

PROCESSO - A. I. N° 206915.0010/13-1
RECORRENTE - BETHÂNIA CIA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0022-02/14
ORIGEM - INFAC ALAGOINHAS
INTERNET - 26/11/2014

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0352-11/14

EMENTA: ICMS. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. IMPOSTO DESTACADO NA NOTA FISCAL RELATIVO À OPERAÇÃO NÃO TRIBUTADA. A legislação veda tal procedimento para as empresas que exerçam atividade comercial, por possibilitar ao destinatário da mercadoria a utilização como crédito fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 2^a JJF, constante no Acórdão n° 0022-02/14, que concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 17/06/2013, em razão do suposto cometimento de cinco infrações, sendo objeto do Recurso Voluntário apenas a infração 03:

INFRAÇÃO 03 – Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS de R\$73.380,75, correspondente a imposto destacado em notas fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização do crédito, inerente ao período de 03/05/2011 a 29/06/2011, referente a operações de venda dentro do Estado da Bahia de feijão, arroz e sal de cozinha (redução de 100% da base de cálculo, conforme artigos 78-A e 87, inciso XXX do RICMS/97);

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 2^a JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 1.331/1.334):

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de cinco infrações, com o débito exigido no montante de R\$113.401,64, consoante demonstrativos apenso aos autos.

(...)

No tocante à infração 3, relativa à falta de recolhimento do ICMS destacado em notas fiscais com operações não tributadas, possibilitando a utilização do crédito fiscal pelos adquirentes, vislumbro que as razões de defesa não elidem a acusação fiscal, visto que restou comprovado o destaque do imposto nos documentos fiscais e, neste caso, conforme previsto no art. 112 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n° 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores, o débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal, sendo vedada a restituição ou a autorização para aproveitamento como crédito fiscal, ao estabelecimento remetente, do valor do ICMS que tiver sido utilizado como crédito pelo estabelecimento destinatário, a menos que se comprove que o mesmo procedeu ao estorno do respectivo valor, cujo rito processual é próprio, e, por questões óbvias, não pode ser através deste processo administrativo fiscal. Assim, subsiste a infração.

(...)

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor R\$88.459,71, sendo: R\$184,12 para a infração 1; R\$122,82 para a infração 2; R\$73.380,75 para a infração 3; R\$6.315,88 para a infração 4 e R\$8.456,14 para a infração 5.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 1.345/1.351, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Impugna os argumentos do autuante, pois mesmo sendo destacado o referido imposto na nota fiscal, o adquirente do produto deve respeitar os ditames legais e não ater-se ao que está consignado na nota fiscal, uma vez que esta pode ser emitida com algum equívoco.

Destaca que os produtos feijão, arroz e sal de cozinha são vetados o direito de crédito de ICMS,

por força do art. 100, II RICMS/1997, que transcreve.

Pontua que o art. 97, I, A e B, do mesmo decreto, veta o crédito de ICMS na entrada de mercadorias isentas ou com redução de base de cálculo, também o art. 20, §1º da Lei Complementar nº 13/1996, que transcreve.

Sustenta ainda que na emissão da nota fiscal de produtos da cesta básica (feijão, arroz e sal de cozinha), por algum equívoco do fornecedor houvesse o destaque de ICMS, com redução de 100% da base de cálculo, não poderia o adquirente (destinatário) utilizar-se do crédito.

Ressalta que aquele que se creditar indevidamente deverá estornar o crédito, pagando o ICMS do crédito regular, não cabendo o recorrente pagar por um imposto que será estornado aos cofres estaduais, na hipótese do creditamento indevido pelo destinatário.

Argui que seria contraditório que o recorrente fosse coagido a pagar por um imposto considerando que as mercadorias (feijão, arroz e sal) possuem redução em 100% da base de cálculo, conforme arts. 78-A e 87, XXX do RICMS/BA.

Alega que os próprios julgadores afirmam que as operações não são tributadas, existindo a possibilidade e não uma exata configuração da utilização do crédito pelo adquirente, pois os produtos estão com redução de 100% da base de cálculo.

Diz ser imprescindível que o órgão autuante demonstre, contundentemente e careado de todas as evidências indispesáveis, que as empresas adquirentes de tais produtos tenham se creditado do ICMS.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, fls. 1.364/1.365, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pelas razões expostas abaixo:

Destaca não ter restado demonstrado nos autos, e não contestado pelo Recorrente, que realmente foi destacado nos documentos fiscais o ICMS de operação com redução de 100% da base de cálculo, possibilitando ao adquirente em operação vindoura a utilização do crédito inexistente, afetando a cadeia da não cumulatividade.

Considerando que o lançamento concretiza e immobiliza situação fática existente quando da emissão do documento fiscal, entende não haver como se exercer uma previsão de que o adquirentes das mercadorias, em situações futuras, irão se abstrair de se creditar do imposto indevidamente anotado nos documentos fiscais, sem o correlato recolhimento do tributo.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0022-02/14, prolatado pela 2ª JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, em razão do suposto cometimento de cinco infrações, sendo objeto de Recurso Voluntário apenas a infração 3 – falta de recolhimento no prazo regulamentar de ICMS correspondente a imposto destacado em notas fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização do crédito, referente a operações de venda dentro do Estado da Bahia de mercadorias com 100% de redução de base de cálculo.

O art. 206, do RICMS/97, prevê que “*Quando a operação ou prestação for beneficiada por isenção, redução da base de cálculo ou diferimento, ou quando estiver amparada por imunidade, não incidência ou suspensão da incidência do ICMS, ou, ainda, quando o imposto já houver sido lançado por antecipação, essa circunstância será mencionada em todas as vias do documento fiscal, indicando-se o dispositivo pertinente da legislação, ainda que por meio de código, cuja decodificação conste no próprio documento fiscal, exceto quando se tratar de Cupom Fiscal ou Nota Fiscal de Venda a Consumidor emitida par Emissor de Cupom Fiscal (ECF).*”

Já o parágrafo único do citado dispositivo regulamentar prevê que: “*É vedado o destaque do imposto no documento fiscal, quando a operação ou prestação for beneficiada por isenção,*

redução total da base de cálculo ou diferimento, ou quando estiver amparada por imunidade, não-incidência ou suspensão da incidência do ICMS, ou, ainda, quando o imposto já houver sido pago por antecipação.”

A prova do cometimento da infração está configurada nos demonstrativos às fls. 66/79, onde se constata que o imposto encontra-se destacado, sem nenhuma anotação de qualquer das situações previstas no citado dispositivo regulamentar, permitindo ao destinatário das mercadorias o creditamento do imposto destacado.

Sobre a alegação do autuado de que os destinatários das mercadorias, não utilizaram os créditos fiscais, tal alegação não elide a autuação, porque desacompanhadas de qualquer prova, principalmente, por serem os destinatários contribuintes do ICMS.

O RPAF/BA no art. 123, garante ao sujeito passivo tributário o direito de impugnar o lançamento decorrente de ação fiscal, com supedâneo em provas, documentos, levantamentos e demonstrativos, que entenda necessários à comprovação das suas alegações.

Ocorre que, no caso presente, o recorrente nada trouxe ao processo que comprovasse suas alegações, configurando-se a presunção de veracidade da imputação, pois a mera negativa do cometimento da infração ou alegações desacompanhadas de provas documentais se apresentam como insuficientes para desautorizar a legitimidade da autuação fiscal, segundo estabelece o art. 143 do RPAF/BA, não desonerando o recorrente da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao mérito da infração 3)

Em que pese o voto da n. Conselheira Relatora, uso divergir quanto ao seu entendimento sobre o mérito da infração 03, lançada pelo suposta falta de recolhimento de ICMS, correspondente a imposto destacado em notas fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização do crédito, referente a operações de venda dentro do Estado da Bahia de feijão, arroz e sal de cozinha, mercadorias com redução de 100% da base de cálculo, conforme os artigos 78-A e 87, inciso XXX do RICMS/BA-97.

Pois bem.

Não há como cobrar desse contribuinte, a Bethânia Cia de Alimentos, a falta de recolhimento do ICMS por ter destacado nas notas fiscais de vendas e, desse modo, possibilitado aos adquirentes a utilização do crédito.

Entendo que se a infração não é nula, devido à capitulação absurda a que foi imputada ou ao erro da sujeição passiva, ela é improcedente por não ter o contribuinte deixado de adimplir a obrigação principal e compensar os créditos das entradas com os débitos das saídas.

Não há como negar que o Contribuinte cometeu sim, um equívoco, mas que não dá azo ou sustentação ao objurgado lançamento.

Entendo que no presente caso, caberia ao Fisco autuar os adquirentes das mercadorias por utilização indevida de créditos fiscais, provenientes de operação isentas ou não tributáveis (art. 97, I, ‘a’ ou ‘b’ do RICMS/BA-97) e, em relação a este contribuinte, refazer a apuração do ICMS nas operações com o arroz, feijão e sal, de acordo com as normas pertinentes, para então calcular o montante do imposto não pago ou exigir o estorno dos créditos nas entradas das mercadorias, se fosse o caso.

Noutra senda, devemos interpretar as regras insculpidas no §3º, do art. 112 c/c o art. 112, *caput* do RICMS/BA-97, citado no próprio voto dos Julgadores *a quo, in verbis*:

Art. 112. O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

(...)

§ 2º É vedada a restituição ou a autorização para aproveitamento como crédito fiscal, ao estabelecimento remetente, do valor do imposto que tiver sido utilizado como crédito pelo estabelecimento destinatário, **a menos que se comprove que o mesmo procedeu ao estorno do respectivo valor.** (grifo nosso).

Segunda a norma acima transcrita, é vedada a restituição ou a autorização para aproveitamento do crédito indevido pelo estabelecimento remetente do imposto utilizado pelo estabelecimento destinatário, **a menos que se comprove que o mesmo procedeu ao estorno do crédito indevido.** Assim, a restituição ou anulação dos débitos indevidos lançados pelo remetente, só poderia ocorrer caso houvesse o estorno dos créditos junto aos destinatários das mercadorias. Isso representa, inequivocamente, que o sujeito passivo pelo uso indevido dos créditos não é o presente Contribuinte, o remetente, mas sim os destinatários.

Cura ressaltar, que a infração 03 imputa a falta de recolhimento do ICMS.

Entretanto, da análise dos autos, constato que **não houve falta de recolhimento do ICMS pelo remetente** nas operações de venda de feijão, arroz e sal de cozinha, como entende a fiscalização, pelo simples motivo de que não deveria ser recolhido na saída da mercadoria. **O que houve foi o creditamento indevido por parte dos adquirentes** que se apropriaram dos créditos sobre mercadorias isentas do imposto, que devem ser cobrados em outros Autos de Infração, sobre os respectivos adquirentes, sob pena de nulidade ou improcedência.

Pelo tudo quanto exposto voto pelo PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, para julgar insubsistente a infração 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206915.0010/13-1, lavrado contra **BETHÂNIA CIA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$88.459,71**, acrescido das multas de 60% sobre R\$88.152,77 e 100% sobre R\$306,94, previstas no art. 42, II, incisos “a”, “c” e “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Infração 3) – Conselheiros(as): Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Eduardo Ramos de Santana, Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva e Maria Auxiliadora Gomes Ruiz.

VOTO DIVERGENTE (Infração 3) – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel e Rosany Nunes de Mello Nascimento.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - VOTO DIVERGENTE
(Infração 3)

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