

A. I. Nº - 232845.0123/04-9
AUTUADO - DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO e DÍLSON MÍLTON DA S. FILHO
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 17/04/07

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0104-03/07

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. REDUÇÃO INDEVIDA. Ficou comprovada a realização de operações para não contribuintes do ICMS, não se aplicando o benefício estabelecido no Decreto 7.799/00 que dispõe sobre redução de base de cálculo nas operações internas com mercadorias destinadas à comercialização nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) destinadas a contribuintes também inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia. Infração caracterizada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Diferença apurada em virtude da utilização indevida de redução de base de cálculo, nas operações de vendas realizadas a contribuintes não inscritos. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/03/2006, refere-se à exigência de R\$439.404,50 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O contribuinte deixou de recolher o ICMS referente às saídas de mercadorias tributáveis, para não contribuinte, com utilização indevida da redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00, sendo mantida a redução prevista para atacadista referente a leite em pó e longa vida e óleo de soja. Consta, na descrição dos fatos que a auditoria não foi realizada com utilização dos arquivos magnéticos em virtude das inconsistências constatadas, e a falta dos arquivos magnéticos motivou a apuração manual das irregularidades apuradas. Valor do débito: R\$383.609,76.
2. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte errou na determinação da base de cálculo em função da utilização indevida da redução da mencionada base de cálculo, prevista no Decreto 7.799/00. Consta, ainda, que foram excluídos os não contribuintes identificados pelo próprio autuado: repartições públicas, igrejas, partidos políticos. Valor do débito: R\$55.794,74.

O autuado apresentou impugnação (fls. 794 a 798), alegando que os autuantes registraram sem provas que os arquivos magnéticos prejudicaram o trabalho da fiscalização e por isso, foi efetuada uma apuração manual, com base em 30.920 notas fiscais, e isso revela a insegurança e inconsistência que dominam o lançamento. Por isso, requer a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto ao mérito, o defendente salienta que firmou Termo de Acordo fundado no Decreto 7.799, de 09/05/00, e na primeira infração a fiscalização presume que as vendas foram feitas a não contribuintes, inexistindo qualquer prova dessa presunção. “Contrário senso, o AI cobra, no item

02, sobre os mesmos períodos a antecipação”. Diz que ao contrário da presunção instalada, as vendas foram realizadas a contribuintes do ICMS, ainda que não inscritos regularmente, o que constitui infração de caráter formal, que não é de responsabilidade do autuado, basta investigar o conceito de contribuinte do ICMS, conforme disposto no art. 5º da Lei 7.014/96. Prosseguindo, o defendente alega que os autuantes não observaram que as quantidades constantes nas notas fiscais, por si só, indicam que as operações foram realizadas com contribuintes do ICMS, tendo em vista que o volume das operações caracteriza o intuito comercial, e sendo assim, as operações foram efetivadas para contribuintes, diante dos volumes e da definição da Lei 7.014/96. Cita a cláusula primeira do Termo de Acordo, assegurando que o mencionado Termo prevê expressamente que a redução somente poderia ocorrer em relação às vendas para contribuintes, e as vendas foram realizadas para contribuintes que não perdem essa característica pelo simples fato de serem pessoas físicas. Argumenta, ainda, que em diversas notas fiscais consta o nome fantasia no campo destinado aos dados adicionais, o que afasta dos mesmos o condão de pessoa física, devendo alocar no rol de contribuintes e de pessoas jurídicas de fato. Diz que outro aspecto não observado pelos autuantes diz respeito à antecipação do ICMS nos demonstrativos que compõem a segunda infração, sendo efetuada a retenção do ICMS substituído, com base no art. 353, inciso I, do RICMS-BA, conforme DAEs. Ainda em relação à infração 01, alega que a autuação não considerou a norma do Decreto 7.799/00, no art. 6º, que determina a compatibilização da carga tributária, e no Auto de Infração, simplesmente foi aplicada a alíquota de 17%, o que distorce a paridade estabelecida no mencionado Decreto, uma vez que os créditos foram estornados conforme escrituração efetuada no livro RAICMS, e as importâncias deveriam ser deduzidas da exigência fiscal, na improvável hipótese de aproveitamento do Auto de Infração.

Referente à segunda infração, alega, ainda, que os autuantes não observaram que foi efetuada a retenção normalmente, e quanto às notas fiscais relativas às vendas para consumidores finais, em quantidades que não indicam o intuito comercial, não cabe a retenção, devendo as mesmas ser excluídas do presente lançamento. Além disso, alega que os autuantes utilizaram MVAs incorretas, o que pode ser apurado mediante diligência fiscal. Salaria que a retenção do ICMS é aplicável nas operações realizadas com contribuintes do ICMS; as retenções foram realizadas, conforme DAEs anexos, o que prova que as operações foram efetuadas para contribuintes do imposto, os quais se caracterizam como pessoas jurídicas de fato. O defendente informa que está acostando aos autos farta documentação, colocando à disposição toda a documentação complementar, que se encontra na sede da empresa, requerendo revisão por fiscal estranho ao feito, no sentido de apurar se o estorno de crédito foi feito pela empresa, investigar se a retenção de que trata a infração 02 foi feita sem aplicação da redução da base de cálculo, ou se as retenções foram feitas a mais do que exigido no Auto de Infração, em relação aos consumidores finais, cujas quantidades não indicam o intuito comercial. Por fim, protesta pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante Virgílio Francisco Coelho Neto, em sua informação fiscal às fls. 1098 a 1101 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que a utilização da redução da base de cálculo do ICMS nas vendas a não contribuintes não permite que o autuado utilize a redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00. Diz que o defendente confirma em sua impugnação que realizou vendas a consumidor final e que utilizou de forma indevida a redução da base de cálculo. Salaria que a comprovação dessas vendas está nas notas fiscais acostadas aos autos e na microfilmagem das mencionadas notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal. Quanto à alegação defensiva de que foi recolhido o ICMS referente à antecipação, diz que está sendo exigido no presente Auto de Infração é a antecipação tributária do ICMS sobre as saídas de mercadorias para contribuintes não inscritos, relativamente à diferença na determinação da base de cálculo em virtude da utilização indevida de redução, que não foi recolhido, e de acordo com a Cláusula 6ª do Termo de Acordo, quando o autuado realiza vendas a contribuinte não inscrito deixa de se beneficiar da redução. Ressalta que o CONSEF tem entendido como indevida a redução da base de cálculo nestes casos, a exemplo do AI 021057.0030/03-0, que trata da mesma

infração, e o próprio autuado admite em sua impugnação que realizou vendas a não contribuintes. Finaliza, pedindo a procedência do presente lançamento.

Considerando a inexistência nos autos do Termo de Acordo, esta Junta de Julgamento Fiscal, mediante pauta suplementar, deliberou converter o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 1106) para o autuante anexar ao PAF uma cópia desse Termo de Acordo, possibilitando a análise em relação ao descumprimento de suas cláusulas, pelo contribuinte.

Em atendimento, o autuante Virgílio Francisco Coelho Neto, às fls. 1108/1109, diz que acostou ao PAF uma cópia do Termo de Acordo e esclarece que, nos procedimentos de fiscalização de contribuintes com o mencionado Termo de Acordo, deve ser observada a redução de base de cálculo de 41.176% nas operações internas e o crédito presumido de 2% nas operações de saídas interestaduais somente poderá ser utilizado nas saídas para: a) pessoas jurídicas contribuintes do ICMS, de 10/05/2000 a 26/12/2002; b) contribuintes inscritos no CAD-ICMS (pessoas físicas ou jurídicas) a partir de 27/12/2002. Salienta que no presente Auto de Infração encontra-se anexadas as cópias de notas fiscais que comprovam a comercialização com não contribuintes do ICMS e os documentos fiscais integrantes deste lançamento foram microfilmadas pela Empresa Gráfica da Bahia.

VOTO

Inicialmente, o autuado suscita nulidade do presente Auto de Infração, alegando que foi efetuada uma apuração manual, com base em 30.920 notas fiscais, e isso revela a insegurança e inconsistência que dominam o lançamento. Entretanto, não foram indicados pelo defendente quaisquer erros no levantamento fiscal que demonstrassem insegurança e inconsistência do lançamento, e o fato de ter sido efetuada apuração manual não invalida o levantamento fiscal. Assim, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de revisão e diligência fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide, diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, e não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelos autuantes, e por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

A primeira infração trata da falta de recolhimento do ICMS referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, relativamente às vendas de mercadorias tributáveis para não contribuintes, com a utilização indevida da redução da base de cálculo.

O Decreto 7.799/00 dispõe sobre redução de base de cálculo nas operações internas com mercadorias destinadas à comercialização, realizadas por contribuintes do ICMS sob os códigos de atividade indicadas neste Decreto, inclusive o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, e a utilização do tratamento tributário previsto neste Decreto ficou condicionada à celebração de Termo de Acordo específico.

Assim, de acordo com o art. 1º do mencionado Decreto, “nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser

reduzida em 41,176%”. Portanto, o benefício fiscal se aplica aos contribuintes inscritos em relação à vendas realizadas para contribuintes também inscritos.

Constato que o Parágrafo único da Cláusula primeira do Termo de Acordo (fls. 1110/1111), estabelece, “a fruição do benefício de que trata este Termo de Acordo dependerá de que a ACORDANTE atenda a todas as condições previstas no referido Decreto”. Ademais, o art. 11, do RICMS/97, prevê: “Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição”.

De acordo com as fotocópias das notas fiscais acostadas aos autos, as vendas foram realizadas a pessoas não inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS, o que está comprovado pela inexistência do número da inscrição estadual, e no CNPJ nos citados documentos fiscais.

O autuado alega que “as vendas foram destinadas a contribuintes do ICMS, ainda que não inscritos regularmente”. Por isso, entende que se trata de uma infração de caráter formal, que não é de sua responsabilidade, basta investigar o conceito de contribuinte do ICMS, conforme disposto no art. 5º da Lei 7.014/96.

Constato, pelas notas fiscais acostadas aos autos, inclusive aquelas apresentadas juntamente com a impugnação (fls. 809 a 1094), que foram consignadas quantidades em caixas, fardos, dúzias, o que indica a aquisição de mercadorias para comercialização, por contribuintes não inscritos.

A legislação estabelece que é obrigação do contribuinte, inscrever-se no Cadastro de Contribuintes, antes de iniciar suas atividades (art. 150 do RICMS/97), sendo considerado clandestino qualquer estabelecimento comercial, industrial, produtor ou extrator que não estiver devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, ficando aqueles que assim se encontrarem sujeitos às penalidades previstas na legislação (art. 191 do RICMS-BA).

Conforme o art. 142, Inciso I, do RICMS/97, além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos fiscais e escrituração, é obrigação do contribuinte exigir do outro contribuinte nas operações que com ele realizar a exibição de Carão de Inscrição ou o Documento de Informação Cadastral, sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, se do descumprimento desta obrigação decorrer do não recolhimento do imposto.

Dessa forma, se o autuado reconhece que os adquirentes são contribuintes do imposto sem inscrição estadual, deveria exigir desses adquirentes a comprovação da regularidade de suas inscrições no Cadastro de Contribuintes, conforme previsto na legislação, e sendo realizadas vendas de mercadorias a pessoas não inscritas, em quantidade que demonstram o intuito comercial, como afirmou o defendente, isso significa que o imposto devido nas operações subsequentes não seria recolhido, haja vista que, sem inscrição estadual, o Fisco não dispõe de elementos de controle para exigir o pagamento do imposto relativo às vendas realizadas posteriormente, por esses comerciantes.

Por outro lado, sendo uma obrigação dos adquirentes das mercadorias, a inscrição do Cadastro de Contribuintes, e sendo também obrigação do autuado exigir a exibição do cartão de inscrição do outro contribuinte nas operações que com ele realizar, não se pode acatar as alegações defensivas. Concluo pela subsistência da infração 01.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte errou na determinação da base de cálculo em função da utilização indevida da redução indevida da mencionada base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00.

O defendente alegou que toma emprestados os argumentos apresentados em relação ao primeiro item do Auto de Infração, acrescentando que os valores retidos são sempre maiores do que aqueles exigidos no Auto de Infração, e a retenção somente foi feita em relação às notas fiscais que indicavam o intuito comercial, e não, em relação às vendas para pessoas físicas,

caracterizadas como consumidores. Disse, ainda, que as notas fiscais de vendas a consumidor final, computadas no levantamento fiscal, devem ser excluídas, porque não cabe a retenção, e além disso, constatou que foi utilizada a MVA, com percentuais maiores que aqueles previstos na legislação.

O art. 353, inciso I, do RICMS/97, estabelece:

“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 subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto.”

Embora o autuado tenha alegado que realizou vendas a consumidor, as notas fiscais acostadas aos autos, inclusive aquelas apresentadas juntamente com a impugnação (fls. 809 a 1094), constam quantidades em caixas, fardos, dúzias que indicam aquisições para comercialização, por contribuintes não inscritos.

Quanto à alegação de que foi efetuada a retenção do ICMS substituído, não considerada pelos autuantes, as cópias dos DAEs anexadas ao PAF pelo defendente (fls. 804 a 808) não identificam as notas fiscais a que se referem, tornando impossível o seu confronto com o levantamento fiscal.

Referente à MVA, também questionada pelo defendente, no levantamento fiscal foi utilizado o percentual de 15%, previsto no anexo 89, item 1, relativamente aos gêneros alimentícios. Portanto, é subsistente a exigência fiscal neste item da autuação, tendo em vista que ficou comprovado por meio dos documentos fiscais, que foram realizadas saídas de mercadorias destinadas a não inscritos no Cadastro de Contribuintes, utilizando indevidamente a redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232845.0123/04-9**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$439.404,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – JULGADOR