

A. I. N ° - 110391.0029/06-3
AUTUADO - DOMINGOS COSTA INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS S/A
AUTUANTE - HÉLIO RAMOS MOREIRA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 02.05.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0112-01/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto correspondente ao valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações anteriores, também não contabilizadas. **Infração caracterizada. 2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Estando comprovado o recolhimento do imposto a menos, torna-se exigível a diferença apurada. **Infração comprovada. 3.** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Comprovado que o contribuinte utilizou-se dos benefícios correspondentes antes da celebração do competente Termo de Acordo para a redução da base de cálculo do ICMS, nas operações de venda em atacado. A legislação tributária determina que a utilização do benefício fiscal requerido pelo contribuinte só pode ocorrer depois da celebração do Termo de Acordo, fato ocorrido posteriormente. Impossibilidade de retroatividade do referido termo para alcançar fatos pretéritos. **Infração comprovada. 4.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **Infração reconhecida como devida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/12/2006, atribui ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 - Falta de recolhimento do ICMS, constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo,

ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício, em referência ao exercício de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.185,36, acrescido da multa de 70%;

02 – Recolheu a menos o ICMS concernente à antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro a julho de 2005, exigindo imposto no valor de R\$ 23.368,89, acrescido da multa de 60%, conforme Anexos 01.2005 (01.1, 01.2, 01.3, 01.4, 01.5 e 01.6);

03 – Deixou de recolher ICMS referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de março a novembro de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 95.234,18, acrescido da multa de 60%, de acordo com o Anexo 02.2005.

04 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a novembro de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 4.857,98, acrescido da multa de 60%, em conformidade com o Anexo 03.2005.

Consta no campo da descrição dos fatos que o contribuinte se refere a filial de fábrica inscrita no CNAE-Fiscal nº 5139099 - comércio atacadista de outros produtos alimentícios, tendo ingressado com o Processo nº 03077620051 em 24/02/2005, solicitando habilitação para uso e gozo do benefício fiscal constante do Dec. 7.799/00, sendo celebrado o Termo de Acordo em 07/11/2005, passando, entretanto, a usufruir dos benefícios a partir de 01/03/2005. O contribuinte apresentou arquivo magnético sem registro de inventário em 30/12/2004, tendo sido feita a conversão das quantidades consignadas no registro de inventário e assinaladas no arquivo magnético, para efeito da realização da Auditoria dos Estoques.

O autuado, através de representante legalmente constituído, apresentou impugnação às folhas 615 a 619, inicialmente traçando um breve histórico de sua empresa, que foi fundada em Belo Horizonte, em 1925, produzindo massas alimentícias, farinha de trigo e misturas em diversas modalidades, contando com 1.500 empregos diretos, ocupando uma área aproximada de 100.000 m² na Cidade Industrial, tendo recolhido de ICMS nos últimos 36 meses na filial de Feira de Santana o valor de R\$ 2.521.000,00, conforme relação anexa, o que revela sua sinceridade de propósito no mercado e com seus compromissos tributários.

Argüindo que a defesa se restringiria apenas à infração 03, realçou que o Protocolo nº 030776/2005-1 (fl. 16), de 01/03/2005, é documento perfeito no fundo e na forma, conferindo plena eficácia a partir de sua protocolização. Acrescentou que ainda que o fisco discorde, não houve solução divergente entre o Termo de Acordo e o protocolo propriamente dito.

Discordou da imputação, alegando que a redução de base de cálculo de ICMS prevista no Dec. 7.799/00 é conferida a contribuintes específicos, estando condicionada a que os interessados estejam enquadrados sob código de atividade econômica constante de seu Anexo único. Salientou que a intenção do legislador, ao conceder o benefício, foi conferir o repasse do abatimento àquele que efetivamente consuma a mercadoria, no caso, produtos alimentícios (código 5139-0/99).

Argumentou que o Auto de Infração não mostra que no período fiscalizado o impugnante houvesse adotado procedimentos contrários às disposições da legislação tributária, o que afasta a existência de qualquer afronta que provocasse a perda do benefício fiscal. Desta forma, manifestou o entendimento de que não havendo a demonstração expressa de que a mercadoria comercializada fora outra que não produtos alimentícios, além de não ter existido qualquer ato objetivando dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos

constitutivos da obrigação tributária e da base de cálculo reduzida, jamais o fisco poderia retirar-lhe o direito de utilizar-se do benefício em questão, simplesmente por ter passado a usá-lo a partir de 01/03/2005, data do protocolo na Repartição Fazendária.

Salientou que a redução da base de cálculo teve por escopo a seletividade, instituto consagrado no art. 155, § 2º, da Constituição Federal de 1988, acrescentando que o transcrito art. 111, inciso II, do CTN – Código Tributário Nacional determina que devem ser interpretados literalmente os casos de outorga de isenção. Deste modo, sendo a redução da base de cálculo uma das modalidades de isenção (isenção parcial), a interpretação do dispositivo que concede a referida redução tem que ser literal, restringindo a sua concessão aos contribuintes que atendam necessariamente aos requisitos nele arrolados, o que é o caso do impugnante, que ao atender as condições previstas no Dec. 7.799/00, adquiriu o direito à redução da base de cálculo.

Tomando por base o art. 112, inciso IV, do CTN, que transcreveu, argüiu que persistindo dúvidas quanto às circunstâncias materiais do fato, as exigências fiscais não podem ser mantidas. Assim, tomando-se por base a analogia e o direito comparado, deve-se interpretar em favor do autuado, haja vista, ademais, que o princípio da estrita legalidade tributária traz consigo o rigor da tipificação. Qualquer incerteza quanto ao perfeito enquadramento do fato à norma compromete a aplicação desta, desde quando deve haver uma perfeita identificação entre o componente fático e aquele descrito na norma jurídica que comina penalidade à sua prática.

Afirmando que além do princípio da legalidade, deve ser observado o princípio da tipicidade, citou os preceitos apresentados pelos tributaristas Maria Rita Ferragut e Marco Aurélio Greco, que se resumem no entendimento de que a pressuposição de ocorrência do fato gerador não torna a alegação dessa ocorrência coberta pela presunção da legitimidade, nem inverte o ônus da prova.

Requeru que a infração seja julgada improcedente, protestando pela realização de diligência ou perícia. Pediu, ademais, retornar ao processo para razões adicionais que se fizerem necessárias em seu transcurso.

O autuado apresentou requerimento junto à INFAZ Feira de Santana (fl. 651), solicitando a emissão de documento de arrecadação, para fins de quitação parcial do Auto de Infração, conforme descrição dos débitos reconhecidos.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 653/654, argüindo que o lançamento foi precedido de sucessivas intimações, visando assegurar os interesses recíprocos do Estado e do sujeito passivo, sendo que antes do encerramento da ação fiscal foi apresentado ao contribuinte um relatório circunstanciado das ocorrências, quando o mesmo esclareceu que discordava tão somente da infração 03.

Esclareceu que o autuado ingressara com o Processo nº. 030776/2055-1 em 24/02/2005, solicitando habilitação para uso e gozo do benefício fiscal previsto no Dec. nº. 7.799/00, no entanto o Termo de Acordo somente foi celebrado em 07/11/2005 (fls. 370/371). Argumentou que o direito ao uso do benefício somente nasce a partir da data na qual foi celebrado o acordo, conforme disposições contidas nos artigos 11 e 124 do RICMS/97 e no art. 7º, do Dec. 7.799/00, bem como na Cláusula Nona do Termo de Acordo celebrado em 07/11/2005, motivo pelo qual manteve integralmente sua ação fiscal.

VOTO

No caso em tela, o Auto de Infração exige ICMS devido à falta de recolhimento do imposto com base na presunção legal de que o sujeito passivo efetuara pagamentos de entradas de mercadorias com recursos provenientes de operações de saídas realizadas anteriormente e não contabilizadas; por ter recolhido a menos o ICMS concernente à antecipação parcial; por ter deixado de recolher o imposto em decorrência da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo; e

por ter deixado de reter e recolher o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária.

Observo que o sujeito passivo não impugnou o lançamento referente às infrações 01, 02 e 04, tendo, inclusive solicitado a emissão do comprovante de recolhimento do débito apurado, o que caracteriza ter reconhecido expressamente as irregularidades apuradas nesses itens da autuação. Vejo que o procedimento fiscal, nesses casos, foi realizado atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta. Assim, ficam mantidas essas infrações.

Afasto as alegações defensivas concernentes à infração 03, que dizem respeito à desobediência aos princípios da seletividade, da estrita legalidade tributária e da tipicidade, considerando que no caso da lide a infração está devidamente prevista no RICMS/97, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei 7.014/96, que fundamenta esse imposto. Ademais, foram elaborados e acostados ao processo, os demonstrativos de débito para determinação do *quantum* devido referente a esta infração, com identificação dos respectivos documentos de origem, correspondentes aos períodos de ocorrência dos fatos geradores que foram objeto deste lançamento. Além do que o sujeito passivo recebeu cópias dos referidos demonstrativos, exercendo o seu direito de defesa, apresentando impugnação, evidenciando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a exigência tributária. Acrescento que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara, tendo determinado, com segurança, a infração e o infrator.

No mérito, analisando as peças que compõem o presente PAF, verifico que o autuante exigiu do sujeito passivo o ICMS que fora recolhido a menos em decorrência da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Dec. 7.799/00, em relação ao período decorrente entre a data na qual foi protocolado o pedido na Repartição Fazendária e a data em que ocorreu a efetivação da assinatura do Termo de Acordo pleiteado.

Observo que o art. 7º do referido decreto estabelece que a utilização do benefício fiscal fica condicionada “à celebração de Termo de Acordo específico a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda/DAT da circunscrição fiscal do contribuinte, e o interessado...”, porém, conforme documento juntado às fls. 371/372, a assinatura do Termo de Acordo pelo Diretor da Administração Tributária e pelo representante do contribuinte somente ocorreu em 07/11/2005, enquanto que a utilização do benefício fora iniciada em 01/03/2005, tomando por base que o contribuinte ingressara com o pedido de concessão do benefício em 24/02/2005. Acrescento que em conformidade com a Cláusula nona do referido termo de acordo, o mesmo somente entraria em vigor na data de sua assinatura, não existindo, assim, previsão de retroatividade para aplicação do benefício. Para um melhor entendimento, transcrevo os dispositivos citados.

Decreto nº. 7.799/00:

“Art. 7º A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Administração Tributária - DAT da circunscrição fiscal do contribuinte, e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.”

Termo de Acordo:

“Cláusula nona - Este termo de Acordo entra em vigor na data de sua assinatura.”

Ressalto que na legislação que regulamenta o benefício fiscal objeto da autuação não existe previsão de que o seu uso e gozo seja concomitante à sua solicitação, enquanto que, de forma contrária e conforme já dito acima, no próprio Termo de Acordo consta que a fruição do benefício se dará na data de sua assinatura. Acresça-se que a literalidade da norma transcrita acima deixa claro que é justamente no Termo de Acordo que são determinadas as condições e procedimentos aplicáveis a cada caso, daí surgindo a seguinte indagação: como poderia o contribuinte adotar os procedimentos concernentes ao referido benefício sem saber quais seriam as condições a seguir?

Considerando, portanto, que não existe previsão de retroatividade do Termo de Acordo para alcançar fatos pretéritos, fica comprovada a indevida redução da base de cálculo e, em consequência, a infração 03 resta caracterizada, sendo devidos os valores nela exigidos.

Não acolho a solicitação de diligência, considerando que o autuado teve oportunidade e já apresentou suas argumentações na impugnação e que os elementos de provas anexados aos autos são suficientes ao meu convencimento e decisão da lide, com base no art. 147, inciso I, alínea a do RPAF/99.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **110391.0029/06-3**, lavrado contra **DOMINGOS COSTA INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$127.646,41**, acrescido da multa de 70% sobre R\$ 4.185,36 e de 60% sobre R\$ 123.461,05, previstas, respectivamente, nos incisos III, e II, alíneas “a” e “d”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR