

A. I. Nº - 141596.0026/03-6
AUTUADO - JOFEL DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS SILVA FREITAS
ORIGEM - INFAC SIMÕES FILHO
INTERNET - 28.09.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0349-02/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Infração comprovada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO DO ICMS. Confirmado o descumprimento da obrigação. Infração subsistente Infração caracterizada. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. VENDAS A MICROEMPRESA COMERCIAL ATACADISTA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O benefício da redução de alíquota, nas operações que destinem mercadorias a microempresas visou, precipuamente, proporcionar-lhes a possibilidade de adquirir mercadorias por preços mais competitivos. Assim, o legislador estaria protegendo a indústria e o atacadista locais, ambos, portanto, situados no território baiano, o que não é o caso dos autos. Infração procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 18/03/2004, exige ICMS no valor de R\$ 49.176,34 e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 48,29, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento (s) fiscal (is). Referente a mercadorias recebidas de Microempresa e EPP. ICMS de R\$ 564,79 e multa de 60%.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 48,29.
3. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS de R\$ 48.611,55 e multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento, fls. 54/57 e com relação à infração 01, aduz que o crédito das notas fiscais nºs 950; 1039 e 811, é legítimo, pois trata-se de devolução de mercadorias por empresas optantes do SIMBAHIA, e que tal fato fere amplamente o princípio da não cumulatividade. Ressalta que o Regulamento do ICMS silencia quanto à formalidade que deve ser obedecida nas operações de devolução de mercadorias tributadas pelo regime normal, efetuadas pelos optantes do SIMBAHIA.

Entende que a questão relacionada com a substituição da Nota Fiscal dos optantes do SIMBAHIA, nas operações de devolução, por Nota Fiscal Avulsa enseja a adoção de uma prática meramente

burocrática, bastando apenas que fossem indicados os dados relativos ao imposto a ser recuperado pela empresa/vendedora no campo de “Informações Complementares” dos documentos emitidos por aquelas empresas.

Quanto à infração 02, reclama que as notas fiscais nºs 118340 e 11846 foram registradas.

No que concerne à infração 03, esclarece que desenvolve atividade de comércio atacadista de produtos de limpeza e conservação domiciliar, recebendo, em transferência de sua matriz industrial, situada em São Paulo, mercadorias de sua linha de produção a serem comercializadas neste e em outros Estados.

Realiza as saídas internas de mercadorias tributadas pelo regime normal do imposto, para micro e empresas de pequeno porte, inscritas no SIMBAHIA. Neste caso, equivocou-se a auditora fiscal ao exigir a aplicação da alíquota de 17% e não de 7%, pois o procedimento adotado pela empresa encontra-se amparado no art. 51, I, “c”, § 1º, I, II do RICMS/97. Também que foi formulada Consulta à DITRI/GECOT/Plantão Fiscal da SEFAZ/BA, a fim de obter esclarecimentos sobre a correta aplicação da alíquota na hipótese sob análise. Aquela Consulta foi respondida de modo a destacar que nas saídas internas de mercadorias, da filial atacadista baiana para seus clientes, inscritos na condição de micro e empresa de pequeno porte, incide a alíquota de 7% e não de 17%. Requer a total improcedência do Auto de Infração e junta livros e documentos fiscais à peça defensiva.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 1.110 a 1.111, na qual mantém a infração 01, tendo em vista que a empresa autuada deveria emitir nota fiscal de Entradas referente a devoluções de vendas efetuadas a contribuintes SIMBAHIA, na forma do Art. 209, IV, pois a forma de compensação prevista no § 1º do art. 368, citado pela autuada, refere-se a imposto retido ou antecipado.

Quanto à infração 02, já que não há prejuízo para o erário, sugere que a multa seja substituída pela do art. 915, § 8º, II, “b” do RICMS/97.

Na infração 03, aduz que a empresa agiu de forma incorreta ao efetuar os cálculos relativos à redução de base de cálculo, tributando as mercadorias somente após abater o valor a ser repassado, conforme exemplo constante no demonstrativo em anexo, fl. 306, implicando em recolhimento a menor do imposto devido pelas vendas. Ressalta que em muitas notas fiscais de saídas, o número da inscrição estadual do destinatário não confere com a razão social ali consignada. Como prova faz constar deste processo, extratos fornecidos pelo sistema SEFAZ (INC), o que vem a ensejar uma possível diligência nos dossiês dessas empresas que não pertencem à jurisdição da Infaz de Simões Filho.

Em 07 de julho de 2004, o autuante apresenta nova informação fiscal, retificando a anterior, e com relação à infração 03, esclarece que a alíquota diferenciada prevista no art. 51, I, “c” do RICMS/96, refere-se a estabelecimentos industriais situados neste Estado, pois o objetivo desse benefício fiscal é proteger a indústria e o atacadista locais, ambos situados dentro do Estado da Bahia. No caso presente, a matriz situa-se em São Paulo, e por este motivo não pode ser equiparada a estabelecimento industrial para efeito de aplicação da alíquota de 7%, nas vendas efetuadas a inscritos no SIMBAHIA. Ratifica as demais informações prestadas na primeira informação fiscal, e pede a procedência do Auto de Infração.

O autuado ao ser cientificado da informação fiscal, pronuncia-se como segue:

Infração 01 – Menciona o art. 368, § 1º, a fim de esclarecer que o RICMS/BA disciplina apenas sobre o rito que deve ser seguido por ocasião da devolução de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas pelos contribuintes inscritos no SIMBAHIA. Todavia não há dispositivo legal que preveja sobre a devolução de mercadorias tributadas com base no regime normal, o que impede que a empresa seja autuada, em razão de ter aproveitado os respectivos créditos pela inexistência de fundamento legal. Portanto não há como se falar em descumprimento de obrigação acessória.

Infração 02 – Que a multa jamais poderia ser da ordem de 60%, já que ficou constatado que os documentos foram escriturados.

Infração 03 – Diz que caberia promover uma modificação no § 1º do art. 51 do RICMS/97, e acrescentar a seguinte expressão:*desde que o estabelecimento remetente esteja situado neste estado.*

Ademais, a empresa formalizou consulta ao plantão fiscal, procurando agir corretamente, e este se pronunciou, via parecer da lavra do Sr. Altamirando Quintella, favorável à adoção da alíquota diferenciada, o que deu total segurança à empresa para adotar o respectivo tratamento fiscal.

Transcreve trecho da resposta à Consulta: “Se o estabelecimento filial a ser aberto no estado da Bahia é comércio atacadista dos produtos fabricados pela sua matriz, utilizar o tratamento previsto na alínea “c” do inciso I do art. 51, conforme o seu § 1º, a seguir transcrito:....”

Questiona como pode ser penalizada a empresa quando ela seguiu a orientação do plantão fiscal, mediante parecer, que anexa.

Imagina que o autuante desconhece a legislação, não observando o que dispõe a IN nº 38/94 e não demonstra ter certeza do que afirma, ao apresentar de forma preclusa, a nova informação fiscal. Afirma que o autuado procedeu consoante disciplina a mencionada instrução, efetuando o desconto no preço das mercadorias a ser repassado para o cliente, com base no percentual de 10,75269, estabelecido para este fim, e aplicando a alíquota de 7% sobre o valor encontrado, conforme atestam as notas fiscais nºs 7, 80 e 434 anexas.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS em decorrência do cometimento de duas infrações, bem como multa por descumprimento de obrigação acessória.

Na infração 01, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS não destacado em documentos fiscais, supostamente relativo a recebimento de mercadorias de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, em devolução.

Verifica-se que as notas fiscais nºs 950, 1039 e 811 foram emitidas por empresas optantes do SIMBAHIA, e deste modo não tem o destaque do ICMS, sendo vedada a utilização do crédito fiscal. Quanto à descrição da nota fiscal originária, que teria sido emitida pelo autuado, o contribuinte não provou a vinculação entre elas. Ademais, o contribuinte deveria ter emitido uma Nota Fiscal de Entrada das mercadorias. A forma de compensação mencionada na defesa, prevista no art. 368, § 1º, refere-se a imposto retido ou antecipado.

Deste modo, entendo que é procedente a acusação, devendo ser mantida a exigência fiscal.

No que concerne à infração 02, em que está sendo aplicada a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias que entraram, no estabelecimento do autuado, sem o devido registro

na escrita fiscal, conforme as notas fiscais nºs 148240 e 114846, constantes no demonstrativo de débito, fl. 01 do PAF.

A legislação prevê que em relação às aquisições de mercadorias, a escrituração deve ser efetuada no livro Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97), sendo que a falta de escrituração constitui irregularidade punível com multa de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito a tributação, conforme art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

Apesar do autuado ter argumentado que as notas fiscais nºs “118340 e 11846” foram registradas, não há comprovação deste fato no Livro de Entradas, cuja cópia o autuante procedeu à juntada, às fls. 32 a 42 do PAF.

Deste modo, mantenho a multa aplicada, conforme consta no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Quanto à infração 03, verifica-se que o autuado utilizou o benefício fiscal da redução de base de cálculo, sobre o valor das saídas de mercadorias regularmente escrituradas, o que acarretou erro na aplicação da alíquota.

O benefício da redução de alíquota, nas operações que destinem mercadorias a microempresas visou, precipuamente, proporcionar-lhes a possibilidade de adquirir mercadorias por preços mais competitivos. Assim, estaria protegendo a indústria e o atacadista locais, ambos, portanto, situados no território baiano.

A norma tributária, aplicável à espécie, está consignada em uma Instrução Normativa, (IN nº 38/94), emanada de órgão da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, e como tal, somente tem aplicação no âmbito interno deste Estado, não podendo seus ditames ultrapassar a nossa fronteira e atingir contribuintes pertencentes aos demais Estados da Federação.

Na situação em lide, as mercadorias foram recebidas do estabelecimento matriz, situado no Estado de São Paulo, e o sujeito passivo, na qualidade de atacadista, neste Estado, entendeu, equivocadamente, que fazia jus ao benefício constante na IN 38/94.

O contribuinte frisou em sua defesa que procedeu daquela maneira, com base em orientação da Secretaria da Fazenda e anexou ao PAF, a resposta à Consulta ao Plantão fiscal, obtida através de FAX, fl. 59, para fundamentar a sua assertiva.

Saliento que esta Junta de Julgamento não tem competência para apreciar a questão relativa à informação prestada através do Plantão Fiscal, mas o autuado, nos termos do Art. 159, § 1º, I, poderá formular apelo à Câmara Superior deste CONSEF, no sentido de que haja a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal, ao apelo de equidade, como segue:

Art. 159. Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de eqüidade.

§ 1º O pedido de aplicação de eqüidade deverá fundamentar-se em qualquer das seguintes circunstâncias e ser acompanhado, se for o caso, das devidas provas, sob pena de não ser conhecido:

I - ter o sujeito passivo sido induzido a erro por orientação ou

comportamento de funcionário fiscal;

II - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, diante de razoável e justificada dúvida de interpretação;

§ 2º O pedido a que se refere este artigo será formulado no prazo de 30 (trinta) dias após a intimação do Auto de Infração, da Notificação Fiscal ou da decisão do órgão julgador, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos.

§ 3º O pleito será encaminhado pela Secretaria do CONSEF à representação da PROFAZ, a qual emitirá, no prazo de 10 (dez) dias, seu parecer sobre conhecimento e acolhimento dos termos da proposta de aplicação da eqüidade.

Assim, entendo que a infração em comento é procedente, devendo ser exigido o ICMS nela apontado, cabendo recurso à Câmara Superior, ao apelo de equidade, no que pertine à multa aplicada, conforme já exposto.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 141596.0026/03-6, lavrado contra **JOFEL DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 49.176,34, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e da multa no valor de R\$ 48,29, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR