

PROCESSO - A. I. Nº 191828.0004/04-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CABRAL & SOUSA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0422-04/04
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 23.12.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0369-12/04

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado nos autos ser indevida a exigência fiscal relativas aos itens 3 e 11 do Auto de Infração. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO RECOLHIDO, REFERENTE A MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS FORAM TRIBUTADAS NORMALMENTE. Infração não comprovada. Mantidas as decisões. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão constante no Acórdão JJF Nº 0422-04/04, em que foi declarado procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/06/2004 para exigir ICMS no valor de R\$ 47.665,21 e aplicar multa no valor total de R\$ 5.811,63, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 97,82, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado;
2. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, pelo que foi aplicada a multa na importância de R\$ 50,00;
3. Deixou de recolher imposto, no valor de R\$ 30.667,77, referente à saída de produtos com a utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo, fatos ocorridos no período de 01/01/03 a 31/12/03;
4. Deixou de efetuar o recolhimento do imposto por antecipação no valor de R\$ 451,22, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, as quais estão enquadradas no regime de substituição tributária;
5. Deixou de recolher imposto no valor de R\$ 875,12, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento;

6. Deixou de recolher imposto no valor de R\$ 261,80, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento;
7. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, pelo que foi aplicada a multa no valor de R\$ 44,15;
8. Como nos termos do item anterior, porém, sujeita à tributação, tendo sido aplicada a multa no valor de R\$ 815,47;
9. Multa percentual no valor de R\$ 4.902,01 sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída tributada normalmente;
10. Deixou de recolher imposto no montante de R\$ 6.385,67, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, nos exercícios de 2001 a 2003;
11. Deixou de recolher imposto no valor de R\$ 3.164,18, referente à saída de produtos com a utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo, no período de 02/02/01 a 31/12/02.

O autuado impugnou os itens 3, 9 e 11 do Auto de Infração. Relativamente a esses itens, apresentou os seguintes argumentos para refutá-los.

Quanto ao item 3 do Auto de Infração, o autuado alega que não foi considerado o disposto no Decreto nº 8.969/04, o qual autorizou os atacadistas já habilitados ao tratamento previsto no Decreto nº 7.799/00, com os códigos de atividades constantes nos itens 1 a 17 do Anexo Único, a aplicarem as regras vigentes na legislação à data de assinatura dos respectivos Termos de Acordo. Diz que as mercadorias relacionadas pelo autuante se enquadram de uma forma ampla no item 5191-8/00 e de uma forma mais específica nos itens 5139-0/99, 5147-0/01 e 5159-4/01, o que desqualifica a pretensão do autuante com relação a esta infração.

Relativamente ao item 9 do Auto de Infração, o defendente diz que o autuante se equivocou ao interpretar o item 4 do inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97, pois os extratos concentrados sujeitos à antecipação tributária são os destinados ao preparo de refrigerantes em máquinas, de classificação NCM 2106.90.10, e não o “xarope de groselha” (NCM 2106.90.12), Cereser ou Hemmer, os quais não se destinam ao preparo de refrigerantes. Diz que o xarope de groselha NCM 2106.90.12 não é extrato concentrado.

No que tange ao item 11 do Auto de Infração, o autuado afirma que o art. 1º, do Decreto nº 7.799/00, não se refere à pessoa jurídica, e sim a contribuinte inscrito no CAD-ICMS, mesmo sendo ambulante ou firma individual. Para embasar a sua alegação, transcreve o teor do art. 1º, do decreto acima citado.

Ao finalizar, o autuado requer que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, com a exclusão integral dos valores relativos às infrações 3, 9 e 11.

Na informação fiscal, o autuante, referindo-se ao item 3 do Auto de Infração, alega que o art. 1º, do Decreto nº 7.799/00, previa que o contribuinte, para ser signatário do Termo de Acordo que autorizava a redução da base de cálculo, deveria estar inscrito no cadastro do ICMS como atacadista e com código contemplado nos itens 1 a 17 do seu Anexo Único. Aduz que o benefício estava vinculado apenas à atividade do pleiteante e, quando da comercialização de qualquer mercadoria, estaria beneficiado com a referida redução da base de cálculo.

Esclarece que diversos segmentos da atividade mercantil deste Estado não podiam ser signatários do Termo de Acordo acima citado, já que não estavam inscritos nos códigos de atividade constante nos itens 1 a 17 do Anexo Único, implicando perda de competitividade dos segmentos atacadistas. Diz que com a edição do Decreto nº 8.409/00, o qual foi posteriormente atualizado pelo Decreto nº 8.435/03, efeito retroativo a 01/01/03, o benefício que estava adstrito à atividade do contribuinte passou a se vincular, também, ao tipo de mercadorias comercializado. Frisa que em razão dessa alteração, a partir de 01/01/03, apenas os produtos constantes dos itens 1 a 16, do Anexo Único, usufruíam a redução da base de cálculo.

Salienta que o Decreto nº 8.969/04, além de outras alterações promovidas, incluiu os subitens 12-A e 12-B. Frisa que a redação do art. 1º do Decreto nº 7.799/00, atualizada pelos Decretos nºs 8.409/02 e 8.435/03 não foi modificada, portanto, a partir de 01/01/03, somente os produtos listados nos itens 1 a 16 do Anexo Único poderiam usufruir a redução da base de cálculo. Juntou cópia da consulta formulada pela ASDAB junto à Gerência de Tributação da SEFAZ, com a correspondente resposta.

Quanto ao item 9 do Auto de Infração, o autuante afirma que o art. 353, II, itens 3.4 e 4, do RICMS-BA/97, prevê o pagamento antecipado nas aquisições interestaduais de bebidas energéticas e isotônicas e extratos concentrados, Classificação Fiscal nºs NCM 2106.90 e 2106.90.10. Aduz, com base nas cópias das notas fiscais de compras às fls. 397 a 422, que os fabricantes classificaram o xarope de groselha na Classificação Fiscal nº 2106.90.10. Alega que o autuado apenas argumentou que o xarope de groselha não se destina ao preparo de refrigerantes em máquinas. Diz, no entanto, que o subitem 3.5, do art. 353, do diploma legal acima citado, generaliza todos os produtos cuja NCM inicia com o Código nº 2106.90 e os enquadra como bebidas energéticas e isotônicas.

Relativamente ao item 11 do Auto de Infração, o auditor fiscal assevera que o autuado, ao ser informado pela GETRI/SECOT que não se aplicaria à redução da base de cálculo do ICMS nas vendas realizadas para ambulantes, apresentou denúncia do débito relativo ao período de 10/05/00 a 31/01/01, o qual foi recolhido mediante parcelamento, conforme extrato do SIDAT em anexo.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF Nº 0422-04/04, julgou improcedentes os itens 3, 9 e 11 do Auto de Infração, mantendo a exigência fiscal feita nos demais itens.

Quanto ao item 3 do Auto de Infração, o ilustre relator assim fundamentou a sua Decisão:

[...]

Sobre a autuação, entendo que razão assiste ao autuado, pois, com a edição do Decreto nº 8.969/04, publicado no DOE de 13/02/2004, foi determinado em seu artigo 7º que, para os atacadistas já habilitados ao tratamento previsto no Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, com os códigos de atividade constantes nos itens 1 a 17 do Anexo Único, aplicam-se às regras vigentes na legislação à data da assinatura dos respectivos termos de acordo, inclusive com as mercadorias relacionadas nos códigos de atividade econômica 5149-7/01 e 5149-7/07, ocorridas até de janeiro de 2004.

Tendo em vista que o autuante não comprovou nos autos que o autuado não possuía Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda para utilizar-se do benefício previsto no Decreto nº 7.799/00 e considerando que se trata de fatos geradores do imposto ocorridos no período de 01/01/03 a 31/12/2003, só resta a este relator excluir da autuação o imposto cobrado.

No que tange ao item 9 do Auto de Infração, o relator assim se pronunciou:

[...]

Para dirimir o impasse entre a defesa e a acusação fiscal, decidi efetuar uma consulta a DITRI - Diretoria de Tributação desta SEFAZ, visando confirmar se o xarope de groselha é um extrato para o preparo de refrigerantes, quando fui informado pelo auditor do plantão fiscal que o mesmo não se enquadra em tal conceito, fato também confirmado pela funcionária de uma boboniere por mim visitada e localizada no bairro onde resido, que comercializa o referido produto, quando foi constatado em seu rótulo que tem como finalidade a fabricação de bolos, tortas, pudins, etc.

Com base nos fatos acima, entendo que a exigência fiscal não prospera, já que restou comprovado que a mercadoria objeto da autuação não está enquadrada no regime de substituição tributária, devendo a multa aplicada pelo autuante ser excluída da autuação.

Relativamente ao item 11 do Auto de Infração, o ilustre relator decidiu a lide, com base no seguinte entendimento:

[...]

Sobre a autuação, entendo improceder a exigência fiscal, pelos seguintes motivos:

I - Contribuinte do ICMS, de acordo com o disposto no art. 5º, da Lei nº 7.014/96, é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria;

II - Da interpretação do dispositivo acima se constata que apenas o consumidor final não é considerado contribuinte do ICMS;

III - Ora, se as vendas realizadas pelo autuado foram para ambulantes como afirmou o autuante em sua informação fiscal, portanto, o contribuinte procedeu corretamente ao reduzir a base de cálculo do imposto em 41,176%.

Ressalto que sobre idêntica infração, a 1ª JF, por meio do Acórdão nº 0243/01-04 julgou improcedente a exigência fiscal, cuja Decisão foi mantida pela 1ª CJF, mediante o Acórdão nº 0318-11/04. Desse modo, o valor do imposto cobrado deve ser excluído da autuação.

Considerando que o valor da desoneração do autuado se enquadra no previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da sua Decisão.

VOTO

O presente Recurso de Ofício trata dos itens 3, 9 e 11 do Auto de Infração, os quais foram julgados improcedentes.

Quanto ao item 3 do Auto de Infração, observo que o recorrido se enquadra no item 17 do Anexo Único do Decreto nº 7.799/00, fato reconhecido pelo autuante. Além disso, verifiquei no INC – Informações do Contribuinte que o recorrido celebrou Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda em 2001 (Processo nº 00460820010).

Prevê o art. 7º do Decreto nº 8.969/04, publicado no DOE de 13/02/04, que: “Para os atacadistas já habilitados ao tratamento previsto no Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, com os códigos de atividade constantes nos itens 1 a 17 do Anexo Único, aplicam-se as regras vigentes na legislação à data da assinatura dos respectivos termos de acordo, inclusive nas operações com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividade econômica 5149-7/01 e 5149-7/07, ocorridas até 31 de janeiro de 2004”.

Tendo em vista que o recorrido celebrou o referido Termo de Acordo e que as operações relacionadas na autuação são referentes ao exercício de 2003, considero que o autuado tinha

direito à redução da base de cálculo e, portanto, que a infração não ficou caracterizada, conforme se pronunciou o relator da Decisão recorrida.

Relativamente ao item 9 do Auto de Infração, constato que a mercadoria consignada nas notas fiscais arroladas pelo autuante, xarope de groselha, não está enquadrada no regime de substituição tributária, apesar de ter o fabricante consignado a NCM 2106.90.10. Ressalto que o julgador da 1ª Instância, antes de proferir a sua Decisão, teve o cuidado de consultar a DITRI sobre o possível enquadramento da mercadoria em questão no regime de substituição tributária, bem como visitar estabelecimento comercial que vendia a referida mercadoria. Considero, portanto, que a acusação feita ao recorrido não restou caracterizada.

No que tange ao item 11 do Auto de Infração, verifico que o próprio autuante afirma que as operações de saídas relacionadas na autuação foram destinadas a ambulantes. Assim, as saídas foram para contribuintes do ICMS e, em consequência, o recorrido fazia jus à redução da base de cálculo do imposto, prevista no Decreto 7.799/00. Entendo que a infração imputada ao recorrido não está comprovada.

Em face do comentado acima, considero que a Decisão recorrida está correta, não merecendo reparos e, em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **191828.0004/04-0**, lavrado contra **CABRAL & SOUSA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.071,63**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 97,82 e 60% sobre R\$7.973,81, previstas no art. 42, III, II, “a”, “d” e “f”, respectivamente, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além do pagamento das multas no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII do mesmo artigo e lei citados, e **R\$859,62** com os acréscimos legais, previstas nos incisos IX, XI do mesmo artigo e diploma legal antes citados, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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