

A. I. Nº - 298951.0904/08-4  
AUTUADO - INJEL INDÚSTRIA JEQUIEENSE DE LEITE LTDA.  
AUTUANTE - EDIJALMA FERREIRA DOS SANTOS  
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ  
INTERNET - 09.07.2009

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0197/02-09**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Deve ser estornado o crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Infração elidida em parte. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Esta situação indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Imputação reconhecida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. VENDAS A CONTRIBUINTES NA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA. Fatos não contestados. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

1. O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/2008, para exigência de ICMS no valor total de R\$ 55.871,16
2. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$52.548,62, relativo às entradas de mercadoria, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de janeiro, agosto a dezembro de 2003, janeiro, março, maio, agosto a novembro de 2004, conforme demonstrativo à fl.11.
3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 537,78, correspondente a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa, no mês de março de 2003, conforme demonstrativos e documentos à fls.13 a 18.
4. Falta de recolhimento do ICMS retido no valor de R\$ 2.526,66, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa, nos meses de janeiro a junho de 2003, conforme demonstrativo às fls. 20 a 25.
5. Reteve e recolheu a menos o ICMS no valor de R\$ 258,10, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresas, nos meses de julho a outubro, e dezembro de 2003, fevereiro e agosto de 2004, conforme demonstrativo às fls.27 a 32.

O autuado por seu representante legal, em sua defesa às fls. 175 a 180, inicialmente, reproduz todas as infrações descritas no auto de infração, e reconhece totalmente as infrações 02 a 04, se insurgindo quando a infração 01 com base no seguinte.

Concentra suas razões de defesa no argumento de que, no caso de sua atividade, existem duas modalidades de calcular as emissões de notas fiscais de saídas, levando em consideração o regime de apuração, empresas inscritas no regime normal, contrastando das inscritas como microempresa, empresa de pequeno porte e ambulantes de apuração do ICMS atinentes aos estornos, consoante dispõe o artigo 51, § 1º, inciso II e o artigo 87, inciso XXI, do RICMS/97.

Portanto, salienta que o demonstrativo do crédito do ICMS para ser estornado relativo às vendas para contribuintes no regime normal foi elaborado erroneamente pela fiscalização por erro e imprecisão da aplicação da regra estabelecida nos citados dispositivos regulamentares, isto porque, entende que a aplicação correta do artigo 87 citado dispõe “das operações com leite cru”, que é exatamente a atividade do seu estabelecimento.

Ou seja, ressalta que o estorno de crédito será aplicado de forma proporcional às vendas efetuadas à contribuintes inscritos no regime normal e a aplicação diferenciada desta cobrança para as empresas enquadradas no regime de apuração como microempresa, empresa de pequeno porte e ambulante.

Diz que realizou levantamento para apuração do estorno do crédito do ICMS encontrando com base nas saídas em KG de janeiro à dezembro de 2003, o estorno devido no valor de R\$ 5.198,63 para o exercício de 2003, e de R\$ 12.100,92, para o exercício de 2004 (docs. fls.181 a 192).

Reafirma que sua atividade é a industrialização e fabricação de leite em pó e as operações de vendas são feitas tanto para empresas normais como para microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes.

Conclui que não tem a responsabilidade total sobre o débito apurado no trabalho fiscal, e frisa que na emissão dos documentos fiscais de vendas foi observado o que preceitua a Instrução Normativa nº 38/94, qual seja: “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 daquela prevista no art.67 do RICMS/BA (17%).

Ao final, requereu a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante em sua informação fiscal às fls.199 a 200, ponderou que até 30/09/2003, conforme Decreto nº 8.666 de 29/09/2003 (Alteração nº 47 do RICMS/Ba), as operações internas com leite em pó tinham como carga tributária a alíquota de 17%, período esse, que entende assistir razão ao autuado, quando aplicava corretamente o disposto na Instrução Normativa nº 38/94.

No entanto, salienta que a partir do momento que ditas operações passaram a gozar do benefício de redução de base de cálculo de 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%, conforme artigo 87, XXI, do RICMS/87, indistintamente, sem previsão de manutenção de crédito, não mais se aplica a IN nº 38/94, por entender que o benefício da redução de alíquota nas operações que destinam mercadorias a microempresas, concedido pela referida IN, visa somente proporcionar a possibilidade de aquisição de mercadorias por preços mais competitivos.

Afirma que o autuado não repassou qualquer benefício às microempresas com as quais manteve relação comercial, não podendo aplicar o disposto na IN nº 38/94.

Salienta que aceitar o argumento defensivo seria conceder uma dupla redução de alíquotas, sendo o único beneficiário o próprio autuado.

Conclui pela exclusão da exigência fiscal dos meses de janeiro, agosto e setembro de 2003, anteriores à vigência do Decreto nº 8.666/2003, mantendo os demais valores lançados no Auto de

Infração, conforme novo demonstrativo de débito juntado à fl.201.

Conforme consta à fl.202, o preposto da empresa Sr.Julival Lopes dos Santos, recebeu cópias da informação fiscal e do novo elemento a ela anexado, sendo-lhe concedido o prazo de 10 (dez) dias sua manifestação.

No prazo estipulado o sujeito passivo não apresentou qualquer manifestação, sendo encaminhado o processo para o devido julgamento.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 28/05/2008 visando a realização de diligência fiscal, sendo decidido pelo membros da 2<sup>a</sup> JJF que os documentos constantes nos autos reúne todas as condições de ser apreciado o processo sem a realização da referida diligência.

#### VOTO

As infrações 02 a 04, encontram-se devidamente caracterizadas nas planilhas às fls.13/14, 20/25, e 27/32, dispensando comentários, tendo em vista que foram acolhidos os débitos a elas inerentes. Desse modo, ante o reconhecimento do sujeito passivo, tais infrações são totalmente subsistentes.

Quanto à infração 01, a acusação fiscal é de que o contribuinte supra deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Está previsto no artigo 100, inciso II, do RICMS/97, que a constatação de vendas com base de cálculo inferior as de entradas, enseja o estorno do crédito proporcional à redução, conforme podemos observar na transcrição *ipsis literis* abaixo:

*100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:*

.....

*II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;*

Pelo exposto, infere-se que a condição *sine qua non* para a exigência do estorno se avulta quando o crédito fiscal lançado em consequência das entradas (*crédito*), for superior a carga tributária incidente sobre as saídas das mercadorias (*débito*), ou seja, não caberia a exigência do estorno do crédito proporcional, quando a carga tributária da saída (*débito*) for superior ao crédito fiscal lançado, sob pena de ferir o princípio da não-cumulatividade tributária.

Desta forma, havendo saídas de mercadorias com base de cálculo inferior as operações de entradas, o dispositivo legal acima transcrito exige o estorno do crédito proporcional à redução.

Ao perscrutar as páginas dos autos, mormente, o demonstrativo acostado à folha 11, intitulado de “Demonstrativo C – Estorno de Crédito Fiscal”, verifico que os valores do imposto a serem estornados encontram-se devidamente discriminados, mês a mês, com a identificação das notas fiscais de entradas com o respectivo crédito fiscal utilizado pelo autuado à alíquota de 17%, em contrapartida com a alíquota de 7% utilizada pela fiscalização por ocasião das saídas, apurando-se as diferenças que foram lançadas no auto de infração.

O autuado em sua peça defensiva alegou que, em razão de sua atividade de industrialização de leito em pó, a exigência fiscal é indevida, e que procedeu na conformidade com as disposições contidas artigo 87, inciso XXI combinado com o artigo 51, § 1º, inciso II, do RICMS/97.

De acordo com a legislação citada na defesa, in verbis;

*Art. 87. É reduzida a base de cálculo:*

.....

*XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).*

*Nota: O inciso XXI, com numeração dada pelo Decreto nº 8.676/03, foi acrescentado ao caput do art. 87 pela Alteração nº 47 (Decreto nº 8666 de 29/09/03, DOE de 30/09/03.*

*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:*

..

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

.....

**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.

Pelo que foi aduzido na defesa, a diferença entre o valor apropriado e o valor apurado pela fiscalização, diz respeito a operações com microempresas e empresas de pequeno porte, entendendo o autuado que não seria devido o estorno em questão por força da legislação acima transcrita, pois procedeu em conformidade com a IN nº 38/94. Ocorre, que, além de o autuado não ter apresentado provas no sentido de que tivesse repassado para os adquirentes o desconto previsto no dispositivo regulamentar acima transscrito, a legislação citada teve vigência até setembro de 2003, enquanto que o lançamento tributário compreende o período de janeiro de 2003 a novembro de 2004.

Quanto à alegada impropriedade da base de cálculo utilizada pelo autuante, urge ressaltar que o produto fabricado pelo autuado (leite em pó), era beneficiado no momento da saída com uma redução de base de cálculo de 58,82%, de forma que a carga tributária resulte em 7%, assim, para efeito de confronto entre o valor da saída para o valor da aquisição, mister se faz, a priori, se saber qual teria sido o valor das vendas, para assim, poder comparar com o de entradas, tendo em vista que tais vendas, sofreram a redução de base de cálculo.

Considerando que nas saídas do produto (leite em pó) foi utilizada uma redução de modo que a carga tributária resultasse em 7%, o estorno foi calculado corretamente pelo autuante, conforme demonstrado à fl.11.

Contudo, tendo em vista que o autuante na informação fiscal reconheceu que, com o advento do Decreto nº 8.666 de 29/09/2003 (Alteração nº 47 do RICMS/Ba), as operações internas com leite em pó tinham como carga tributária a alíquota de 17%, e que o autuado seguiu corretamente a orientação da Instrução Normativa nº 38/94, até o mencionado mês, tendo excluído da apuração do débito os meses de janeiro e agosto e setembro de 2003, subsiste em parte a autuação nos valores apurados no demonstrativo à fl.21.

Ressalto que o autuado foi cientificado do teor da informação fiscal e do novo demonstrativo a ela anexado, e não se manifestou no prazo estipulado, do que se conclui que o seu silêncio é uma

aceitação do quanto arguido na informação fiscal, haja vista que, o fato alegado por uma das partes quando a outra não contestar será considerado como verídico (art.140 do RPAF/99).

Nestas circunstâncias, não havendo previsão para manutenção do crédito nas operações que sofreram redução da base de cálculo, concluo pela procedência parcial do item 01, no valor de R\$27.338,76.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 30.661,30, ficando o demonstrativo de débito da infração 01 – 01.05.03, modificado conforme abaixo.

## RESOLUÇÃO

### DEMONSTRATIVO DO DÉBITO – INFRAÇÃO 01

Data Ocor.	Data Venc.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito
31/01/2003	09/02/2003	0	17,00	60	0,00
31/08/2003	09/09/2003	0	17,00	60	0,00
30/09/2003	09/10/2003	0	17,00	60	0,00
31/10/2003	09/11/2003	8676,47	17,00	60	1.475,00
30/11/2003	09/12/2003	25588,24	17,00	60	4.350,00
31/12/2003	09/01/2004	8235,29	17,00	60	1.400,00
31/01/2004	09/02/2004	15882,35	17,00	60	2.700,00
31/03/2004	09/04/2004	21232,35	17,00	60	3.609,50
31/05/2004	09/06/2004	24000	17,00	60	4.080,00
31/08/2004	09/09/2004	10794,12	17,00	60	1.835,00
30/09/2004	09/10/2004	21321,35	17,00	60	3.624,63
31/10/2004	09/11/2004	21321,35	17,00	60	3.624,63
30/11/2004	09/12/2004	3764,71	17,00	60	640,00
TOTAL					27.338,76

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298951.0904/08-4, lavrado contra **INJEL INDÚSTRIA JEQUIEENSE DE LEITE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$30.661,30**, acrescido da multa de 60% sobre R\$27.596,86, 70% sobre R\$537,78, e 150% sobre R\$2.526,66, previstas no artigo 42, II, alínea “e”, III, V, alínea “a”, e VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta 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, 30 de junho de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR