

A. I. Nº - 191828.0003/04-3
AUTUADO - CABRAL & SOUSA LTDA.
AUTUANTE - HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 10.09.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0328-02/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante auditoria de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Fato não contestado. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA FIXA. Exigência fiscal absorvida pela multa da infração antecedente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** BASE DE CÁLCULO. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO POR CONTRIBUINTE ATACADISTA. Nas saídas internas de mercadorias promovidas por estabelecimentos inscritos sob os códigos de atividades econômicas constantes no Anexo Único que integra o Decreto nº 7.799/00, a base de cálculo poderá ser reduzida em até 41,176%. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **b.1)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b.2)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Multas de 10% e 1%, respectivamente, sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fatos não contestados. 3. REGIME DE APURAÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO MÉTODO NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. De acordo com a NCM as mercadorias objeto da lide estão enquadradas no regime de substituição tributária, sendo devida a antecipação tributária. Em virtude do pagamento nas saídas posteriores, aplica-se a penalidade equivalente a 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação, conforme previsto na alínea “d” do inciso II do artigo 353 do RICMS/97. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/05/2004, e reclama o valor de R\$ 13.964,78, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 223,93, relativo às operações de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo aos exercícios de 2002 e 2003, conforme demonstrativos e levantamentos às fls. 09 a 113.
2. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo aos exercícios de 2002 e 2003, conforme demonstrativos e levantamentos às fls. 09 a 113, sujeitando-se a multa de R\$ 100,00.
3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 12.344,74, referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, relativo ao período de julho a novembro de 2003, em razão de, na condição de atacadista, ter aplicado indevidamente a redução de 41,176% previsto no Decreto nº 7.799 de 09/05/2000, conforme demonstrativos às fls. 114 a 227.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, junho e agosto de 2002, através das notas fiscais nºs 1343, 1931 e 3870, sujeitando-se à multa no valor de R\$ 27,77, conforme demonstrativo à fl. 228.
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, junho e outubro de 2002, através das notas fiscais nºs 945, 46 e 4963, sujeitando-se à multa no valor de R\$ 143,82, conforme demonstrativo à fl. 228.
6. Multa percentual no valor de R\$1.124,52, calculado sobre o valor do imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente, referente aos meses de março, abril, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2002, janeiro, março e maio de 2003, conforme demonstrativo e notas fiscais às fls. 235 a 244.

O sujeito passivo por seu representante legal, tempestivamente, em sua defesa às fls. 249 a 253, reconhece a legitimidade dos valores correspondentes às infrações 01; 02; 04; e 05, e se insurge quanto às infrações 03 e 06, com base nas seguintes argumentações.

Infração 03

Aduz a improcedência desta autuação sob o argumento de que todas as mercadorias que serviram de base à autuação estão enquadradas no Item 5191-8/00 (comércio atacadista de mercadorias em geral), e ainda nos Itens 5139-0/99; 5147-0/01; 5159-4/01, e que estava estabelecido no Decreto nº 8.969/04 que para os comerciantes 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, aplicavam-se as regras vigentes na legislação à data da assinatura dos respectivos termos de acordos.

Infração 06

O autuado considerou equivocado o enquadramento legal da exigência fiscal no inciso II do artigo 353 do RICMS/97, por entender que as mercadorias “extratos concentrados” sujeitas à antecipação tributária são apenas aquelas destinadas ao preparo de refrigerantes em máquinas, com Classificação

Fiscal NCM 2106.90.10, e não o produto “xarope de groselha, Cereser ou Hammer”, que não é utilizado para dita finalidade.

Por fim, requer seja considerado parcialmente procedente o Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 265 a 268, o autuante rebateu as razões defensivas no tocante a infração 03 dizendo que conforme estava previsto no artigo 1º do Decreto nº 7.799 de 09/05/00, para o contribuinte ser signatário do Termo de Acordo que autorizava a redução da base de cálculo do ICMS para uma carga tributária de 41,176% (de 17% para 10%), deveria está inscrito no cadastro fazendário na condição de atacadista, e se enquadrar nos Itens 1 a 17 do Anexo Único do referido diploma legal.

Salienta que o beneficiário da redução da base de cálculo estava vinculado apenas à atividade do estabelecimento, independente da mercadoria que comercializasse.

Destaca que em virtude da atualização do Decreto nº 7.799 de 09/05/00 através da edição do Decreto nº 8.409 de 26/12/02, atualizado posteriormente pelo Decreto nº 8.435 de 03/02/03, o benefício da redução que estava adstrito apenas a atividade do estabelecimento, passou também a vincular o tipo da mercadoria comercializada, tendo anexado a sua informação fiscal cópia do Parecer Final da DITRI/GECOT referente ao Processo nº 00300220042 sobre consulta formulada pela empresa ASDAB Associação de Distribuidores e Atacadistas da Bahia, a respeito do correto alcance do benefício de redução de base de cálculo previsto no Decreto nº 7.799/2000 (docs. fls. 269 a 271).

Quanto a infração 06, o autuante argumenta que nas notas fiscais relativas às aquisições do produto objeto da autuação o produto foi classificado pelo fabricante na CF (NCM) 2106.90.10, e por isso, o mesmo enquadra-se como bebidas energéticas e isotônicas nos termos do inciso II do artigo 353 do RICMS/97. Esclareceu ainda que no sub-item 3.5 do artigo 353, do RICMS/97 encontram-se generalizados todos os produtos cuja NCM inicia-se com o código 2106.90, enquadrando-os como bebidas energéticas e isotônicas, e que utilizou a MVA constante no sub-item 3.3 do Anexo 88 por considerar mais benéfica ao contribuinte.

VOTO

Na análise das peças que compõem o processo, observo que das seis infrações contempladas no Auto de Infração, o autuado se insurgiu apenas no tocante às infrações 03 e 06, admitindo proceder o recolhimento dos valores de R\$223,93 (infração 01); R\$100,00 (infração 02); R\$ 27,77 (infração 04); e R\$ 143,82 (infração 05).

Não obstante o contribuinte autuado ter reconhecido as infrações 01 e 02, considero que a exigência fiscal (multa por descumprimento de obrigação acessória) da infração 02, nos termos do § 5º do artigo 42 da Lei nº 7.015/94, foi absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal de que cuida a infração 01, tendo em vista que ambas as ocorrências foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques nos mesmos períodos, conforme documentos às fls. 09 a 113.

Quanto a infração 03, o fulcro da autuação concerne a acusação da falta de recolhimento do ICMS no montante de R\$ 12.344,74, em decorrência da aplicação indevida da Redução da Base de Cálculo, no percentual de 41,176%, previsto no Decreto nº 7.799 de 09 de maio de 2000.

De acordo com o citado Decreto, anteriormente estava previsto no artigo 1º, que para o contribuinte ser signatário do Termo de Acordo que autorizava a redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%, deveria está inscrito no cadastro fazendário na condição de atacadista, e se enquadrar nos Itens 1 a 17 do Anexo Único do referido diploma legal.

De acordo com o que consta no INC Informações do Contribuinte da DARC/GEIEF, o estabelecimento autuado à data da ocorrência (2003) se encontrava cadastrado no CAD-ICMS no Código de Atividades 5139-0/9 (comércio atacadista de outros produtos alimentícios), se enquadrando no item 8 do Anexo Único do citado Decreto.

Contudo, conforme Parecer da SAT/DITRI/GECOT, sobre consulta formulada através do Processo nº 003002-204/2 pela ASDAB Associação de Distribuidores e Atacadistas da Bahia (docs. fls. 269 a 271), o alcance do benefício de redução da base de cálculo previsto no Dec. nº 7.799/00, deveria obedecer a dois tratamentos distintos, a depender da época de celebração do Termo de Acordo, a saber:

“1 – para os contribuintes que firmaram Acordo até 26/12/2002 (antes da vigência do Dec.n 8.409/2002, que restringiu a aplicação da redução de base de cálculo apenas para os produtos listados no Anexo Único do Dec. nº 7.799/2000), ficam convalidadas as operações de venda de produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar, efetuadas com redução de base de cálculo no período compreendido em 27/12/2002 a 31/01/2004;

2 – para os contribuintes que firmaram Acordo após 26/12/2002, já na vigência da restrição prevista no Dec. 8.409/2002, o benefício de base de cálculo para as operações com produto de higiene, limpeza e conservação doméstica apenas alcançará as operações efetuadas a partir de 01/02/2004, data em que entrou em vigor o Decreto nº 8.969/2004.

Logo, pelo que se vê, com a edição do Decreto nº 8.409 de 26/12/2002 (atualizado pelo Decreto nº 8.435 de 03/02/2003, com efeitos a partir de 01/01/2003), o benefício da redução da base de cálculo ficou restrito às mercadorias elencadas nos Itens 1 a 16 do Anexo Único do mencionado diploma legal, ficando, desta forma, sem direito a redução da base de cálculo as mercadorias constantes no item 17 do mesmo Anexo, quais sejam, “comércio atacadista de mercadorias em geral sem predominância para uso na agropecuária”.

Desse modo, tendo em vista que as mercadorias relacionadas às fls. 114 a 227 (fósforo, canudo, copo descartável, vela, fita adesiva, corda para varal, balões, torneira para filtro, cola super bond, prendedor para roupas, papel alumínio) não estão contempladas no Anexo Único do Decreto nº 7.799 de 09/05/2000, atualizado pelos Decretos nº 8.409 de 26/2/02 e Decreto nº 8.435, de 03/02/03, com efeitos a partir de 01/01/2003, considero devida e exigência fiscal por falta de amparo legal.

Com relação a infração 06, foi imputado ao estabelecimento o descumprimento ao artigo 353, inciso II do RICMS/97, que trata da antecipação tributária nas operações com mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária, referente ao produto “Xarope de Groselha Hemmer” classificado na NCM 2106.9010, conforme notas fiscais às fls. 236 a 244, sendo aplicada a multa de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária em virtude do estabelecimento ter efetuado o pagamento do imposto por ocasião das saídas do referido produto.

Para atribuir a responsabilidade tributária ao contribuinte sobre o citado produto foi considerada a NCM especificada nas notas fiscais. A classificação NCM, com abrangência nacional foi instituída para permitir a conferência das alíquotas básicas do II – Imposto de Importação, IPI – Imposto sobre

Produtos Industrializados e do ICMS – Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e de Serviços de Transporte Intermunicipal ou Interestadual e de Comunicação, estes em função da legislação vigente em cada Estado da Federação, que devem ser obrigatoriamente observados nos diversos momentos de emissão de documentos fiscais, ressaltando-se que quando o produto sai da indústria tal classificação por exigência do RIPI (Regulamento do IPI) deve ser especificada em função da especificidade do produto, ficando as demais operações de circulação atreladas a tal classificação.

No caso, analisando as notas fiscais às fls. 236 a 244 constata-se que nelas constam especificadas a NCM 2106.9010, que corresponde exatamente com o constante no item 3.5 do inciso II do artigo 353, combinado com Anexo 88, Item 4, do RICMS/97.

Considerando que o autuado não trouxe aos autos prova documental de sua alegação de que o produto “Xarope de Groselha Hemmer” não pode ser enquadrado como uma “Bebida energética e isotônicas”, bem assim, que tenha sido classificado o NCM erroneamente pela indústria, concluo que por não ter sido elidida a acusação fiscal, é devida a aplicação da multa prevista no artigo 42, alínea “d” do inciso II combinado com o § 1º da Lei nº 7.014/96, sobre o imposto que não foi objeto de antecipação tributária, conforme demonstrativo da substituição tributária à fl. 235, para o qual não foi apontado qualquer erro na sua apuração.

Ante o exposto, voto **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração, com a exclusão do item 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **191828.0003/04-3**, lavrado contra **CABRAL & SOUSA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 12.568,67**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 12.344,74 e 70% sobre R\$ 223,93, previstas no artigo 42, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$ 1.296,11**, previstas nos incisos II, “d”, IX e XI, da citada lei, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA