exportador além dos procedimentos a que estiver sujeito conforme a legislação deste Estado, deverá emitir o documento denominado “Memorando de Exportação” e encaminhará ao estabelecimento remetente a 1ª. Via do “Memorando de Exportação”, acompanhada de cópia do Conhecimento de Embarque e do comprovante de exportação.

Observo que o contribuinte realizou transferências de mercadorias para outros estabelecimentos da mesma empresa, com o fim específico de exportação indireta, entretanto, na constância da fiscalização não comprovou ter realizado as exportações.

Em sua defesa, verifica-se que o sujeito passivo trouxe aos autos documentos tais como registro de exportação, despacho de exportação, conhecimento de embarque, cópias de notas fiscais e de livro Registro de Saídas, bem como memorandos de exportação, fls. 456 a 604 e 616 a 649.

Analizando as peças processuais, verifica-se que o autuante ao examinar os documentos colacionados aos autos constatou a existência dos documentos que comprovam a exportação das mercadorias remetidas para exportação indireta, além dos memorandos de exportação das mercadorias constantes da mencionadas notas fiscais, consoante demonstrado às fls. 462, 472, 482, 491, 498, 505, 517, 529, 546, 571, 593, 602, 571 e 585, comprovando a efetiva exportação das referidas mercadorias.

Portanto, às Infrações 05 e 07 são insubstinentes.

Dessa forma, fica reduzido o montante lançado de R\$322.516,89 para R\$ 91.689,02, consoante demonstrado na

planilha, às fls. 673 e 674 do PAF.

Constam às fls. 708 e 709, relatórios do SIGAT comprovando pagamento de parte do valor lançado.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor pago.

De ofício, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 735/748, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

No que se refere a infração 1 argui que as mercadorias autuadas não se tratam de “materiais para uso e consumo” mas, sim, de produtos intermediários, matérias-primas e materiais de embalagens – mercadorias que, de acordo com a legislação do Estado da Bahia, asseguram ao contribuinte o direito ao creditamento integral do ICMS.

Ressalta que a legislação do ICMS, destaca que as matérias-primas, os produtos intermediários e os materiais de embalagem utilizados no processo produtivo, quando nele diretamente empregados, ensejam direito ao creditamento do ICMS decorrente de sua aquisição.

Esclarece que produto intermediário, para efeito do aproveitamento de ICMS é aquele que: (i) empregado diretamente no processo produtivo, integra-se ao novo produto; (ii) embora não se integrando ao novo produto, é consumido, imediata e integralmente, no processo de beneficiamento ou industrialização.

Repete que o crédito de ICMS aproveitado considerado “indevido” pelo autuante e pela instância a quo decorreu da aquisição de produtos intermediários empregados diretamente em seu processo produtivo, da seguinte forma:

tripolifosfato sódio, produto intermediário que, integrando-se ao novo produto, é utilizado como aditivo para proteção contra a desidratação do produto durante o congelamento;

nitrogênio, produto intermediário que é imediata e integralmente consumido no processo produtivo, sendo utilizado como gás para o sistema de refrigeração, no congelamento rápido;

gelo, produto intermediário que é imediatamente consumido no processo produtivo e que é utilizado na conservação do produto in natura ou durante o processo produtivo até a etapa do congelamento;

brifisol, produto intermediário que, integrando-se ao novo produto, é utilizado como aditivo para proteção contra a desidratação do produto durante o congelamento;

metabisulfito sódio, produto intermediário que, integrando-se ao novo produto, é utilizado na prevenção para retardamento da ação enzimática que ocorre nos crustáceos;

amido de milho amisol, produto intermediário que, integrando-se ao novo produto, é utilizado para fazer geopack, quando do embarque de peixe fresco, para refrescamento, em substituição do gelo em escama.

Destaca que, em caso idêntico, julgado através do Acórdão JJF nº 0145-02/09, do mesmo contribuinte, esse CONSEF entendeu que os mesmos produtos acima elencados não caracterizam materiais de consumo mas, sim, produtos intermediários que, como tais, ensejam creditamento do correspondente ICMS.

No que se refere a mercadoria geladeira de 170 litros com dreno, argui que trata-se de bem destinado ao ativo fixo do recorrente e, como tal, sua aquisição gera direito a crédito de ICMS, a teor do que dispõe o art. 93, V, “a”, do RICMS/BA.

Chama atenção que consistindo sua atividade em criação, beneficiamento e processamento de crustáceos, a geladeira em questão destina-se à manutenção de suas atividades-fim – sendo, aliás, indispensável à consecução destas.

Relativamente a infração 2 destaca que reconheceu que houve o cometimento de algumas as irregularidades indicadas pelo i. auditor fiscal, as quais implicaram a ausência de recolhimento de ICMS (diferença de alíquotas) no valor de R\$ 1.042,75.

Instado a manifestar-se sobre a defesa fiscal, o autuante reconheceu que laborou em equívoco e,

refazendo seus cálculos, chegou à conclusão de que o montante de imposto a pagar corresponderia a R\$ 1.406,65, valor mantido pela JJF.

Sustenta que a diferença entre o saldo de imposto apurado pelo i. autuante e aquele reconhecido pelo recorrente também é indevido.

Verifica que diferença diz respeito ao ICMS atinente a três Notas Fiscais de Aquisição de Mercadorias, de nºs 16029, 288 e 286.

No que diz respeito à Nota Fiscal nº 16029, assevera que o pagamento do tributo deu-se regularmente no mês de maio, mês seguinte àquele em que se formalizou a escrituração da nota – dentro do vencimento, portanto.

Alega que o mesmo ocorreu com o imposto referente às Notas Fiscais nºs 288 e 286, ambas foram escrituradas, regularmente, no mês em que seu deu a entrada das correspondentes mercadorias no estabelecimento do recorrente e o diferencial de alíquotas foi devidamente recolhido, dentro do vencimento estipulado em lei.

Argumenta que o diferencial de alíquotas correspondente às aquisições consubstanciadas nessas NF's foi devidamente recolhido, de modo que o saldo de imposto devido é aquele já reconhecido e parcelado (R\$ 1.042,75), e não aquele fixado no acórdão recorrido (R\$ 1.406,65).

Por fim, a infração 3 diz respeito a utilização, supostamente indevida, de crédito fiscal de ICMS através de cópias de notas fiscais (a saber, as Notas Fiscais nºs 6999, 7011, 7133, 16465, 48376, 179152, 8881, 15232, 16513, 28449, 15270, 15336, 18159, 16549, 16639, 16719 e 180671).

Observa que a JJF manteve parcialmente a autuação exceto quanto a NF nº 8881, ao fundamento que o recorrente anexou outras vias das notas fiscais em questão e cópias das folhas do livro de Registro de Entradas onde se localizam os competentes registros desses documentos fiscais - a fim de demonstrar que as aquisições ocorreram e, portanto, geram direito ao crédito.

Transcreve o artigo 97, inciso IX, do RICMS/BA – que veda ao contribuinte creditar-se do imposto “*em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, ressalvada a hipótese de documento perdido, extraviado ou desaparecido, caso em que a admissão do crédito é condicionada à comprovação da ocorrência, por parte do contribuinte*”, requerendo que o dispositivo seja aplicado com cautela.

Entende que é temerário impedir a utilização do crédito fiscal apenas porque o contribuinte descumpriu uma obrigação instrumental.

Transcreve a ementa do Acórdão JJF Nº 0692/01, ao argumento de refletir o posicionamento do CONSEF no sentido de que deve permitir a utilização do crédito fiscal, ainda que o contribuinte não disponha da 1ª via da nota fiscal, tendo o mesmo que suportar, pelo cometimento da falta, a aplicação de pena pecuniária não superior a 1 UPF-BA.

A PGE/PROFIS em Parecer da lavra da Dra. Maria Helena da Cruz Bulcão às fls.755/759, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário consignado, em síntese, quanto ao item 1, que os produtos objeto da autuação não podem ser considerados como produtos intermediários em face de não integrarem o produto final, bem como em razão da sua contínua utilização.

Quanto ao item 2, afirma que da análise do demonstrativo de fl. 677, não se confirma a tese do recorrente, vez que não se identifica imposto pago nos meses posteriores às datas referidas no citado documento, relativo às Notas Fiscais nºs 16029, 286 e 288. Por fim, quando ao item 3, afirma que comungando com o entendimento da JJF, cópia da nota fiscal não substitui o documento fiscal, gerando consequentemente utilização indevida de crédito fiscal, como determina o art. 97, IX, do RICMS/BA.

Submetido o processo à Pauta Suplementar, a 1ª CJF deliberou pela conversão dos autos em diligência a ASTEC – fl. 763 – no seguinte sentido:

“*I – confirmar, in loco, se a afetação (utilização) dos produtos objeto da glosa do crédito levada a efeito no item 01 da autuação, no processo produtivo da empresa autuado, é de fato a descrita em sua defesa e na sua peça*

recursal;

I.a. informar se o produto “geladeira com dreno” é um bem do ativo ou um material de embalagem e, em sendo produto utilizado na embalagem dos produtos comercializados pela empresa, se há o seu retorno ou não ao estabelecimento;

I.b. esclarecer o que é o produto “Geopack”, sua afetação no processo produtivo da empresa, se o mesmo acompanha a mercadoria comercializada pela empresa autuado e, ainda, se há seu retorno ao estabelecimento autuado;

II - quanto à infração descrita no item 02 da autuação, recalcular o valor da diferença de alíquotas em relação às Notas Fiscais nºs 286 e 288, considerando a regra do art. 69, parágrafo único, inciso I, alínea “a”, do RICMSBA;

II.a. intimar o sujeito passivo a apresentar memória de cálculo relativo ao recolhimento da diferença de alíquotas relativo ao período de abril/2003, comprovando o pagamento do DIFAL relativo à NF nº 16029;

II.b elaborar novo demonstrativo de débito para o referido item 02, se necessário;

III – quanto à infração descrita no item 03 da autuação, intimar o sujeito passivo a comprovar o pagamento a seus fornecedores das aquisições das mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação, com a respectiva vinculação, elaborando novo demonstrativo de débito, se necessário.”

Através do Parecer ASTEC nº 882011 – fls. 766 a 769 o diligente informou que:

I. que em relação à infração 1, a afetação dos produtos objeto da autuação no processo produtivo da empresa é o mesmo descrito em sua defesa e em seu Recurso;

II. que em relação à infração 2, foi recalculado o valor da diferença de alíquotas das Notas fiscais citadas, e que intimado o contribuinte a apresentar memória de cálculo relativo ao período de abril de 2003, este o fez, comprovando o recolhimento do DIFAL relativo à Nota Fiscal nº 16029, elaborando novo demonstrativo de débito deste item (fl. 771) e,

III. que em relação à infração 3, o contribuinte conseguiu comprovar o pagamento de parte das aquisições, exceto quanto às Notas Fiscais nos 6999, 7011, 7133 26380, conforme demonstrativo que elabora (fls. 772 e 773).

Às fls. 859 a 861, consta petição do sujeito passivo dirigido a esta CJF, datada de 31 de maio de 2010, onde informa que requereu pagamento à vista de parte do débito relativo ao Auto de Infração epigrafado, nos termos da Lei nº 11.908, de 04 de maio de 2010, quanto aos itens 1, 2 e 3, nos valores que remanesceram após o julgamento de 1ª Instância.

A PGE/PROFIS, em novo Parecer de fls. 875 e 876, opina pelo Provimento Parcial do Recurso, acatando o resultado revisional, opinativo acolhido pelo Parecer da procuradora assistente, Paula Morris, em despacho de fl. 877.

A 1ª CJF através da Decisão nº 0175-11/12, fls. 883/889, Negou Provimento ao Recurso de Ofício e considerou Prejudicado o Recurso Voluntário, nos termos a seguir expostos:

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, cabível diante do julgamento pela procedência em parte dos itens 2 e 3, e pela improcedência dos itens 5 e 7, de logo devemos consignar que entendemos não merecer reforma a Decisão recorrida, porquanto em consonância com a legislação pertinente e dos elementos constante dos autos, especificamente os documentos trazidos pelo contribuinte em sua peça defensiva.

E, de fato, em relação à infração 2 – onde se imputa ao recorrido a falta de recolhimento do ICMS devido a título de diferença de alíquotas – logrou o contribuinte comprovar que ao autuante cometeu alguns equívocos no lançamento, consistente em lançar valores já pagos antes da ação fiscal, erros de cálculo e exigência no mês de fevereiro de 2003 de notas fiscais registradas e pagas em março de 2003, todos devidamente reconhecidos e retificados pelo próprio autuante em sua informação fiscal, conforme planilha de fl. 677.

Quanto à infração 3 – onde se imputa ao contribuinte a utilização indevida de crédito fiscal através de cópias de notas fiscais - a desoneração efetuada pela JJF refere-se à exclusão dos valores de glosa pertinente à Nota Fiscal nº 8881, cujo destinatário não é o estabelecimento autuado, e nem foi por este escriturada, fato também reconhecido pelo autuante na informação fiscal.

Em relação às infrações 5 e 7, onde se imputa ao recorrido a falta de recolhimento do ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com fim específico de exportação (exportação indireta), sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de registro de exportação emitido pelo destinatário – o contribuinte comprovou a efetiva exportação dos produtos, através dos memorandos de exportação respectivos, acostados aos autos na peça defensiva, e analisados pelo autuante na informação fiscal, que os acatou.

Quanto ao Recurso Voluntário, diante dos documentos de fls. 862 a 867, que comprovam que o sujeito passivo, através do benefício da Anistia, estipulada na Lei nº 11.908/10, efetuou o pagamento dos valores dos débitos que remanesceram após o julgamento proferido pela JJF, relativamente às infrações descritas nos itens 1, 2 e 3 da peça inicial da autuação, ora impugnadas, o Recurso Voluntário ora em apreciação perdeu seu objeto, visto que, como é cediço, o pagamento do débito é ato incompatível com o intuito de recorrer da Decisão administrativa que julgou procedente a autuação, ensejando, inclusive, a extinção do crédito tributário, por força do disposto no art. 156, I, do Código Tributário Nacional.

Ressaltamos, ainda, que, na data de 15/10/2008, o contribuinte já havia reconhecido e efetuado pagamento de parte dos valores reconhecidos na peça defensiva, mediante parcelamento, conforme documentos de fl. 708.

Neste sentido, somos pela homologação dos valores recolhidos pelo recorrente, diante da quitação integral do débito que remanesceu após o julgamento da JJF, julgando PREJUDICADO o Recurso Voluntário interposto e EXTINTO o presente processo administrativo.

Do exposto, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e por julgar PREJUDICADO o Recurso Voluntário, devendo ser homologada a Decisão recorrida.

Às fls. 900/905 o Sujeito Passivo se manifesta em razão da intimação para pagamento do valor de R\$11.998,98.

Transcreve parte do Acórdão nº. 0175-11/12 que afirmou que a integralidade do débito existente após a Decisão de primeiro grau foi quitada e diante disso extinguiu o Processo Administrativo.

Assevera que se o CONSEF entendeu que o crédito tributário havia sido quitado, não há margem para fazer cobrança no âmbito deste Processo Administrativo.

Requer que seja cancelada a exigência do saldo remanescente, ou, alternativamente, que os autos sejam encaminhados ao CONSEF para que seja apreciado o Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS no Parecer de fls. 943/944, oferece representação ao CONSEF, propondo a nulidade da Decisão nº. 0175-11/12, que declarou não provido o Recurso de ofício e prejudicado o Recurso Voluntário, em face ao suposto pagamento integral do Auto de Infração, tendo em vista que resta pendente saldo remanescente a ser cobrado relativo às infrações 2 e 4.

Através do Acórdão CJF nº. 0068-12/13, a 2ª CJF acolhe a representação proposta, no sentido de que seja anulada a Decisão nº. 0175-11/12, devendo o processo retornar à 2ª Instância para novo julgamento.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos contra o Acórdão nº 0354-02/09, prolatado pela 2ª JJF, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, em razão do cometimento de nove infrações.

A nova análise dos Recursos decorre da recomendação da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, que através do Acórdão CJF nº 0068-12/13, acolheu a representação da PGE/PROFIS e determinou a nulidade da Decisão pertinente ao Acórdão nº. 0175-11/12.

Cumpre esclarecer que só remanesce valores quanto as infrações 2 e 4.

No que tange a infração 2 os autos foram convertido em diligência para que a ASTEC/CONSEF recalculasse o valor da diferença de alíquotas em relação às Notas Fiscais nos 286 e 288, considerando a regra do art. 69, parágrafo único, inciso I, alínea “a”, do RICMS\BA, que assim dispõe:

Art. 69. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Parágrafo único. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:

I –é devido o pagamento:

a) se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;

Ato contínuo, o fiscal diligente deveria intimar o sujeito passivo a apresentar memória de cálculo relativo ao recolhimento da diferença de alíquotas relativo ao período de abril\2003, comprovando o pagamento do DIFAL relativo à Nota Fiscal nº 16029 e caso necessário elaborasse um novo demonstrativo de débito para o item 2.

Em cumprimento à diligência o diligente recalcoulou o valor da diferença de alíquotas das Notas fiscais citadas e elaborou novo demonstrativo de débito deste item, mantendo para esta infração o montante de R\$1.406,65.

Assim, acolho o resultado da diligência fiscal, ressaltando que na manifestação de fls. 860/861, o Recorrente informa que pagou a quantia remanescente de R\$363,90, apesar de não constar o registro do pagamento no sistema da SEFAZ.

No que tange a infração 4, não há insurgência do Sujeito Passivo, conforme expressamente reconhecido no Recurso Voluntário, tendo afirmado que procedeu o recolhimento do valor total da infração, apesar de também não constar o registro de pagamento no sistema da SEFAZ.

Assim, convém reiterar que os valores remanescentes foram reconhecidos pelo Recorrente no Recurso Voluntário e na manifestação de fls. 860/861.

Quanto às demais infrações, o Recorrente procedeu o pagamento do valor julgado pela 1^a Instância, não havendo qualquer controvérsia quanto às mesmas.

Por fim, quanto ao Recurso de Ofício, concordo integralmente com a fundamentação externada pela 1^a CJF, no Acórdão nº 0175-11/12, razão pela qual, voto pelo Improvimento do Recurso de Ofício.

Ante ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 1805030803/08-7, lavrado contra NETUNO ALIMENTOS S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$91.689,02, acrescido das multas de 60% sobre R\$80.105,80 e 70% sobre R\$11.583,22, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS