

A. I. Nº - 149269.4006/06-0
AUTUADO - TIO SAM BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 26. 06. 2009

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0169-01/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Exigência de acordo com o instituído pela Lei nº 8.967/03. Infração reconhecida em parte pelo sujeito passivo. Infração parcialmente caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. É devida a multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração subsistente. Indeferido o pedido para revisão fiscal (diligência ou perícia fiscal). Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2006, exige o pagamento no valor histórico de R\$ 250.290,59, em razão das seguintes irregularidades:

1. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades de Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97 nos meses de janeiro a dezembro de 2004, janeiro a setembro de 2005, sendo exigido o valor de R\$250.052,22, acrescido da multa de 60%, conforme demonstrativo anexo;
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de outubro de 2005, sendo exigido o valor de R\$ 238,37, decorrente da aplicação da multa de 10% aplicada sobre o valor da operação.

Constam dos autos: planilhas com assinatura indicando o recebimento de cópia por preposto do autuado, “Demonstrativo do Cálculo da Substituição/Antecipação Tributária com Base na MVA”, exercício 2004 - fls. 09 a 20, exercício 2005 – fls. 21 a 30, cópia da nota fiscal nº 124798. fl. 31, planilhas “ICMS Substituído na Fronteira”, fls. 32 a 88, cópias de notas fiscais de entradas fls. 89 a 913, Requerimento “Benefício da Lei 10328/2006”, para pagamento parcial do débito, fl. 916, Demonstrativos de Débitos Reconhecidos, fls. 917 e 918, cópias de extrato do SIGAT, fls. 922 a 931.

O sujeito passivo apresenta impugnação fls. 939 a 961, através de advogada legalmente constituída com procuraçāo à fl. 962. Depois de transcrever as infrações informa que ao analisar minuciosamente o Auto de Infração percebeu a procedência total da infração 02 e a procedência parcial da infração 01, pelo que efetuou o pagamento nos termos do documento que anexa aos autos, fls. 974 e 975. Entretanto, se diz irresignada parcialmente em relação à infração 01 pelos motivos a seguir enunciados:

1. Erro no enquadramento do frete: a fiscalização considerou que o frete é FOB, quando na verdade é CIF

- a. Exercício de 2004 – notas fiscais nºs. [1952, 2779, 2017 e 2018 – fevereiro];
- b. Exercício de 2005 - notas fiscais nºs. [617 – janeiro];

Esclarece que existem várias cláusulas mercantis, nas praxes do comércio em geral. Diz que no Brasil nos negócios internos as mais comuns são as cláusulas CIF e FOB. Afirma que no presente caso sua irresignação cinge-se às operações com cláusula CIF, ou seja, os fretes foram contratados e pagos pelos vendedores. Observa que o suposto recolhimento do ICMS efetuado a menos apurado decorre exatamente de erro na determinação da base de cálculo, falta de inclusão das parcelas dos fretes. Por isso afirma que é óbvio concluir pela improcedência da autuação neste particular;

2. Erro na aplicação da alíquota: a fiscalização utilizou alíquota de 27% em casos que a legislação afirma dever ser utilizada a de 17%.

Neste caso a autuante não considerou o crédito do ICMS constante na nota fiscal;

3. Erro pelo não aproveitamento do crédito sobre o frete: a fiscalização não aproveitou o crédito do ICMS sobre o frete;
4. Erro pela não aplicação da redução da base de cálculo;

Observa que o inciso XXVI do art. 87 do RICMS-BA/97, com redação dada pela Alteração nº 60/2004, com efeitos de 22/12/04 a 30/09/05, que ficava reduzida a base de cálculo em 30%, nas operações internas e nas operações de importação do exterior com bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, especificadas no item 2 do inciso II do art. 353, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada das referidas mercadorias no estabelecimento, observado o disposto no § 12. Diz que se tivesse sido aplicada a redução na base de cálculo, consoante preceituava a legislação da época, não haveria que se falar em recolhimento a menor;

5. Erro pela inversão, no demonstrativo, dos ICMS recolhidos para as notas fiscais nºs. 7311 – R\$96,69 e 88379 - R\$1.106,21;
6. Erro pela não percepção de que o vendedor do produto é fabricante ou importador das mercadorias vendidas;

Observa que apesar do Anexo 88 do RICMS-BA/97, relacionar que a MVA de bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, até 01/10/2005, é de 60% para as aquisições de indústrias e, por equiparação, das importadoras, estas últimas porque como a aquisição original é no exterior, elas equiparadas à indústria e de 40% das aquisições no atacado.

7. Inclusão de notas fiscais no demonstrativo elaborado pelo autuante que não ingressaram em seu estabelecimento, necessidade comprovação do ingresso. Ônus da Secretaria da Fazenda tendo em vista a impossibilidade de produzir prova negativa. Informa que após exaustivas buscas em seus arquivos não foi verificada a entrada das notas fiscais nºs. 616, 676, 143182 e 120039, pelo que esta Secretaria deve notificar os vendedores para que exibam o canhoto das mesmas, devidamente assinadas pelo responsável pelo recebimento;
8. Erro pelo não aproveitamento do ICMS pago na fronteira nos termos das GNRE's anexas às notas fiscais. Cobrança em duplicidade – notas fiscais nºs. 2303 e 22704 – junho de 2005;

Por fim, afirma que fica evidente a necessidade de se realizar nova diligência fiscal a fim de sanar os equívocos apontados.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A autuante ao proceder a informação fiscal, fls. 1218 a 1220, depois de transcrever as alegações da defesa apresenta para cada um dos equívocos apontados pelo sujeito passivo as ponderações a seguir sintetizadas.

Infrações 01 - A autuada descreve os equívocos constatados nas planilhas, agrupando-os por suas peculiaridades, conforme abaixo:

1. Erro no enquadramento do frete: A fiscalização Considerou que o frete é FOB, Quando na verdade é CIF.

Reclamação acatada pela autuante e retificada na planilha;

2. Erro na aplicação de alíquota: a fiscalização utilizou alíquota de 27% em casos em que a legislação afirma dever ser utilizada a de 17%.

Reclamação acatada pela autuante e retificada na planilha, exceto em relação às notas fiscais: nº 55946, fl. 990, - esta nota contém dois produtos, um com a alíquota de 17% e outro com a alíquota de 27%; nº 153285 , fl. 991 - o produto desta nota é vinho e a alíquota correta é 27%.

3. Erro pelo não lançamento do crédito na entrada: a fiscalização não lançou o crédito na entrada.

Reclamação acatada pela autuante e retificada na planilha;

4. Erro pelo não aproveitamento do crédito sobre o frete: a fiscalização não aproveitou o crédito de ICMS sobre o frete.

Reclamação acatada pela autuante e retificada na planilha, exceto em relação à nota fiscal nº 103548 que já estava com o crédito do frete;

5. Erro pela não aplicação da redução de base de cálculo.

A nota fiscal nº 4808, está com a redução correta na planilha, fl. 027;

6. Erro pela inversão, no demonstrativo, dos ICMS recolhidos para as notas fiscais nºs. 7311 e 88379.

Reclamação acatada pela autuante e retificada na planilha;

7. Erro pela não percepção de que o vendedor do produto é fabricante ou importador das mercadorias vendidas.

As planilhas foram elaboradas em obediência ao previsto no art. 87 do RICMS /BA, que prevê o seguinte:

De acordo com o artigo 87, inciso XXVI, foi instituída a redução da base de cálculo de 30%, nas operações internas com bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, observado o disposto no § 12 conforme abaixo:

No período de 05/11/05 a 29/12/04 - a redução prevista no inciso XXVI deste artigo aplica-se, exclusivamente, nas hipóteses em que os remetentes das mercadorias forem os próprios contribuintes fabricantes ou suas filiais atacadistas;

No período de 30/12/04 a 16/11/05 a redução passou também, a ser de mercadorias adquiridas diretamente do exterior.

Baseando-se nestes princípios foram elaboradas as planilhas, fls. 17 a 30, onde constam as notas fiscais relacionadas pela autuada fls. 950 a 958. Ressalta-se que a autuada está interpretando esta norma diferente do entendimento da fiscalização. À época dos trabalhos da fiscalização a autuante chegou a fazer uma consulta ao plantão fiscal, tendo anexado cópia da resposta, fs. 08.

A classificação das notas fiscais foi feita levando-se em conta, além das mercadorias, o CFOP do vendedor, como poderão constatar em algumas notas fiscais anexadas ao processo às fls. 396, 502, 503, 552.

8. Inclusão de notas fiscais no demonstrativo elaborado pelo autuante que não ingressaram no estabelecimento da autuada.

Alega a autuada que, após exaustivas buscas em seus arquivos, não localizou a entrada das notas fiscais nºs. 616, 676, 143182 e 12039. Estas notas fiscais foram fornecidas pelo CFAMT e incluídas no

demonstrativo por tratar-se de mercadorias sujeitas a antecipação tributária. Vale salientar que nos registros da autuada constam as notas fiscais nº 617, fls. 472 e 618, fls. 459 ambas emitidas na mesma data da nota fiscal nº 616, fls. 460, e também consta a nota fiscal nº 143181 fls. 674, emitida na mesma data da nota fiscal nº 143182, fls. 778. As notas fiscais nº 676, fls. 474 e 12039, fls. 780 foram emitidas por empresas fornecedoras da autuada.

9. Erro pelo não aproveitamento do ICMS pago na fronteira nos termos das GNRE's anexas às notas fiscais, a cobrança em duplicidade.

• Reclamação acatada pela autuante por ficar constatado o recolhimento. Foi feita a retificação na planilha;

Conclui asseverando que com a retificação das planilhas, a infração 01 passa de R\$ 250.052,22 para R\$ 236.675,09, conforme novos demonstrativos de apuração e de débito, colacionados às fls. 1221 a 1242.

O sujeito passivo intimado para tomar ciência da informação fiscal prestada pela autuante se manifesta às fls. 1245 a 1254.

Inicialmente observa que a autuante reconheceu a procedência dos argumentos apontados nos itens 02, 02, 03, 04, 06 e 09, em razão do que retificou a planilha de débito.

Em relação ao item 02 reporta-se a nota fiscal nº 153285, diz não concordar que o produto nela constante é unicamente vinho, pois nela consta também aguardente e que foi deixado de observar pela autuante.

Quanto ao item 03 diz que persiste o erro por não considerar que nota fiscal nº 35618, refere-se tanto a bebida como também a aguardente de sorte que persiste o equívoco na planilha demonstrativa.

No tocante ao item 07, mantém o seu entendimento de que não há que se falar em recolhimento a menor insistindo na tese de que à época da ocorrência dos fatos geradores.

Observa que Apesar de o Anexo 88 do RICMS relacionar que a MVA de bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, até 01/10/2005, é de 60% (sessenta por cento) para as aquisições de indústria (fabricantes) - e, por equiparação, das importadoras - e de 40% das aquisições no atacado, o inciso XXVI, do artigo 87, do RICMS, com redação dada pela Alteração nº 60 (Decreto 9.281/2004), determinou que ficava reduzida a base de cálculo “em 30% (trinta por cento), nas operações internas e nas operações de importação do exterior com bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, especificadas no item 2 do inciso II do art. 353, relativamente às operações subsequentes bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada das referidas mercadorias no estabelecimento, observado o disposto no § 12.”

Acrescenta que, além disso, constam também notas fiscais recebidas de fornecedores que atuam como fabricantes, com importadores, casos em que, a redução só se aplicaria de acordo com o raciocínio da autuante aos produtos importados. A respeito do Item 08 que diz respeito às notas fiscais nºs. 616, 676, 143182 e 120039, cujas mercadorias afirma que não ingressaram em seu estabelecimento, observa que a autuante apenas se limitou a afirmar que foram fornecidas pelo CFAMT. Ressalta que mais uma vez efetuou buscas em seus arquivos e reafirma que essas mercadorias não foram por ele recebidas. Reitera seu argumento defensivo de, a menos que sejam apresentados os respectivos canhotos devidamente assinados por responsável de sua empresa, essas notas fiscais devem ser excluídas do Demonstrativo fiscal.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A autuante informa em relação à manifestação do autuado aduzindo o seguinte:

Em relação ao item 02 afirma que discorda do argumento defensivo no tocante à nota fiscal nº 153285, fl. 1208, esclarecendo que na referida nota fiscal constam apenas dois produtos - “vinho

merlot” e “miolo grapa”, este último tem a classificação fiscal 22042100 e está enquadrado para aplicação da alíquota de 25% de acordo com o art. 51, inciso II,”b”, item 3 do RICMS-BA. Observa que as aguardentes de cana, de melaço outras simples são as que estão enquadradas para aplicação da alíquota de 17%.

Quanto ao item 03 diz acatar a reclamação do autuado em relação a nota fiscal 35618, fl. 201, para corrigir a aplicação das alíquotas conforme demonstração que apresenta onde explicita e exclusão do valor de R\$43,42, no mês de agosto de 2004 de seu demonstrativo anteriormente apresentado, fl. 1221.

Observa que em relação aos demais itens, reitera os argumentos apresentados na informação fiscal.

Conclui opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre o recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades de Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97 – infração 01 e entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal – infração 02.

O autuado em sua impugnação reconheceu o cometimento da infração 02, pelo que inexistindo controvérsia alguma em torno dessa questão mantendo a procedência dessa infração.

Deixo de acatar o pedido de diligência fiscal requerido em vista a inexistência, no presente caso, de ponto obscuro para ser aclarado. Ademais, já se encontram no processo todos os elementos necessários à formação de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das provas produzidas, de acordo com a alínea “a” do inciso I e a alínea “b” inciso II, ambas do art. 147 do RPAF-BA/99.

No que diz respeito à infração 01 afirmou reconhecer parcialmente o cometimento da infração recolhendo a parte reconhecida consoante guia de recolhimento colacionada aos autos, fl. 974.

Elencou diversos equívocos cometidos pela autuante apresentando, inclusive cópias das respectivas notas fiscais.

A autuante em sua informação fiscal acolheu a quase totalidade das alegações apontadas pelo sujeito passivo precipuamente as decorrentes de equívocos no enquadramento do frete, falta de lançamento do crédito na entrada, erro na inversão de notas fiscais, e falta de acatamento do ICMS pago na fronteira através da GNRE’s anexa às notas fiscais cobrança em duplicidade. Não acolheu a alegações atinentes às notas fiscais coletadas pelo CFAMT, cujas mercadorias não foram consideradas pela autuado como ingressadas em seu estabelecimento, bem como as notas fiscais alegadas como sendo de mercadorias sujeitas a redução de base de cálculo por ser o vendedor fabricante ou importador atribuídas pelo autuado como sendo aplicável o art. 87 do RICMS/97. Apresentou novos demonstrativos de apuração, fls. 1222 a 1242 e de débito, fl. 1221, reduzindo o valor do débito para R\$236.675,09.

Depois de examinar toda a documentação apresentada pelo autuado constato que as correções procedidas pela autuante têm embasamento fático e corresponderam a efetivos equívocos cometidos no levantamento fiscal.

Verifico que assiste razão à autuante em não acolher as alegações defensivas relativas às notas fiscais nº 616, 676, 143182 e 12039, tendo em vista que as referidas notas fiscais destinadas ao autuado e coletadas pelo CFAMT, devem ser mantidas no levantamento fiscal. Apesar da negativa do sujeito passivo de que essas mercadorias não ingressaram em seu estabelecimento, observo que o CONSEF já pacificou o entendimento de que as mercadorias que transitam nos postos fiscais com destino a estabelecimentos localizados neste Estado e têm suas notas fiscais coletadas pelo sistema, essas

notas fiscais, constando dados cadastrais do contribuinte e com mercadorias atinentes a seu ramo de atividade são consideradas como prova de ocorrer o ingresso no estabelecimento destinatário, excepcionando, apenas, quando o contribuinte comprova efetivamente através do fornecedor a utilização indevida de seus dados cadastrais.

Com relação às notas fiscais de aquisição para as quais o autuado requer a redução da base de cálculo de 30% com base no inciso XXVI do art. 87 do RICMS-BA, até 01/10/2005, constato que não assiste razão ao autuado tendo em vista que a aplicação da redução da base cálculo a que se refere o autuado no período de 29/12/04 a 05/11/05, diz respeito exclusivamente nas hipóteses em que o remetente das mercadorias forem os próprios contribuintes fabricantes ou as suas filiais atacadistas, e, a partir de 30/12/04 a 16/11/05, a redução passou também para as mercadorias diretamente importada pela adquirente estabelecida no Estado da Bahia. Como restou evidenciado nos autos através das indicações dos CFOP das operações nas notas fiscais e nas respectivas mercadorias objeto do levantamento fiscal é descabida a pretensão do autuado, conforme se verifica nas cópias das notas fiscais carreadas aos autos pelo próprio, fls. 1028 a 1211, a exemplo das notas fiscais nº. 25788, fl. 1033 e nº. 132916, fl. 1098.

Por isso, acolho o demonstrativo elaborado pela autuante, fl. 1221, com a exclusão de R\$43,42, acatada após a correção da alíquota da nota fiscal nº 35618, de 26/07/2004, fl. 1260, modificando-se o valor retificado de R\$ 17.154,73, para R\$17.111,31, no mês de agosto de 2004, ficando, assim o débito reduzido para R\$236.631,67, [R\$236.675,09 - R\$43,42].

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **149269.4006/06-0**, lavrado contra **TIO SAM BEBIDAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$236.631,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “d” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$238,37**, prevista, no inciso IX do mesmo artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios estabelecidos na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR