

A. I. Nº - 191828.0004/04-0
AUTUADO - CABRAL & SOUSA LTDA.
AUTUANTE - HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 04.11.2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0422-04/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** MERCADORIAS TRIBUTADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. De acordo com a legislação do ICMS, é obrigatória a emissão de nota fiscal quando da saída da mercadoria do estabelecimento, independentemente da operação ser isenta ou não tributada. Infrações acatadas. 2. 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. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar o recolhimento do imposto no prazo regulamentar. Infração comprovada. **b)** MULTA DE 60% SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO RECOLHIDO, REFERENTE A MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS FORAM TRIBUTADAS NORMALMENTE. Infração não comprovada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. **a)** PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b)** PARA O ATIVO IMOBILIZADO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições em outros Estados de mercadorias para consumo e ativo imobilizado do estabelecimento. Infrações subsistentes. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a-1)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **a-2)** MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTADAS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. BRINDES. EXIGÊNCIA

DO IMPOSTO. De acordo com a legislação, nas saídas de brindes, há incidência do ICMS. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/06/2004, exige ICMS no valor de R\$47.665,21, além de impor 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, consequentemente, 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, consequentemente, 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 importe 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, fatos ocorridos 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, fatos ocorridos no período de 02/02/01 a 31/12/02;

O autuado impugnou parcialmente o lançamento fiscal, fls. 544 a 550 dos autos, com relação às infrações 3, 9 e 11, já que no tocante às de nºs. 1, 2, 4, 5, 6, 7 e 8, disse que embora não reconheça a legitimidade do crédito reclamado, admite recolher o montante apurado.

Relativamente às infrações impugnadas, apresentou os seguintes argumentos para refutá-las:

Infração 3 - Após transcrever os termos da acusação fiscal, o autuado disse que o autuante desconsiderou o quanto disposto no Decreto nº 8.969/04, o qual estabeleceu para 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, aplicarem as regras vigentes na legislação à data de assinatura dos respectivos termos de acordo. Segundo o autuado, as mercadorias relacionadas pelo autuante se enquadraram de uma forma ampla no item 5191-8/00 (comércio atacadista de mercadorias em geral) e de uma forma mais específica nos itens 5139-0/99, 5147-0/01 e 5159-4/01, dentre outros, o que desqualifica a pretensão do autuante com relação a esta infração, oportunidade em que disse encaminhar cópia do Decreto nº 7.799/00;

Infração 9 - Pede a improcedência da exigência fiscal, tendo em vista a interpretação equivocada do autuante com relação ao item 4, do inciso II, do art. 353, do RICMS/BA., pois, os extratos concentrados sujeitos a antecipação tributária são, tão somente, aqueles destinados ao preparo de refrigerantes em máquinas, de classificação NCM 2106.90.10 e não o tradicional “xarope de groselha” (NCM 2106.90.12), Cereser ou Hemmer, cujos produtos não se destinam ao preparo de refrigerantes. Transcreve o teor do item 4, em apoio ao seu argumento e diz que o xarope de groselha NCM 2106.90.12 não pode ser enquadrado como extrato concentrado, restando improcedente esta infração;

Infração 11 - Após reproduzir os termos da autuação, diz contestar a interpretação do autuante, já que o art. 1º, do Decreto nº 7.799/00 em nenhum momento se refere à pessoa jurídica e sim à contribuinte inscrito no CAD-ICMS, mesmo sendo ambulante ou firma individual. Para dirimir qualquer dúvida a respeito, o autuado transcreveu o teor do art. 1º, do decreto acima citado e diz ficar evidenciada a improcedência da pretensão fiscal.

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.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 553/557 dos autos, disse, inicialmente, que o autuado reconheceu integralmente o crédito tributário relativo às infrações 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 e 10.

Sobre as infrações impugnadas, assim se manifestou para refutar a defesa formulada pelo sujeito passivo:

Infração 3 - Alega que, não obstante já haver circunstanciado na peça acusatória o procedimento irregular do autuado, diz ser de bom alvitre contraditar os argumentos apresentados pela defesa.

De acordo com o autuante, o art. 1º, do Decreto nº 7.799/00, previa que, para o contribuinte ser signatário do Termo de Acordo que autorizava a redução da base de cálculo para uma carga tributária de 41,176% (de 17% para 10%), além de encontrar-se adimplente para com a Fazenda Estadual, deveria estar inscrito no cadastro do ICMS na condição de atacadista, cujo código estivesse 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 pelo fato de diversos seguimentos da atividade mercantil deste Estado, a exemplo dos estabelecimentos industriais que produziam mercadorias específicas não podiam ser signatários do Termo de Acordo acima citado, já que não estavam inscritos nos códigos de atividade econômica constante dos itens 1 a 17 do Anexo Único, o que implicava em perda de competitividade com os segmentos atacadistas e, em atenção à solicitação de Órgãos representativos da classe, foi procedida uma atualização no Decreto nº 7.799/00, em seu art. 1º. Diz que com a edição do Decreto nº 8.409/00, o qual foi posteriormente atualizado pelo Decreto nº 8.435/03, com efeito retroativo a 01/01/03, o benefício que estava adstrito à atividade do contribuinte passou-se a vincular, também, ao tipo de mercadorias comercializada. Frisa que em razão de tal alteração, a partir de 01/01/03, apenas os produtos constantes dos itens 1 a 16, do Anexo Único, usufruíam da redução da base de cálculo para 41,76%.

Argumenta que o autuado em sua defesa, ao tentar elidir o lançamento fiscal, invocou o contido no art. 7º, do Decreto nº 8.969/04, o qual alterou dispositivo do Decreto nº 7.799/00, cujo texto, no entendimento da empresa, convalidaria todas as operações de redução da base de cálculo realizadas. Salienta que o Decreto nº 8.969/04, além de outras alterações promovidas, incluiu os sub-itens 12-A e 12-B, vinculados aos códigos 6148-7/01 e 5149-7/07 (produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar) não previstas no item 12 do Anexo Único (apenas produtos de higiene pessoal). Segundo o autuante, a redação do art. 1º, 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 de 41,17%, oportunidade em que juntou cópia da consulta formulada pela ASDAB junto à Gerência de Tributação da SEFAZ, com a correspondente resposta, para corroborar a acusação fiscal, antes do registro do Auto de Infração.

Infração 9 - Após transcrever os termos da acusação fiscal, o autuante disse que o art. 353, itens 3.4 e 4 - aquisições de bebidas energéticas e isotônicas e extratos concentrados, classificação fiscal NCM 2106.90 e 2106.90.10, c/c o Anexo 88, do RICMS/97, prevê o pagamento antecipado nas aquisições interestaduais de tais produtos. Aduz, com base nas cópias das notas fiscais de compras às fls. 397 a 422, que os seus fornecedores fabricantes identificaram xarope de groselha sob a classificação fiscal 2106.90.10 e, por isso, se baseou na constituição do crédito tributário. Alega que o autuado não questionou se tratar de classificação errônea do produto por parte dos fabricantes, limitando-se a alegar que xarope de groselha não se destina ao preparo de refrigerantes em máquinas. Diz, no entanto, que o sub-item 3.5, do art. 353, do diploma legal acima citado, generaliza todos os produtos cuja NCM inicia-se com o código 2106.90 e enquadra-os como bebidas energéticas e isotônicas. Frisa que, não obstante constar no corpo dos aludidos documentos a NCM 2106.90.10, cuja MVA a ser agregada na apuração da antecipação do ICMS seria de 140% (sub-item 3.3, do Anexo 88), aplicou-se a MVA de 70% prevista no item 4, por ser mais benéfica para o autuado, na hipótese de se entender que xarope de groselha não se destina ao preparo de refrigerantes.

Infração 11 - Após reproduzir os termos da acusação fiscal, o autuante disse que causou-lhe estranheza o fato do autuado impugnar o lançamento fiscal, haja vista que o mesmo ao ter a resposta desfavorável por parte da GETRI/SECOT da SEFAZ, de 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.

VOTO

Da análise das peças que compõe o PAF, observei que o autuado em sua defesa disse que embora não reconheça a legitimidade do crédito tributário exigido, admitiu recolher o imposto exigido nas infrações 1, 2, 4, 5, 6, 7 e 8, fato que comprova o acerto da ação fiscal. Desse modo, só resta a este relator manter as referidas exigências.

No tocante à infração 10, constatei que o autuado em sua impugnação não fez qualquer questionamento.

Interpreto o seu silêncio como um reconhecimento tácito da infração, devendo, por isso mesmo, ser mantida a autuação.

Quanto às infrações 3, 9 e 11 que foram objeto de impugnação pelo sujeito passivo, o meu posicionamento a respeito é o seguinte:

Infração 3 - Reporta-se a falta de recolhimento do imposto, referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo, fato ocorrido no período de 01/01/2003 até 26/12/2003.

Como suporte para a autuação, o autuante elaborou os Demonstrativos de fls. 118 a 348, onde listou as mercadorias vendidas pelo autuado com aplicação do benefício de redução da base de cálculo do ICMS.

Ao se defender da acusação fiscal, o autuado alegou que o autuante desconsiderou o disposto no Decreto nº 8.969/04, que estabeleceu para 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, aplicarem as regras vigentes na legislação à data da assinatura dos respectivos termos de acordo. De acordo com o autuado, as mercadorias relacionadas pelo autuante se enquadram de uma forma ampla no item 5191-8/00 (comércio atacadista de mercadorias em geral) e de uma forma mais específica nos itens 5139-0/99, 5147-0/01, 5159-4/01, dentre outros, o que desqualifica a pretensão do autuante em relação a esta infração;

Por seu turno, o autuante em sua informação fiscal, após se reportar ao art. 1º, do Decreto nº 7.799/00, disse que o benefício estava vinculado apenas à atividade do pleiteante e que qualquer mercadoria por ele comercializada estaria beneficiada com a redução da base de cálculo. Aduz que, com a edição do Decreto nº 8.409/02, o qual foi posteriormente atualizado pelo Decreto nº 8.435/03, com efeito retroativo a 01/01/2003, o benefício que estava adstrito à atividade do contribuinte, passou-se a vincular-se, também, ao tipo de mercadoria comercializada, portanto, apenas os produtos constantes nos itens 1 a 16 do Anexo Único usufruíam da redução da base de cálculo em 41,176%. Quanto à alegação do autuado, onde invoca o contido no art. 7º, do Decreto nº 8.969/04, cujo texto, no seu entendimento, convalidaria todas as operações de redução da base de cálculo realizadas, esclarece que o referido decreto, além de outras alterações, incluiu os sub-itens 12-A e 12-B, vinculados aos códigos 5148-7/01 e 5149-7 (produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar), não previstas no item 12, do Anexo Único. Frisa que pelo fato da redação do art. 1º, atualizada pelos decretos acima citados, não ter sido modificada, portanto, a partir de 01/01/2003, somente os produtos listados nos itens 1 a 16 do Anexo Único usufruíam a redução da base de cálculo em 41,176%. Ao concluir, o autuante disse que estão em plena vigência, desde 27/12/2002, as regras contidas no art. 1º, do Decreto nº 7.799/00 e suas alterações posteriores, quando foi desautorizada a redução da base de cálculo para os produtos constantes do item 17, do Anexo Único.

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.

Infração 9 - Foi aplicada pelo autuante a multa 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, cuja operação de saída foi tributada normalmente.

Ao se defender da acusação o autuado alegou que os extratos concentrados sujeitos a antecipação tributária são, tão somente, aqueles destinados ao preparo de refrigerantes em máquinas, de classificação NCM 2106.90.10 e não o tradicional “xarope de groselha” (NCM 2106.90.12), Cereser ou Hemmer, o qual não se destina a produção de refrigerantes, oportunidade que transcreveu o teor do

item 4, do inciso II, do art. 353, do RICMS/97, cuja alegação não foi acatada pelo autuante quando prestou a informação fiscal.

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 funcionários 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.

Infração 11 - Diz respeito à falta de recolhimento do imposto, referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo, fatos ocorridos no período de 01/01/01 a 26/12/02.

Como prova da infração, o autuante fez a juntada aos autos às fls. 455 a 526, dos Demonstrativos para apuração do imposto devido pelo autuado.

Ante de dar o meu veredito acerca da infração, entendo oportuno prestar os seguintes esclarecimentos:

I - Em sua impugnação ao lançamento, o autuado contestou a interpretação do autuante, alegando que o art. 1º, do Decreto nº 7.799/00 em nenhum momento se refere à pessoa jurídica e sim à contribuinte inscrito no CAD-ICMS, mesmo sendo ambulante ou firma individual. Para dirimir qualquer dúvida a respeito, o autuado transcreveu o teor do art. 1º, do decreto acima citado e disse ficar evidenciada a improcedência da pretensão fiscal, cujo argumento não foi acatado pelo autuante quando prestou a informação fiscal.

II - Por seu turno, o autuante em sua informação fiscal, disse causar-lhe estranheza o fato do autuado impugnar o lançamento fiscal, haja vista que o mesmo ao ter a resposta desfavorável por parte da GETRI/SECOT da SEFAZ, de 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.

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 JJF, 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.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração de Infração para exigir imposto no montante de R\$8.071,63, além do pagamento das multas no valor total de R\$909,62, devendo

ser excluído do Demonstrativo de Débito às fls. 7/10 as parcelas cobradas nas infrações 3, 9 e 11, bem como homologado os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 191828.0004/04-0, lavrado contra **CABRAL & SOUSA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.071,63**, acrescido das multas de 70% sobre R\$97,82 e de 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.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA