

PROCESSO - A. I. N° 293575.0301/13-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ROUXINOL COMÉRCIO E INDUSTRIALIZAÇÃO LTDA. - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1^a JJF n° 0037-01/16
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/07/2016

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0134-11/16

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Lançamento efetuado com base em fundamentação inadequada. Lançamento, em princípio, nulo. Não decretada a nulidade tendo em vista que, no tocante aos bens efetivamente enquadráveis como ativo imobilizado, o contribuinte reconheceu o débito, embora em parte. Mantido o lançamento no valor reconhecido pelo autuado. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. REFAZIMENTO DA CONTA CORRENTE EM VIRTUDE DE INÚMEROS PROCEDIMENTOS EQUIVOCADOS, A SABER: RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA ENTRADA DE ACÚCAR, EM VEZ DE NA SAÍDA (ICMS PRÓPRIO E SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA), LANÇAMENTO DE CRÉDITO DE FORMA IRREGULAR, UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO, ETC. [sic]. Lançamento complexo, envolvendo várias situações, que foram misturadas indevidamente num só levantamento. Lançamento, em princípio, nulo. Não decretada a nulidade tendo em vista que o contribuinte reconheceu o débito, embora em parte, haja vista que a fiscalização, desconsiderando a resposta de uma Consulta, não havia aplicado a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91, por entender que o parecer da DITRI não seria válido. Mantido o lançamento no valor reconhecido pelo autuado. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. Feita prova de que parte considerável das Notas Fiscais se encontrava escriturada. Reduzido o valor da multa, adequando-se ainda o seu percentual em função da alteração introduzida no inciso IX do art. 42 da Lei n° 7.014/96 pela Lei n° 13.461/15, que reduziu o percentual da multa pela falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas a tributação de 10% para 1%, considerando que, nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN a lei nova deve retroagir para ser aplicada a ato ou fato pretérito em se tratando de ato não definitivamente julgado quando lhe cominar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. 4. ARBITRAMENTO. UTILIZAÇÃO DE REGIME ESPECIAL EM DESOBEDIÊNCIA

ÀS NORMAS QUE O REGEM. O CONTRIBUINTE, SUBMETIDO A REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO E PAGAMENTO, DEVERIA RECOLHER O ICMS POR ANTECIPAÇÃO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA DA FRONTEIRA OU DO PERCURSO, NA ENTRADA NO TERRITÓRIO ESTADUAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO ANTECIPADO. Arbitramento efetuado sem previsão legal. Não foi sequer citado qual o método adotado no arbitramento. Mantido o lançamento no valor reconhecido pelo autuado, alterando-se o percentual da multa, pois não se trata de “arbitramento”, como o fato foi equivocadamente enquadrado, e sim de falta de recolhimento de ICMS por antecipação, punível com multa de 60%, conforme prevê o art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1.^a Junta de Julgamento Fiscal com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Parcialmente Procedente a exigência fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 27.03.2013, para exigir ICMS e multa no valor de R\$1.572,72, em razão do suposto cometimento de 04 infrações, todas objeto do recurso, seguir transcritas:

INFRAÇÃO 1. falta de pagamento da diferença de alíquotas do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, sendo lançado imposto no valor de R\$ 144.455,42, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 2. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na apuração dos valores do imposto – refazimento da conta corrente do contribuinte em virtude de inúmeros procedimentos equivocados, a saber, recolhimento do imposto na entrada de açúcar, em vez de na saída (ICMS próprio e substituição tributária), lançamento de crédito de forma irregular, utilização indevida de redução de base de cálculo, etc. –, sendo lançado tributo no valor de R\$ 724.699,23, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 3. falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação [pelo ICMS], sendo por isso aplicada multa de R\$ 408.597,75, equivalente a 10% das entradas omitidas;

INFRAÇÃO 4. falta de pagamento de ICMS apurada por meio de arbitramento, por utilização de regime especial em desobediência às normas que o regem – o contribuinte, submetido a regime especial de fiscalização e pagamento do imposto, deveria recolher o ICMS por antecipação na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, na entrada no território estadual, o que não ocorreu –, sendo apurado o ICMS que deveria ter sido antecipado, compensando-se os valores efetivamente recolhidos, e lançando-se o tributo no valor de R\$ 294.984,32, com multa de 100%.

O Autuado apresentou tempestivamente Defesa (fls. 398 a 410), afirmando que o Auto de Infração se encontra eivado de falhas e equívocos, pedindo pela sua improcedência ou nulidade. Em seguida, houve Informação Fiscal (fl. 486 a 490) rebatendo as argumentações do contribuinte e mantendo a procedência do Auto de Infração.

O PAF foi convertido em diligência à fl. 520 e 521, para que os demonstrativos das infrações 2 e 4 fossem refeitos “*observada estritamente a orientação consubstanciada na resposta à Consulta formulada pelo autuado mediante o Parecer nº 8.467/11, constante à fl. 411 dos autos, até a entrada em vigor da alteração do dispositivo regulamentar que restrinjiu o referido benefício apenas para as usinas açucareiras*”.

Em resposta, houve nova manifestação fiscal de fls. 524 e 525.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 1^a JJF, que decidiu pela Procedência

Parcial do Auto de Infração conforme o seguinte voto, *in verbis*:

Este Auto de Infração é composto de quatro lançamentos (quatro itens).

No item 1º, o autuado é acusado de ter deixado de pagar a diferença de alíquotas do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado.

Na defesa, o autuado alegou que em 2010 se enquadrava como empresa de pequeno porte; que no levantamento do ativo imobilizado foram incluídos farinha de trigo e óleo de soja; que não foi considerada a redução da base de cálculo de algumas mercadorias, prevista no Convênio ICMS 52/91, item 18, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80%; que foram incluídas no levantamento da diferença de alíquotas mercadorias cujo imposto já havia sido pago por antecipação. Declarou reconhecer apenas os valores indicados na tabela que apresenta (fls. 412-413), no total de R\$ 9.023,51.

O levantamento fiscal compreende os exercícios de 2010 e 2011. O autuado alegou que não era obrigado a pagar a diferença de alíquotas em 2010 porque naquele exercício ele se enquadrava como empresa de pequeno porte. Toma por fundamento o art. 7º, V, do RICMS/97. Essa alegação é inócuia, porque, de acordo com o extrato do sistema de informações do fisco estadual (fl. 550), desde 2006 o autuado está enquadrado no regime normal de apuração do imposto.

No entanto, com relação às demais alegações da defesa, existe total pertinência com o objeto da autuação. Primeiro, porque foram incluídas no levantamento fiscal mercadorias destinadas a revenda, fato reconhecido pelo fiscal autuante. Porém o mais grave é que a imputação fiscal é incompatível com a natureza dos fatos efetivamente apurados. Sob esse aspecto, a rigor, o lançamento deste item 1º seria nulo, pois a descrição do fato foi feita de forma inadequada. Atualmente – melhor dizendo, há alguns anos –, os Autos de Infração são lavrados fazendo-se a descrição dos fatos a partir de descrições-padrão constantes no sistema de emissão de Auto de Infração por processamento eletrônico (SEAI). Cada tipo de infração tem um código. Uma vez eleito determinado código, o sistema automaticamente faz a descrição do fato. Se o fiscal não escolhe o código adequado, a descrição termina destoando do fato efetivamente apurado.

Neste caso, a imputação fiscal diz respeito à falta de pagamento da diferença de alíquotas do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao “ativo fixo” do autuado. Ora, a autoridade fiscal não pode desconhecer conceitos básicos tais como o de bens do ativo fixo – ativo imobilizado. Farinha de trigo jamais poderia ser enquadrada como bem destinado ao ativo imobilizado. Também óleo de soja jamais poderia ser considerado bem destinado ao ativo imobilizado.

O mesmo ocorre com peças automotivas destinadas à manutenção da frota de veículos do autuado. Peças automotivas são bens de uso, e não bens do ativo imobilizado. É verdade que tanto bens de uso quanto bens do ativo imobilizado estão sujeitos ao pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais, porém têm tratamentos distintos. No caso presente, o autuado reclamou que as peças automotivas foram adquiridas com o imposto pago por antecipação. E, de fato, o convênio que cuida das operações interestaduais com peças automotivas prevê que o fornecedor deve fazer a retenção do imposto com MVA quando as peças se destinam a revenda e sem MVA quando as peças se destinam a uso ou consumo. Se o imposto retido não é recolhido, autua-se o fornecedor, depositário infiel. Também neste aspecto a autuação foi feita de forma indevida.

Na informação fiscal, o autuante observa que, não obstante o levantamento envolver uma extensa lista de Notas Fiscais, o contribuinte limitou-se a questionar algumas poucas Notas Fiscais. O fiscal reconhece que devem ser excluídas do levantamento as Notas relativas a produtos destinados a comercialização. Porém não acata a alegação do contribuinte quanto à redução da base de cálculo prevista no anexo I do Convênio ICMS 52/91, por entender que a redução da base de cálculo é um benefício fiscal, e por isso a manutenção do benefício estaria condicionada à regularidade fiscal do contribuinte, e este havia sido submetido a regime especial de fiscalização e recolhimento.

Ora, uma coisa não tem nada a ver com outra. O regime especial de fiscalização e pagamento é uma pena à qual se sujeita o contribuinte que incorrer nas práticas descritas nos incisos I a X do art. 46 da Lei nº 7.014/96, devendo o ato que determinar a aplicação da pena especificar os critérios para sua aplicação (parágrafo único do art. 46), e quem aplica essa pena não é o fiscal, e sim o titular da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, nos termos do art. 47, cujos incisos especificam as medidas aplicáveis.

No presente caso, a autoridade fiscal declarou que se baseou no art. 54 do COTEB, transscrito na informação (fl. 487). Ocorre que esse artigo do COTEB foi revogado já faz muito, muito tempo.

Quanto a esses bens do Convênio ICMS 52/91, o autuado reconheceu o débito no valor de R\$ 9.023,51.

Portanto, repito, em princípio, o lançamento do item 1º seria nulo, pois a descrição do fato foi feita de forma inadequada, ao se referir à falta de pagamento da diferença de alíquotas relativa a bens do ativo fixo, haja vista que, com exceção dos bens objeto do Convênio ICMS 52/91, todos os demais não se enquadram na categoria de bens do ativo imobilizado. Deixo, contudo, de declarar a nulidade, porque o contribuinte reconheceu o débito da parte efetivamente devida, relativamente a bens do ativo imobilizado, com a redução da base de cálculo

prevista no Convênio ICMS 52/91.

O demonstrativo do débito do item 1º deverá ser ajustado com base nos elementos da planilha às fls. 412-413, no total de R\$ 9.023,51, sendo R\$ 2.031,51 relativos ao mês de maio de 2011 (Nota Fiscal identificada à fl. 412, constante no demonstrativo fiscal à fl. 273) e R\$ 6.992,00 relativos a junho de 2011 (Notas Fiscais identificadas à fl. 412, constantes no demonstrativo fiscal à fl. 273).

O item 2º acusa recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na apuração dos valores do imposto – refazimento da conta corrente do contribuinte em virtude de inúmeros procedimentos equivocados, a saber, recolhimento do imposto na entrada de açúcar, em vez de na saída (ICMS próprio e substituição tributária), lançamento de crédito de forma irregular, utilização indevida de redução de base de cálculo, etc. [sic].

O autuado, na defesa, sustentou que fez a apuração do ICMS próprio e da substituição tributária com redução da base de cálculo autorizada pela SEFAZ, através de resposta a Consulta formal, mediante o Processo nº 07343520111, tendo recebido autorização para utilizar o benefício previsto no inciso VIII do art. 87 do RICMS/97, reduzindo a base de cálculo em 58.825%, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7%, conforme o Parecer nº 8467/2011 da DITRI, que transcreve (cópia à fl. 504). Quanto à manutenção do crédito, diz que utilizou o crédito destacado nas Notas Fiscais de aquisições de insumos para fabricação de açúcar, conforme preveem o inciso IX do art. 105 e o inciso I, “b”, do art. 106 do RICMS/97. Em fase desses elementos, entende correta sua escrituração, salientando que todas as reduções aplicadas foram feitas com base no entendimento exposto na referida Consulta. Explica que utilizou a redução da base de cálculo prevista no inciso VIII do art. 87 do RICMS/97 até 9.5.11, quando houve alteração naquele dispositivo regulamentar, restringindo o referido benefício apenas para as usinas açucareiras.

O autuado fez na defesa o resumo da sua apuração do saldo de ICMS no período de janeiro a agosto de 2010, apresentando dois quadros demonstrativos, um relativo à apuração do imposto pelo regime normal de tributação, e outro relativo à apuração do imposto devido por substituição tributária, em relação ao qual declara concordar com a planilha elaborada pelo autuante, discordando apenas quanto à questão da redução da base de cálculo, especificando os valores que considera devidos, mês a mês, e afinal, com relação à substituição tributária, declara reconhecer o valor de R\$ 50.439,36 de “ICMS substituto” a recolher.

Nota que o item 2º envolve várias situações, que foram misturadas indevidamente num só lançamento. Conforme consta no adendo que se segue à descrição da infração, e lendo-se o que disseram o autuado na defesa e o fiscal na informação fiscal, a autuação diz respeito aos seguintes fatos:

- a) recolhimento do imposto efetuado na entrada de açúcar, quando segundo o autuante o correto seria por ocasião da saída;
- b) erro na determinação da base de cálculo;
- c) manutenção indevida de crédito fiscal;
- d) imposto pago a menos:
 - pelo regime normal de apuração;
 - pelo regime de substituição tributária;
- e) outras ocorrências – a descrição da infração termina com um “etc.”

Ora, situações como essas, compreendendo fatos distintos, de naturezas heterogêneas, jamais poderiam ser concentradas num só item do Auto de Infração. Infrações distintas devem ser objeto de lançamentos distintos. A autuação de cada fato implica um motivo específico. Cada fato requer um enquadramento legal próprio.

A autoridade fiscal anexou um demonstrativo apócrifo (não está assinado, em desatenção ao mandamento do art. 15 do RPAF, c/c seu § 2º), intitulado “Consolidação do CCICMS” (sic), à fl. 11, envolvendo todas essas coisas, sem a necessária discriminação.

Fatos heterogêneos devem ser objeto de itens distintos no Auto de Infração, não só para facilitar a defesa do sujeito passivo, como também para que quem tiver de analisá-los, inclusive o julgador, saiba qual o fato, qual a imputação, qual o enquadramento da infração, qual a multa aplicável a cada caso. Ao misturar, num só item, glosa de créditos, erro de base de cálculo, manutenção indevida de crédito fiscal, imposto pago a menos pelo regime normal de apuração, imposto pago a menos pelo regime de substituição tributária, “etc.”, há uma afronta ao princípio do devido procedimento legal.

Chama atenção especialmente neste item 2º a “primeira infração” apontada pelo autuante no rol do que ele chama de “inúmeros procedimentos equivocados” por parte do autuado, ao dizer que o contribuinte fez recolhimento do imposto na entrada de açúcar, quando o correto seria por ocasião da saída.

Ora, numa situação assim, quando o contribuinte paga o imposto antes de o tributo se tornar exigível, o que primeiro a fiscalização deve fazer é apurar o prejuízo que esse fato possa ter causado ao erário, pois, até prova

em contrário, o único prejudicado em tal caso seria o contribuinte.

Na informação, o fiscal discordou do parecer da DITRI quanto à aplicação da redução da base de cálculo prevista no inciso VIII do art. 8º do RICMS/97. (cópia à fl. 542). A seu ver, o referido parecer não é válido.

É evidente que para um parecer da DITRI deixar de ser válido é preciso que a própria DITRI ou órgão superior declare a sua invalidade, ou que uma norma posterior ao parecer sobre a matéria por ele versada o torne incompatível com a nova disciplina. Não é a fiscalização que decide sobre validade ou invalidade de um parecer do órgão competente para responder às Consultas formuladas formalmente. O fato de o parecer ser posterior ao período fiscalizado é irrelevante, em face do princípio da moralidade. A interpretação da norma não pode mudar só porque o fato já ocorreu.

O processo foi remetido em diligência para que o levantamento fiscal fosse refeito, recomendando-se que fosse observada estritamente a orientação consubstanciada no Parecer da DITRI, até a entrada em vigor da alteração do dispositivo regulamentar que restringiu o benefício apenas para as usinas açucareiras. Embora demonstrando seu inconformismo, a autoridade fiscal cumpriu a diligência. O problema é que, ao fazê-lo, o autuante incorreu em novos erros.

Tendo em vista o tumulto instalado neste lançamento desde o início, envolvendo várias situações heterogêneas em um só item, misturando cálculos do imposto das operações próprias com os do imposto da substituição tributária, culminando com novos vícios de conteúdo após a diligência determinada por esta Junta, concluo que este lançamento, que começou mal, piorou com a informação fiscal, quando foi revelada a diversidade de situações misturadas num só item, e tornou-se imprestável após a diligência, quando novos vícios de conteúdo vieram somar-se aos vícios já existentes.

Em princípio, o lançamento do item 2º seria nulo, por inobservância do devido procedimento legal. Deixo, porém, de declarar a nulidade, porque o contribuinte reconheceu parte do imposto, no valor de R\$ 50.439,36 (total correto R\$50.739,36).

O demonstrativo do débito do item 2º deverá ser ajustado com base nos elementos do quadro constante à fl. 406, relativamente aos meses de janeiro a agosto de 2010.

A imputação do item 3º diz respeito à falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação pelo ICMS.

Em face dos elementos aduzidos pelo autuado na defesa, o fiscal autuante na informação disse que, tendo o contribuinte apresentado levantamento substitutivo, com valor a recolher de R\$ 291.397,25, em vez de R\$ 408.597,75, ele analisou as planilhas apresentadas pelo autuado e concluiu que o autuado tem razão e concorda com a planilha por ele juntada (fl. 407).

A multa aplicada foi de 10% do valor das entradas omitidas. Porém, tendo em vista a recente alteração introduzida no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 13.461/15, que reduziu o percentual da multa pela falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas a tributação de 10% para 1%, e considerando que, nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN a lei nova deve retroagir para ser aplicada a ato ou fato pretérito em se tratando de ato não definitivamente julgado quando lhe cominar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, a multa do item 3º há de ser de 1%, e não de 10%, ficando portanto reduzida para R\$ 30.001,89. Assim, em função do quadro constante à fl. 407, o demonstrativo do débito do item 3º deverá ser ajustado desta forma:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálc	Alíq %	Multa %	Valor histórico
28/02/2010	09/03/2010	403,63	0,00	1,0	4,04
31/03/2010	09/04/2010	4.529,75	0,00	1,0	45,30
30/04/2010	09/05/2010	121.654,60	0,00	1,0	1.216,55
31/05/2010	09/06/2010	31.737,88	0,00	1,0	317,38
30/06/2010	09/07/2010	4.934,29	0,00	1,0	49,34
31/07/2010	09/08/2010	44.504,00	0,00	1,0	445,04
30/09/2010	09/10/2010	56.288,33	0,00	1,0	562,88
31/10/2010	09/11/2010	1.138,53	0,00	1,0	11,39
31/01/2011	09/02/2011	126.770,00	0,00	1,0	1.267,70
28/02/2011	09/03/2011	820,72	0,00	1,0	8,21
31/03/2011	09/04/2011	8.190,18	0,00	1,0	81,90
30/04/2011	09/05/2011	183.370,00	0,00	1,0	1.833,70
31/05/2011	09/06/2011	239.532,50	0,00	1,0	2.395,33
30/06/2011	09/07/2011	886.160,20	0,00	1,0	8.861,60
31/07/2011	09/08/2011	538.546,60	0,00	1,0	5.385,47
31/08/2011	09/09/2011	17.097,04	0,00	1,0	170,97
30/09/2011	09/10/2011	78.697,02	0,00	1,0	786,97
31/10/2011	09/11/2011	69.410,44	0,00	1,0	694,10
30/11/2011	09/12/2011	241.206,00	0,00	1,0	2.412,06

31/12/2011	09/01/2012	345.195,70	0,00	1,0	3.451,96
	TOTAL				30.001,89

Embora o contribuinte já tenha quitado este item 3º, conforme instrumentos às fls. 511 e 513, com os benefícios da Lei nº 12.903/13, o processo ainda se encontra pendente de julgamento, e por conseguinte aplica-se a nova redação introduzida no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 (multa de 1%, em vez de 10%). Na homologação do pagamento, a repartição fiscal fará os devidos ajustes, levando em conta os valores pagos com os benefícios da Lei nº 12.903/13, sem perder de vista os valores que servirão de referência, acima demonstrados.

O item 4º acusa falta de pagamento de ICMS apurada por meio de arbitramento [sic], por utilização de regime especial em desobediência às normas que o regem – o contribuinte, submetido a regime especial de fiscalização e pagamento do imposto, deveria recolher o ICMS por antecipação na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, na entrada no território estadual, o que não ocorreu –, sendo apurado o ICMS que deveria ter sido antecipado, compensando-se os valores efetivamente recolhidos, e lançando-se o tributo com multa de 100%.

É estranho esse arbitramento. O fiscal não indicou qual o método adotado para fazer o arbitramento. No campo “Enquadramento” do Auto de Infração, o autuante fez umas indicações esquisitas relativamente ao art. 938 do RICMS/97: “artigo 938, inciso .. # (a depender do método utilizado) #, alínea # (a depender da mercadoria) #, 124#(se um único mês) #, ou artigo 938, § 3º #(se meses juntos) # do Decreto 6.284/97”.

Não existe no art. 938 do RICMS/97 nenhum “inciso #” ou “alínea #”. E o método adotado neste caso não tem previsão em nenhum dos incisos do art. 938 do RICMS/97.

A Lei nº 7.014/96, ao tratar das penalidades aplicáveis em função do regime especial de fiscalização e pagamento, dentre outras medidas, prevê no art. 47, II, a obrigatoriedade do pagamento do imposto devido por antecipação tributária na entrada no território deste Estado, relativamente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Porém a lei não prevê que a cobrança do imposto seja feita por “arbitramento”, com multa de 100%. A cobrança do imposto é feita por antecipação na forma convencional, com multa de 60%.

O contribuinte reclamou na defesa que, conforme já questionara na abordagem do item 2º, não foi considerada a redução da base de cálculo prevista no inciso VIII do art. 87 do RICMS/97 até 9.5.11, quando houve alteração daquele dispositivo, restringindo o referido benefício apenas para as usinas açucareiras.

Na informação fiscal, o autuante, após explicar por que fez o arbitramento, aborda as razões da defesa dizendo que o contribuinte apenas contestou o fato de não ter sido considerada a redução da base de cálculo. Em face disso, o fiscal diz que essa questão já foi respondida por ele ao tratar do item 2º, de forma que o que foi dito na informação em relação ao item 2º se aplica integralmente no caso do item 4º no tocante à inaplicabilidade do art. 87, VIII, do RICMS.

De fato, ao prestar a informação quanto ao item 2º, o autuante expôs suas considerações dizendo discordar do parecer da DITRI (cópia à fl. 542), que, a seu ver, não é válido.

Para um parecer da DITRI deixar de ser válido é preciso que a própria DITRI ou órgão superior declare a sua invalidade, ou que uma norma posterior ao parecer sobre a matéria por ele versada o torne incompatível com a nova disciplina. Não é a fiscalização que decide sobre validade ou invalidade de um parecer do órgão competente para responder às Consultas formuladas formalmente. O fato de o parecer ser posterior ao período fiscalizado é irrelevante, em face do princípio da moralidade. A interpretação da norma não pode mudar só porque o fato já ocorreu.

O processo foi remetido em diligência para que o levantamento fiscal fosse refeito, recomendando-se que fosse observada estritamente a orientação consubstanciada no Parecer da DITRI, até a entrada em vigor da alteração do dispositivo regulamentar que restringiu o benefício apenas para as usinas açucareiras. Embora demonstrando seu inconformismo, a autoridade fiscal cumpriu a diligência. O problema é que, ao fazê-lo, o autuante incorreu em novos erros.

Tendo em vista o tumulto instalado neste lançamento desde o início, com a aplicação de um “arbitramento” sem previsão legal, citando dispositivos legais inexistentes e culminando com novos vícios de conteúdo após a diligência determinada por esta Junta, concluo que este lançamento, que começou mal com o citado “arbitramento”, tornou-se imprestável após a diligência, quando novos vícios de conteúdo vieram somar-se aos vícios já existentes.

Em princípio, o lançamento do item 4º seria nulo, por inobservância do devido procedimento legal. Deixo, porém, de declarar a nulidade, porque o contribuinte reconheceu parte do imposto, no valor de R\$ 108.560,18.

O demonstrativo do débito do item 4º deverá ser ajustado com base nos elementos do quadro apresentado na parte superior da fl. 409, ficando reduzido o valor do imposto para R\$ 108.560,18.

Altera também a multa, pois não se trata de “arbitramento”, como o fato foi equivocadamente enquadrado, e sim de falta de recolhimento de ICMS por antecipação, punível com multa de 60%, conforme prevê o art. 42, II,

“d”, da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os pagamentos já efetuados.

Ao final do seu voto, a 1ª JJF recorre de ofício da presente Decisão 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, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.11.

Esse é o relatório.

VOTO

Compulsando os autos, vejo que a decisão de piso não merece reparo algum.

Compulsando os autos, entendo que reparo algum merece a decisão de piso.

O recurso de ofício tem como objeto a redução ocorrida nas infrações 1, 2, 3 e 4, tidas como parcialmente procedentes.

A infração 1 cobra a falta de pagamento da diferença de alíquotas do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado. Entretanto, a desoneração ocorrida se deu por conta basicamente do reconhecimento por parte da própria fiscalização de que: i) as mercadorias autuadas eram destinadas à revenda da empresa ou ii) eram peças de uso e consumo do estabelecimento, que a despeito dessas estarem sujeitas ao pagamento de diferencial de alíquotas, o tratamento tributário (cálculo) é distinto ao ora lançado.

A princípio, com base nos elementos dos autos, a infração 1 seria nula (por incompatibilidade entre a descrição da infração e os fatos geradores) ou improcedente (por inexistência de fatos geradores tributados). Contudo, como houve reconhecimento parcial da infração por parte do próprio contribuinte (quanto às mercadorias previstas no Convênio ICMS 52/91), a infração 1 foi adequadamente desonerada.

Infração 1 parcialmente subsistente, conforme julgamento de piso.

A infração 2 foi lançada devido ao suposto recolhimento a menor do ICMS em “*virtude de erro na apuração dos valores do imposto – refazimento da conta corrente do contribuinte em virtude de inúmeros procedimentos equivocados*”.

Na informação fiscal, resta enumerados os fatos motivadores da autuação, a saber: a) recolhimento do imposto efetuado na entrada de açúcar, quando segundo o autuante o correto seria por ocasião da saída; b) erro na determinação da base de cálculo; c) manutenção indevida de crédito fiscal; d) imposto pago a menos: pelo regime normal de apuração ou pelo regime de substituição tributária; e, e) outras ocorrências.

Acertadamente a d. JJF entendeu que a infração seria nula, pois não pode vários fatos distintos, de naturezas diferentes (“recolhimento do imposto na entrada de açúcar, em vez de na saída (ICMS próprio e substituição tributária”), serem lançados em só uma infração como fez a fiscalização, sob pena de ataque aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Contudo, a infração foi tida com parcialmente procedente devido ao acatamento parcial da exação pelo contribuinte no valor de R\$ 50.439,36.

Assim, no âmbito do Recurso de Ofício, entendo correta a desoneração realizada pela JJF, mesmo com as ressalvas expostas acima.

Infração 2 também parcialmente procedente, conforme julgamento de piso.

A exação 3 acusa a falta de registro, na escrita fiscal, de mercadorias sujeitas à tributação. A redução desse item da autuação se deu: a) pela revisão do próprio fiscal autuante que acolheu os fatos e provas trazidos em sede de defesa, b) pela adequação da multa aplicada ao ilícito tributário com a nova redação da norma, em face do princípio da retroação benigna das penas.

Do exame dos fatos, julgo correta a desoneração corrida tendo em vista ao reconhecimento por parte da fiscalização de que algumas notas objeto da infração foram realmente escrituradas ou que se relacionavam a mercadorias não tributadas.

No que tange à adequação da multa de 10% para 1% devido à nova redação dada ao inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, entendo que corretíssima o julgamento da 1ª JJF.

Portanto, a infração 3 é parcialmente procedente, consoante o julgamento de primo grau.

Por fim, a infração 4, que tem como cerne uma suposta falta de pagamento de ICMS apurada por meio de arbitramento, por utilização de regime especial em desobediência às normas pertinentes. Em que pese todas as considerações elencadas pelos n. Julgadores de piso quanto à nulidade do julgamento, vejo que houve o reconhecimento de parte da dívida pelo Sujeito Passivo, fato que culminou com a adequação e redução da exação inicialmente lançada.

Realmente, “*a aplicação de um “arbitramento” sem previsão legal, citando dispositivos legais inexistentes e culminando com novos vícios de conteúdo*” não sustentaria um lançamento tributário. Entretanto, o acolhimento da dívida com os benefícios fiscais da Lei nº 12.903/13, obteve o seu desiderato de compor o débito consoante as determinações e efeitos legais, assim como ‘sanar’ o eventual desrespeito às normas perpetrado por ambas as partes, alcançando a almejada justiça fiscal, mesmo que por outros meios.

Nesta senda, entendo correto o julgamento de primeiro grau ao julgar parcialmente procedente o item 4 deste Auto de Infração.

Por tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter inalterada a decisão de piso que julgou parcialmente o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 293575.0301/13-0, lavrado contra ROUXINOL COMÉRCIO E INDUSTRIALIZAÇÃO LTDA. - ME, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$168.323,05, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$30.001,89, prevista no inciso IX, do supracitado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os pagamentos já efetuados.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS