

A. I. N° - 148714.0002/05-3
AUTUADO - FENIX DISTRIBUIÇÃO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DA CONCEIÇÃO MACIEL PAOLILO
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 20. 09. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF 0326-04/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. A legislação só autoriza a utilização do crédito pelo valor corretamente calculado. Infração caracterizada. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Ficou comprovado erro no valor da operação, caracterizando redução indevida da base de cálculo. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. CANCELAMENTO IRREGULAR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Procedimento em desacordo com as normas estabelecidas pelo Regulamento do ICMS Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 03/06/2005, refere-se a exigência de R\$11.254,05 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a maior nos documentos fiscais, no valor de R\$ 337,50.
2. Recolhimento a menor do imposto, no valor de R\$2.742,73, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente, no valor de R\$ 8.173,82.

O autuado apresentou impugnação tempestivamente, folhas nº 430 a 572, na qual se insurge contra o Auto de Infração, alegando que em relação à infração 01, a apropriação do crédito fiscal se deu pelo valor destacado na própria nota fiscal de compra.

Acrescenta que a empresa limitou-se a exercer um direito que lhe é conferido constitucionalmente de se creditar pelo valor recolhido à título de ICMS na fase anterior, conforme o princípio da não cumulatividade estampado no art. 155,§ 2º inciso I da Constituição Federal.

Quanto à infração 02, argumenta que a Instrução Normativa 38/94 dispõe o seguinte: “Considerando que 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, considerando que a norma regulamentar estabeleceu que o repasse deste benefício corresponderá à diferença de valor decorrente da aplicação da alíquota de 7% em lugar da prevista no art. 67 do RICMS/BA(17%), resolve expedir as seguintes instruções: 1 – Os estabelecimentos industriais quando remeterem mercadorias a contribuintes inscritos no CICMS

na condição de microempresa industrial, comercial varejista ou simplificada deverão aplicar o desconto no preço do produto, conforme estatuído no inciso II do parágrafo único do art. 68 do RICMS, aprovado pelo decreto 2.460/89, seguindo o exemplo abaixo, utilizando-se como percentual um fator fixo de 10,75269.”

Assim, conforme observado, o abatimento da base de cálculo se enquadra perfeitamente nas exigências feitas pelo Poder Público.

Sobre a terceira infração, o autuado aduz que o que aconteceu foi a substituição de uma nota fiscal por outra em virtude de erro em sua elaboração, conforme pode ser observado nas cópias das notas fiscais anexadas a este PAF.

Após a nota fiscal cancelada, há uma outra com iguais dados (produtos, valores e clientes), o que demonstra ter havido simples substituição de notas fiscais por algum erro detectado ou simplesmente o cancelamento do pedido.

Informa que, não obstante falte a formalidade do carimbo registrando o cancelamento das referidas notas, tal ausência não pode transmutar a verdade para fazer incidir imposto, observando que algumas notas sequer foram destacadas do talonário.

Ao finalizar requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresentou informação fiscal às folhas 573 e 574, esclarecendo o seguinte:

Infração 01 – O contribuinte adquiriu mercadorias na região sul e creditou-se indevidamente de 12% ao invés de 7%, uma vez que o RICMS/BA, art. 93, § 6º estabelece que somente será admitido a alíquota de 7% nas aquisições provenientes da região sul, portanto a autuação, com seus valores, está correta.

Infração 02 – O autuado calculou de forma errada o imposto referente a vendas internas de microempresa, abatendo da base de cálculo o valor do desconto, sendo que o art. 52 do RICMS/BA estabelece que a utilização da alíquota de 7% está condicionada a que seja dado desconto de aproximadamente 10% do imposto devido. Sendo assim, o imposto devido deve ser calculado pelo valor integral da mercadoria, dessa forma o montante do ICMS integra sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Infração 03 – O contribuinte cancelou diversas notas fiscais sem que tenha sequer indicado o motivo do cancelamento, conforme determinação legal.

Conforme pode ser observado às folhas 199 a 204 as notas fiscais constam o carimbo da segurança patrimonial do Bomprego Bahia e as alegações da empresa não foram comprovadas, sendo que o mesmo listou o motivo do cancelamento numa listagem que não tem nenhum valor legal.

Por fim, reitera o teor do Auto de Infração.

VOTO

Em relação à preliminar de nulidade argüida pela defesa, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o autuado, o montante do débito tributário, a natureza da infração apurada, e não foram constatados vícios formais ou materiais que comprometam a autuação fiscal. Assim, fica rejeitada a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa.

Quanto ao mérito, observo que a primeira infração trata de utilização a maior de crédito fiscal, em razão da manutenção de 12% do crédito fiscal em vez de 7% nas compras de produtos provenientes da região sul.

Ocorre que, conforme preceitua o RICMS/BA no art. 93, § 6º “ Na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos de outras unidades da Federação, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas: II – Mercadorias ou serviços provenientes das regiões sul e sudeste, 7%.

Assim sendo, não houve desrespeito ao Princípio Constitucional da Não Cumulatividade como salienta o autuado em sua peça defensiva, ficando caracterizada a infração.

Quanto à infração 02, entendo que houve um equívoco na interpretação do autuado em relação à determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes. A Instrução Normativa nº 38/94 foi revogada em função da entrada em vigor do decreto nº 7.466 de 17/11/1998 que alterou o art.51 do RICMS/BA para a seguinte redação: “ I – Alíquota de 7% nas operações com: c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinados a microempresa, empresa de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária e de mercadorias consideradas supérfluas.”

Ainda no artigo supracitado, parágrafo 1º inciso II – “O estabelecimento industrial ou a este equiparado 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 de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.”

A Base de Cálculo do ICMS na operação é o valor total dos produtos, sem o desconto, aplicando-se sobre ela a alíquota de 7%, obtendo-se assim o valor do imposto devido. O desconto dado ao adquirente das mercadorias é feito por fora, uma vez que o montante do ICMS integra sua própria base de cálculo.

Assim, entendo que não foi efetuado corretamente o cálculo do imposto devido nas notas fiscais apresentadas nos autos, por isso não deve ser acatado o argumento do defendente. Mantida a exigência fiscal.

Em relação à infração 03, o autuado informa que o que aconteceu foi a substituição de uma nota fiscal por outra em virtude de erro em sua elaboração ou cancelamento do pedido. Foram anexadas cópias das notas fiscais canceladas e notas subsequentes, ressaltando que apenas descumpriu formalidades ao não aplicar o carimbo de “cancelado” nos documentos fiscais.

O autuante ressalta que o contribuinte cancelou diversas notas fiscais sem que tenha sequer sido indicado o motivo do cancelamento não comprovando assim, as suas alegações.

De acordo com o art. 210 do RICMS/BA “ Quando o documento fiscal for cancelado, conservar-se-ão no talonário, formulário contínuo ou jogos soltos todas as suas vias, com declaração do motivo que houver determinado o cancelamento, e referência se for o caso ao novo documento emitido.

§ 1º - O motivo do cancelamento do documento fiscal será anotado, também no livro fiscal próprio na coluna “Observações.”

Tendo em vista que o autuado não cumpriu as formalidades legais inerentes ao cancelamento das notas fiscais, nem tampouco, apresentou cópia do livro fiscal constando anotações relativas aos cancelamentos dos referidos documentos na coluna “Observações”, mantenho a infração.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **148714.0002/05-3**, lavrado contra **FENIX DISTRIBUIÇÃO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.254,05**, sendo R\$5.116,89, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.191,21 e de 70% sobre R\$3.925,68, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$6.137,16, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.889,02 e de 70% sobre R\$4.248,14, previstas nos incisos II, “a” e III do artigo e lei citado, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA