

AI Nº - 108880.0001/05-1
AUTUADO - SEARA ALIMENTOS S/A.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 30/11/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0150-05/05

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. A redução da base de cálculo somente pode ser aplicada nas operações de vendas para microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes quando a mercadoria não estiver enquadrada no regime da substituição tributária. Infração subsistente parcialmente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDA DE MERCADORIAS SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença das quantidades saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão da documentação fiscal exigível e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido. Infração caracterizada. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Infração não elidida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR DO IMPOSTO EM DOCUMENTO FISCAL. Infração caracterizada. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ESTABELECIMENTO FILIAL ATACADISTA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERNAS. a) FALTA DE RETENÇÃO E DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Exigência parcialmente subsistente após o refazimento dos cálculos pela autuante. b) ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Tratando-se de contribuinte enquadrado na condição de empresa atacadista, fato comprovado, o pagamento do imposto é devido quando das operações de saídas das mercadorias. Infração insubsistente. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 8/3/2005, exige ICMS no valor de R\$148.261,64, acrescido das multas de 70% e 60%, mais a multa no valor de R\$114.906,55, pelas seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do tributo em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. A empresa, inscrita no Estado da Bahia na atividade 5134900 - Comercio Atacadista de Carnes e Produtos de Carne, utilizou a alíquota de 7% nas operações de vendas a contribuintes inscritos na condição de microempresa, conforme

demonstrativo e cópias dos documentos fiscais anexos (agosto a dezembro de 2001) – R\$28.251,32;

2. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, e, conseqüentemente sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis (exercícios de 2000 e 2001) - R\$1.256,34;

3. Falta de retenção e o não recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativas às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, 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 (exercício de 2001) – R\$11,02;

4. Utilização indevida de crédito fiscal sobre bens adquiridos no Estado de São Paulo com a alíquota de 12% ao invés de 7% (fevereiro e março de 2000) – R\$75,00;

5. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. A empresa recolheu o imposto pelo regime de apuração normal, tendo se creditado dos valores consignados nas notas de aquisição e se debitado nas saídas. Entretanto, o imposto recolhido foi menos (exercício de 2001) – R\$118.667,96;

6. Multa percentual 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 posterior tributada normalmente. O contribuinte não recolheu antecipadamente o ICMS referente a aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, realizando este procedimento de acordo com as saídas das mesmas (exercício de 2001) – R\$114.906,55.

O autuado apresentou defesa (fls.1152/1172), transcrevendo todas as irregularidades apontadas pela autuante e em preliminar, requereu a nulidade da ação fiscal tem do vista que o estabelecimento já havia sido anteriormente fiscalizado quanto ao período constante no Auto de Infração. Trouxe aos autos cópia do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências para demonstrar que, por diversas vezes, havia sido monitorado. Nesta linha de raciocínio, afirmou que, de acordo com o art. 149, do CTN, renovações de lançamento somente podem ser efetuadas nos casos nele indicados. Citou ensinamentos do tributarista Luciano Amaro, José Souto Maior, decisões de tribunais (STJ) e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda para reafirmar sua posição de que não mais poderia ser fiscalização no período autuado.

Atacando o mérito das infrações, informou ser estabelecimento equiparado a industrial, por força do previsto no art.51, I, § 1º, do RICMS/97 para fins da aplicação da alíquota de 7% nas vendas efetuadas aos estabelecimentos indicados na alínea “c” do inciso I, do citado artigo. Sendo assim, cumpriu com a norma do inciso II do § 1º, do art.52, do RICMS/97, pois repassou, sob a forma de desconto, o benefício da redução da base de cálculo, conforme poderia ser comprovado por cópias de notas fiscais que apensou aos autos.

Relativamente à infração 2, apresentou dois argumentos para desconstituí-la:

1. não foi observada a “quebra de peso” de muitas das mercadorias comercializadas, considerando que parte delas é congelada. Ressaltou que a diferença encontrada, de 0,48%, demonstrava o que ora afirmava.

2. a autuante havia aplicado a alíquota de 17% para apurar o valor do imposto exigido sem

observar que possui Termo de Acordo assinado com este Órgão Fazendário visando a redução da base de cálculo em 41,76%, de forma que a alíquota efetiva é de 10%.

Quanto à infração 3, a entendeu nula, pois o Anexo 3, base da autuação, não identifica as operações, quer seja por meio de notas ou mesmos livros fiscais. E, como se isto não bastasse, os dispositivos legais ditos infringidos não foram aplicados corretamente, a exemplo do art.353, II, que possui vinte itens, sem considerar seus subitens. Afirmou que esta situação ocorreu com os demais artigos citados. Além do mais:

1. ainda que fossem considerados os dispositivos ditos infringidos, eles não eram os corretos para serem aplicados aos seus produtos;
2. não foi considerado o Termo de Acordo já citado na infração 1.

Em relação à infração 4, observou que se existiu diferença na apropriação de crédito, esta diferença não era de 17% e sim entre 12% e 7%. E, como no item anterior, os dispositivos legais não foram aplicados com precisão, exemplo do art. 50 que possui três incisos e quatro parágrafos, bem como o art.51, ficou impedido de exercer o seu direito de defesa.

Abordando a infração 5, afirmou que a autuante havia aplicado um percentual de MVA sem a devida fundamentação nas normas regulamentares, tendo citado na motivação da mesma os Anexos 69 e 88, que presumia serem do RICMS, posto que não mencionado. Afora esta situação, indicou que o Anexo 88 possui 37 itens e que aquele de nº 69 consta como revogado e se refere a “pedido de uso ou cessão de uso de equipamento emissor de cupom fiscal”.

Por outro lado, analisando as notas fiscais autuados, todas foram entradas por transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, situação excepcionada pelo disposto no art.355, I, do RICMS, o que tornava insubsistente a autuação relativa a este item.

No que concerne ao item 6, tornou a mencionar a forma inadequada da fundamentação legal apresentada, a exemplo do art.2º, art.50, I, art.353 e 938 do RICMS. Afirmou ser improcedente a autuação tendo em vista a excepcionalidade determinada no art.355, I, do RICMS. Ou seja, inexistindo ICMS a ser cobrado, não existe a multa aplicada pela fiscal. E, somente para argumentar, era necessário verificar o caráter da penalidade, que tem o intuito, apenas, de punir o contribuinte inadimplente. Citou trecho da obra de Carlos Valder do Nascimento e decisão do STJ.

Apreciando as multas aplicadas sobre as infrações constatadas, afirmou terem elas cunho de caráter confiscatório, situação já rechaçada pelo STF. Sobre o tema do confisco, apresentou decisões do citado STF, de tribunais administrativos e as determinações do art.150, IV da Constituição Federal.

Ao final, requereu a nulidade ou a improcedência do lançamento em combate.

A autuante (fls.1233/1237) inicialmente fez um resumo de toda a defesa apresentada. Em seguida a analisou e emitiu o seu pronunciamento sobre a mesma.

Em relação à arguição de nulidade da autuação, observou que a ação fiscal de monitoramento não tem o caráter homologatório como previsto no art.150, do CTN, que transcreveu, pois visa exclusivamente verificar consistências nas informações prestadas pelos contribuintes ao Órgão Fazendário, como exemplos: dados cadastrais, omissão de recolhimento do imposto, entrega e consistência de DMA e arquivos magnéticos. No período, objeto da autuação, a empresa havia sido apenas monitorada e não fiscalizada com o fim específico de homologação, como poderia se verificar através das cópias do livro RUDFTO apensada aos autos pelo próprio defendente.

Quanto à infração 1, ressaltou que as determinações do art.51, § 1º, I, “c”, do RICMS somente podem ser aplicadas para estabelecimentos industriais, ou assim equiparados, situados neste

Estado. Entendeu que o benefício da redução de alíquota nas operações que destinem mercadorias a microempresas visa proporcionar, às mesmas, preços competitivos e, ao mesmo tempo, beneficiar estabelecimento industrial ou sua filial atacadista, ambos situados no Estado.

No que tange à infração 2, discordou do defendente sobre a “quebra de peso” em relação ao descongelamento dos produtos, uma vez que o que o Regulamento não o contempla. Além do mais, as mercadorias em questão, conforme relatado pelo próprio autuado, eram perecíveis, e se descongeladas, impróprias para consumo. No caso, deveria o contribuinte emitir documento fiscal dando baixa da mercadoria, e, simultaneamente, fazer o estorno de crédito referente à mercadoria deteriorada. Quanto à redução da base de cálculo tendo em vista a existência de Termo de Acordo, informou que o processo do autuado somente foi deferido 12/8/2002, portanto fora do período fiscalizado, razão pela qual não foi aplicado o benefício de redução previsto no Decreto nº 7.799, de 9 de maio de 2000.

Para a infração 3, informou que ela estava interligada com a infração 2, pois decorrente do levantamento de estoque de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Ao apurar omissão de saídas de mercadorias sujeitas a este instituto exigiu a antecipação referente às operações internas subsequentes. Sobre a alegação do sujeito passivo de que não foi indicada, com segurança, a origem dos dados, salientou que, por ser decorrente da infração 2, todos os levantamentos fiscais de entradas, saídas, preço médio e resumo de estoque se encontravam junto com os demonstrativos desta infração, cujas cópias foram entregues ao contribuinte.

Ressaltou, em seguida, que as mercadorias, objeto desta irregularidade, ou seja, exigência do ICMS substituição tributária estavam expressamente listadas no art.353, II, 9, do RICMS (*produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, inclusive charque*). E, não poderia haver redução da base de cálculo, pois o Termo de Acordo somente foi celebrado pela empresa em 2002.

Quanto a infração 4, entendeu que os argumentos de defesa quanto à forma “genérica” que indicou os artigos 50 e 51 do Regulamento não eram pertinentes, uma vez que o sistema disponibiliza artigos para os diversos tipos de infrações que possam ser enquadrados, sendo que os citados tratam de alíquotas para operações internas. Quanto à alegação de erro na aplicação da alíquota, observou que na norma legal não existe percentual de 5% no RICMS. Além disto, ao elaborar o demonstrativo, apurou a diferença e aplicou a alíquota interna, conforme demonstrativo anexo à fl.204 e o art.93, § 6º, indicado, trata de alíquotas para uso de créditos corretamente calculados, em função da origem da mercadoria.

Sobre a infração 5, disse que, equivocadamente, havia exigido a retenção do imposto sobre as saídas internas subsequentes, com a aplicação de MVA sobre a entrada das mercadorias no estabelecimento. Na realidade a infração constatada dizia respeito à falta de retenção e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, para contribuintes localizados neste estado, conforme disposto no art.355, I do RICMS/BA, que transcreveu. Neste sentido, elaborou novo demonstrativo de débito apresentando o valor de R\$56.852,25, como ICMS a ser exigido.

Em relação a infração 6, acatou as razões de defesa, pois a multa aplicada somente pode ser exigida quando as mercadorias estiverem sujeitas ao regime da substituição tributária.

Diante do que expôs, pugnou pela manutenção das infrações 1, 2, 3 e 4, solicitou a exclusão da infração 6 e a retificação infração 5, conforme indicou.

Anexou aos autos cópia do Demonstrativo do Débito do ICMS substituição tributária e cópia do Auto de Infração retificando a infração 5, excluindo a infração 6 e a descrição da infração 2 que não constava na inicial.

O autuado foi chamado para tomar conhecimento da informação fiscal e dos seus anexos (fls.1318/1319), ocasião em que se manifestou (fls.1320/1322).

Nesta manifestação, concordou com a mudança do fulcro da autuação relativa à infração 5 apresentada pela autuante. Porém discordou, veementemente, do fato de lhe ter sido negado o recolhimento do imposto exigido com a redução da multa em 80%. Ressaltou que, como a infração indicada não era a mesma acusada originalmente, somente tomando conhecimento após a informação fiscal, era legítimo e legal lhe ser reconhecido novo prazo para recolhimento do valor da multa em seus vários percentuais, dependendo do momento do pagamento e a partir da ciência do novo lançamento.

Informou que havia enfrentado dificuldades com o site da Secretaria da Fazenda pelo fato dele ter apresentado problemas técnicos durante os dias 8 e 9 de junho, o que o impediu de solicitar a emissão do DAE. Esta situação motivou reclamação pelo telefone (0800-710071), do Call Center da Secretaria, tendo a ocorrência recebido o nº 4511. O DAE somente foi emitido no dia 10 às 14:20h com o valor errado da multa, o que impossibilitou o recolhimento do imposto devido.

Face o exposto, requereu o reconhecimento do seu direito de efetuar o recolhimento do valor exigido do item 5 com a redução da multa em 80%, por se tratar, claramente, de novo lançamento e que nesta condição, teria prazo efetivo de 30 dias para impugná-lo.

Consta à fl.1327 a cópia do DAE de recolhimento do item 5 com o pagamento da multa reduzida em 80% e imposto recolhido em 13/6/2005.

Esta 5ª JFJ encaminhou os autos à Inspetoria de Simões Filho (fl.1335) para que a autuante refizesse o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias referente à infração 2 do Auto de Infração, pois nele constavam mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e o imposto havia sido exigido pelas saídas de mercadorias.

A autuante prestou o seguinte esclarecimento: *Em atendimento à solicitação deste Conselho às fls.1335 do presente PAF venho a informar a V. Sas. que o levantamento de estoque constante na infração 02 refere-se ao período de 01/01/2000 a 31/12/2001, e que as prováveis mercadorias citadas pela relatora foram enquadradas no regime da substituição tributária a partir de 01/01/2001, conforme disposto no item 10 do Anexo 88 do RICMS, transcrito abaixo.* Transcreveu o referido item com todas as suas alterações (fl. não numerada entre às fls.1337 e 1338).

O autuado foi chamado para tomar conhecimento da informação prestada pela autuante, não se manifestando (fls.1338/1339).

VOTO

Apreciando as arguições de nulidade ao lançamento fiscal apresentadas pelo impugnante, não posso inseri-la nas condições expressas no art.18, do RPAF/99.

Em primeiro lugar, o monitoramento realizado pelo fisco estadual junto aos seus contribuintes visa, apenas, verificar consistências de dados por eles apresentados. Desta forma, o monitorado feito pela fiscalização durante o período autuado, e junto à empresa autuada, não significa que este procedimento teve caráter homologatório, não havendo qualquer pertinência serem alegadas as determinações do art.149, do CTN.

Em segundo lugar, diante das determinações do art.39, V, do já citado Regulamento, é exigido que o Auto de Infração *conterá a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória.* Como, atualmente, o Auto de Infração é informatizado, existindo uma padronização na descrição e dispositivos legais infringidos, pode acontecer uma generalização. Caberia a autuante dar continuidade a indicação

precisa da norma legal para deixá-la sem qualquer dúvida. Contudo, a descrição dos fatos, bem como os demonstrativos acostados aos autos, que foram entregues ao contribuinte, descrevem de forma satisfatória a situação verificada. Este os entendeu perfeitamente, trazendo ao processo todos os argumentos e as provas necessárias que possuía, objetivando descaracterizá-las. Não vejo motivo, portanto, para a alegação de cerceamento de defesa.

O defendente ainda alegou, e em relação a infração 5, de que a autuante havia aplicado um percentual de MVA sem a devida fundamentação nas normas regulamentares, tendo citado como sua motivação os Anexos 69 e 88, que presumia serem do RICMS, posto que não mencionado. Afora que o Anexo 88 possui 37 itens e que aquele de nº 69 se refere a “pedido de uso ou cessão de uso de equipamento emissor de cupom fiscal”. De fato o Anexo 69 nada tem a haver com a autuação. E quanto ao Anexo 88, que é pertinente à matéria em discussão, a autuante deveria ter indicado o item a que se referia. No entanto, diante do desfecho da lide sobre este item, entendo sem qualquer validade buscar sanar esta situação.

Ultrapassadas as questões de nulidade da ação fiscal, é necessário que se observe, para a decisão da lide, três aspectos fundamentais e existentes no presente lançamento fiscal.

O primeiro diz respeito em ser, ou não, o autuado empresa atacadista equiparado a industrial. O RICMS/97 (Dec. nº 6.284/97), textualmente, determina:

Art 50. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 17%, exceto nas hipóteses de que cuida o artigo subsequente:

Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% nas operações com:

*c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, **exceto** (grifo) em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art.353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas (alíneas “a” e “j” do inciso II do presente artigo);*

§ 1º Para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea “c” do inciso I deste artigo:

I - equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa;

II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

O autuado é empresa atacadista de indústria estabelecida fora deste Estado. Diante da legislação posta, é equivocado o entendimento da autuante de que a empresa industrial, bem como a sua filial atacadista, obrigatoriamente, devem estar localizadas neste Estado para que a segunda seja equiparada a uma indústria. Em qualquer momento, na legislação vigente, e transcrita, existe esta condição. O que se exige é que o atacadista *exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa*. Esta situação está provada nos autos. Inclusive, todas as notas fiscais autuadas foram emitidas pela própria empresa (fábrica e filiais).

Nesta situação, o autuado está equiparado a uma indústria.

O segundo aspecto a ser considerado diz respeito ao instituto da substituição tributária. Até 31/12/2000, o art.353, inciso II, item 9, do RICMS/97 não previa a substituição tributária para qualquer produto comestível resultante do abate de aves e gado, bovino, bufalino e suíno, a exceção do charque com NCM 021020.20.00 e 0120.90.00. Com a Alteração nº 21 (Decreto nº 7886, de 29/12/2000) e com efeitos a partir de 1/1/2001, o art.353, II, 9 passou a ter a seguinte redação:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

9 - produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, inclusive charque - NCM 0201, 0202, 0203, 0204, 0206, 0207, 0209.00 e 0210 (Lei nº 7753/00);

Esta redação sofreu alteração em 7/2/2001, com vigência a partir de 1/1/2001, quando foi excluída a NCM 0204 (Alteração nº 22 – Dec. nº 7902). Apenas como observação, pois não diz respeito à matéria ora em discussão, a redação atual do item 9 foi alterada pela Alteração nº 66 (Decreto nº 9547, de 20/09/05, com efeitos a partir de 1/10/2005, quando foi excluído o charque de sua redação.

O terceiro aspecto que tenho a expor diz respeito às mercadorias autuadas. Como nos documentos fiscais não foram indicadas as NCM, nem, tampouco, houve questionamento da empresa quanto ao aspecto de que algumas delas poderiam não se encontrar albergadas pelo instituto da substituição tributária, esta 5ª JF ainda buscou junto à autuante uma melhor definição. Esta apenas transcreveu as determinações do item 10, do Anexo 88. O autuado, por sua vez, mesmo chamado para se pronunciar a respeito da diligência solicitada, não o fez. Em sendo assim, considero que todas as mercadorias, à exceção do Kibe e Kibinho não estão incluídas no regime da substituição tributária.

Observo, por fim, que as mercadorias autuadas são praticamente as mesmas, com pequenas exceções, em todas as infrações.

Após todas estas colocações, passo a decisão do mérito da lide.

A infração 1 trata do recolhimento a menos do tributo em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O sujeito passivo aplicou a alíquota de 7% nas operações de vendas a contribuintes inscritos no SimBahia, utilizando-se do benefício fiscal determinado no art.51, I, “c”, do RICMS/97, inclusive consignando nos documentos fiscais o repasse deste benefício aos adquirentes das mercadorias (fls.1182/1220).

Em relação ao argumento de que por ser equiparado a uma indústria havia agido dentro das normas legais, conforme já exposto teria completa razão se as mercadorias não estivessem enquadradas no regime da substituição tributária, pois o Regulamento excepciona e veda a aplicação do benefício em relação à tais mercadorias e àquelas supérfluas. Assim, não posso acolher as razões do defendente, com exceção da mercadoria Kibinho, autuada em outubro de 2001 e com a exigência do imposto no valor de R\$3,46.

Este item é mantido em parte no valor de R\$28.247,86, passando o débito do ICMS do mês de outubro de 2001 para R\$6.051,08.

A infração 2 diz respeito a falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, e, conseqüentemente sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor

inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, nos exercícios de 2000 e 2001.

Quanto ao argumento de defesa no que tange a “quebra de peso” das mercadorias comercializadas, já que parte delas é congelada, é colocação que não se pode, neste momento, ser considerada. Inclusive são pertinentes os argumentos da autuante sobre o assunto. Se houve descongelamento das mercadorias, diante da atividade do impugnante, estas se tornam imprestáveis para a comercialização. E, neste caso, a legislação prevê uma série de procedimentos a serem seguidas, objetivando provar o fato.

No que tange a aplicação equivocada da alíquota para apuração do o valor do imposto exigido por ser possuidor de Termo de Acordo com este Órgão Fazendário, visando a redução da base de cálculo do imposto, a autuante informou que este Termo somente foi assinado em 12/8/2002, fato não contestado pelo sujeito passivo na oportunidade que tomou conhecimento da informação fiscal. Na situação, como as ocorrências se referem aos exercícios de 2000 e 2001, esta alegação não pode ser acatada.

Não havendo questionamento quanto as quantidades levantadas, nem, tampouco, o preço médio unitário, passo a decisão da matéria em discussão.

Em relação ao exercício de 2000, relembro que nenhuma das mercadorias levantadas se encontravam sob o regime da substituição tributária. Quanto ao exercício de 2001, a princípio ela não poderia subsistir em sua totalidade, uma vez que o imposto foi exigido pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de documento fiscal em relação a mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, à exceção de Kibe (grande) e Kibinho. Como na situação o imposto é devido nas entradas das mercadorias no estabelecimento e não nas saídas, pois nesta ocasião a fase de tributação já se encontra encerrada, a irregularidade apurada não poderia ser cobrada na forma como foi realizada. Entretanto, como o autuado é empresa atacadista, a legislação o excepciona para recolhimento da antecipação tributária para o momento das vendas das mercadorias. Na situação apresentada, o levantamento fiscal está correto e é mantido no valor de R\$1.256,34.

A infração 3 exige o ICMS pela falta de retenção e o seu não recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativas às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, no exercício de 2001. O autuado alegou ser ela nula por não identificar as operações comerciais que foram autuadas, quer seja por meio de notas ou mesmos livros fiscais. Este é argumento que, mais uma vez, não pode ser acolhido. A irregularidade foi apurada em decorrência do levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias realizado e que culminou com a exigência do imposto da infração 2. O demonstrativo de débito está apensado aos autos à fl.202 e ao autuado lhe foi fornecido cópia.

Quanto ao Termo de Acordo firmado com a Secretaria da Fazenda, já comentei o assunto, concluindo que à lide não se aplica, já que assinado e concluído em 12/8/2002 e o período fiscalizado foi em 2001.

Não havendo outras razões de defesa a serem consideradas, a infração 3 é mantida no valor de R\$11,02.

A infração 4 exige o ICMS pela utilização indevida de crédito fiscal sobre bens adquiridos no Estado de São Paulo com a alíquota de 12% ao invés de 7%.

O impugnante apenas observou que se existiu diferença na apropriação de crédito, esta diferença não era de 17% e sim entre 12% e 7%. Neste particular, informo que embora no corpo do Auto de

Infração esteja consignada a alíquota de 17%, o levantamento fiscal, anexado à fl.204, que ao autuado foi fornecida cópia, bem como a cópia das notas fiscais nº 373.986 e 373.985 (fls.205/206) demonstram, sem qualquer dúvida, que a glosa do crédito se referiu a diferença de alíquota utilizada de 12% ao invés de 7%. A empresa ao transferir, de São Paulo, ativo imobilizado (condicionados de ar Springer e aparelho de fax Siemens) para o estabelecimento autuado, o fez com alíquota de 12%.

Este crédito foi utilizado no valor consignado no documento fiscal e em desconformidade com as disposições dos §§ 5º e 6º, II, do art. 93, do RICMS/97 que determinam que somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, mesmo que destacado a maior no documento fiscal e a alíquota na entrada de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, das Regiões Sul e Sudeste, é de 7%.

Em vista do exposto, a exigência do ICMS é mantida no valor de R\$75,00.

Na infração 5 é exigido o ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. A autuante consignou no corpo do Auto de Infração que a empresa havia recolhido o imposto pelo regime de apuração normal, tendo se creditado dos valores consignados nas notas de aquisição e se debitado nas saídas, porém o imposto havia sido recolhido a menos. Os fatos se referem ao exercício de 2001.

Quando da sua primeira manifestação, o autuado observou que a autuante não atentou para a excepcionalidade contida no art. 355, I, do RICMS/97, que, ao tratar das hipóteses em que não deve ser feita a antecipação do ICMS nas operações internas e nas aquisições fora do Estado, textualmente, determina:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;

A autuante, quando de sua informação fiscal, concordou com a defesa de que havia se equivocado. Na realidade, a infração dizia respeito à falta de retenção, e o conseqüente recolhimento, do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, para contribuintes localizados neste Estado e conforme disposições legais acima transcritas. Com esta informação, mudou o fulcro da autuação e refez o levantamento fiscal apresentando valor do ICMS a ser exigido de R\$56.852,25.

O autuado, embora observando que tinha conhecimento da mudança do fulcro da autuação, aceitou a irregularidade apresentada pela autuante e nos valores por ela indicados. Entretanto, demonstrou sua irresignação tendo em vista que a Repartição Fiscal não aceitou que ele recolhesse o imposto com o abatimento de 80% da multa aplicada. Ressaltou que se houve mudança da natureza da irregularidade, seu prazo somente começou a contar a partir da sua ciência da informação fiscal. Após tais considerações, consta nos autos que ele recolheu o débito com a multa reduzida em 80%.

Embora compartilhe com o entendimento do defendente, esta 1ª Instância de Julgamento Fiscal não tem competência para acolher o seu pedido. Sugiro ao sujeito passivo que apresente recurso à Câmara Superior deste Colegiado que é o órgão competente para apreciar a questão.

Em vista da aceitação do contribuinte do novo lançamento efetuado, com o recolhimento do imposto exigido, mantenho a infração 5 no valor de R\$56.852,25, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 5

COD DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA (%)
10	31/1/2001	9/2/2001	7.284,94	60
10	28/2/2001	9/3/2001	6.432,64	60
10	31/3/2001	9/4/2001	10.429,53	60
10	30/4/2001	9/5/2001	4.181,68	60
10	31/5/2001	9/6/2001	5.109,99	60
10	30/6/2001	9/7/2001	8.092,62	60
10	31/7/2001	9/8/2001	1.925,40	60
10	31/8/2001	9/9/2001	1.976,48	60
10	30/9/2001	9/10/2001	2.143,60	60
10	31/10/2001	9/11/2001	3.081,60	60
10	30/11/2001	9/12/2001	2.977,62	60
10	31/12/2001	9/1/2002	3.216,15	60
TOTAL			56.852,25	

A infração 6, cobra multa percentual 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 posterior tributada normalmente.

Esta é outra infração que não pode subsistir tendo em vista a decisão do item anterior, ou seja, o contribuinte, diante das determinações do art.355, I, do RICMS/97 procedeu corretamente, não tendo sustentação legal a cobrança da multa aplicada pela autuante.

Por tudo exposto, voto pela procedência parcial da autuação para cobrar o ICMS no valor de R\$86.217,97, com homologação dos valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108880.0001/05-1**, lavrado contra **SEARA ALIMENTOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$86.442,47**, sendo R\$75,00 corrigido monetariamente acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes e R\$86.367,47 acrescido da multa de 60% sobre o valor de R\$85.111,13, e 70% sobre o valor de R\$1.256,34, previstas no art.42, incisos II “a”, “e” e “d”, respectivamente e III do mesmo Diploma Legal, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta de julgamento 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE/RELATORA

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR