

A. I. Nº - 279127.0015/08-5
AUTUADO - CABRAL & SOUSA LTDA.
AUTUANTES - KÁTIA MARIA DACACH MACHADO FRÁGUAS e WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 26.11.2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0390-01/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS JUNTO A MICOREMPRESA. Restou comprovado que o emitente das notas fiscais objeto da autuação apurava o imposto mediante o Regime Normal de Apuração. Autuantes acatam alegação defensiva. Infração insubstancial. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. **c)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Autuado elide parcialmente a acusação fiscal com apresentação de elementos de provas de que não utilizou a redução da base de cálculo nas saídas realizadas. Autuantes acatam parte dos documentos fiscais apresentados e reduzem o débito exigido. Infração parcialmente subsistente. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/2008, exige ICMS no valor de R\$27.809,44, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, nos meses de julho, setembro a novembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.498,25, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.396,95, acrescido da multa de 60%;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a julho, setembro a dezembro de 2006, março a agosto de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.867,38, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de efetuar 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, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2006, janeiro a julho, outubro e novembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 20.046,86, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa às fls. 154 a 166, discorrendo inicialmente sobre as infrações que lhe são imputadas, para afirmar que a autuação não merece prosperar.

Afirma, com relação à infração 01, que os autuantes não observaram que a aquisição foi feita junto a empresa não optante pelo simples nacional, com forma de pagamento de ICMS em conta corrente fiscal, podendo o crédito ser repassado para os adquirentes.

Acrescenta que as Notas Fiscais n.s 868, 928, 993, 1208, 1237, 1207, 1313, 1384, 1526 e 1581, emitidas entre as datas de referência 04/07/2007 e 21/11/2007, pela empresa KENIKOV INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA, que nunca optou pelo simples nacional, conforme faz prova consulta feita na página do comitê gestor do simples nacional, tratando-se de empresa que adota a forma de pagamento do ICMS em conta corrente, segundo consulta feita no *site* da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Reproduz a Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007, que trata sobre a opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Sustenta que restando comprovado que a empresa não é e nunca foi optante pelo simples nacional, conclui-se que a infração 01 é desprovida de qualquer fundamento, devendo ser rechaçada de plano para cancelar eventual crédito tributário gerado.

Prosseguindo, diz que reconhece a irregularidade por não ter reduzido a base de cálculo na entrada da mercadoria, de modo que o crédito fiscal aproveitado não ultrapassasse 10%, bem como a falha de escrituração e apuração do crédito fiscal do ICMS, tendo efetuado o pagamento do valor R\$ 16.504,61 e R\$ 11.427,84.

Com relação à parte não reconhecida, observa que a relativamente às Notas Fiscais n.s 1653, 4011, 2438, 1117, 3302, 3393, 1136, 3795, 4181, 1174 e 1191, a redução não se aplicava integralmente.

Assevera que o anexo único do Decreto n. 7.799/00 com redação dada posteriormente pelo Decreto nº 10.316/2007, já trazia em seu item 17, Código 4693-1/00, a classificação “Comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou insumos agropecuários”, significando dizer que só estavam englobados na disciplina do TERMO DE ACORDO regido pelo Decreto 7.799/2000 os itens 1 a 16 do anexo único, consoante dispõe o art. 1º do mesmo decreto.

Diz que as mercadorias que entraram a 12% (doze por cento) saíram a 17% (dezessete por cento), sem sofrer qualquer redução de base de cálculo na saída, não havendo qualquer violação à norma tributária e por consequência, não podendo ser imposta a sanção constante do Auto de Infração.

Afirma que, relativamente às Notas Fiscais n.s 206633, 206759, 210531, 217275, 219688, 232084, 193963 e 2355, houve a redução da base de cálculo, conforme demonstrativo que apresenta.

Alega que nos demonstrativos que instruem o processo notas fiscais de entradas cuja alíquota embora seja nominalmente de 12%, o crédito fiscal realmente aproveitado foi menor pelo fato de ter ocorrido a redução da base de cálculo, em plena consonância com a legislação tributária.

Salienta que, uma vez tendo informado que não houve redução de alíquota com relação a todas as notas fiscais ali descritas, e, ainda, que as atividades econômicas do item 17 estavam abrangidas pela redação do art. 1º, do Decreto nº 7799/2000, quando este à época da operação tributária era atinente apenas aos itens 1 ao 16, tem-se uma narrativa fática incompatível com as normas tributárias que disciplinam a lavratura do Auto de Infração.

Registra que a base de cálculo das notas fiscais elencadas no item 3.2, vê-se que ao utilizar-se no Auto de Infração ora impugnado a base de cálculo a maior com relação às operações de entrada, quando de fato o contribuinte trabalhou com a base de cálculo reduzida, ou seja, atendendo o critério de estabelecido pela norma tributária, percebe-se que imputou ao contribuinte conduta irregular sem qualquer fundamento.

Sustenta que a autuação é desprovida de validade, tendo em vista que os autuantes utilizaram base de cálculo diversa daquela realmente utilizada nas operações tributárias descritas, abreviando prematuramente a fase não contenciosa, essencial ao lançamento de qualquer tributo.

Invoca os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, para dizer que devem nortear os procedimentos adotados pela Administração Pública, transcrevendo lição de Celso Antonio Bandeira de Melo.

Friza que a discricionariedade destina-se a evitar, em determinadas situações, a adoção de providências pré-estabelecidas, rígidas e imutáveis, por isso mesmo incapazes de atender aos anseios do interesse público, porém, não pode lastrear a adoção de providências desarrazoadas e injustificáveis, que contrariem o espírito da lei, impondo situação não admitida.

Aduz restar claro que, além dos vícios de naturezas constitucionais e ordinários, também houve, por parte dos autuantes, o abuso do poder de polícia, devendo ser este reparado pela defesa apresentada.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração quanto à infração 01 na íntegra e infração 04 em parte, validando os pagamentos efetuados (R\$ 16.504,61 + R\$ 11.427,84), para declarar integralmente quitada a obrigação tributária com relação a todos os créditos lançados no Auto de Infração, determinando o arquivamento deste ao final.

Pugna ainda pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, sobretudo as provas documentais e periciais expressamente pleiteadas, sob pena de nulidade do Auto de Infração, em virtude de cerceamento de defesa.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 236 a 238, afirmando com relação a infração 01, que apesar de a empresa ser inscrita como pequeno porte no estado da Bahia, a forma de apuração do ICMS é de conta corrente. Sendo assim, o contribuinte tem direito ao crédito destacado nas notas fiscais emitidas pelo fornecedor. Entendemos que a “infração” deva ser considerada como infração insubstancial.

Com relação a infração 4, o item A desta infração, após verificações nas notas fiscais de saídas referentes aos produtos relacionados restou comprovado que apesar de ter direito à redução, o contribuinte, inexplicavelmente, não utilizou o benefício, o que torna esta parte da infração inexistente, conforme planilha ilustrativa das notas fiscais referentes ao mês de jan/2006 anexa às fls. 239 e 247.

Contudo, no que denominam de vertente B apresentada pela defesa, sustentam que é totalmente improcedente, pois o autuado utilizou o crédito fiscal superior ao permitido pela legislação. Registram que a planilha constante da defesa à fl. 160, verifica-se que em algumas notas fiscais o contribuinte considera como redução de base de cálculo o valor do IPI, além de efetuar uma redução parcial relativa a determinados produtos derivados do leite (manteiga, queijo e outros). Ressaltam que o valor do crédito a ser tomado nestes casos representa um percentual de 10% da base de cálculo, o que não ocorreu no caso em lide, conforme notas fiscais às fls. 223 a 229 e cópia do livro Registro de Entradas de Mercadorias às fls.. 210 a 222.

Resumem a infração 04 da seguinte forma:

Nota Fiscais impugnadas n.s 1653, 4011, 1117, 3393, 1136, 3795, 1174 e 1191, acatadas.

Notas Fiscais impugnadas n.s 193963, 2344, 206633, 206759, 210531, 217275 e 219688, mantidas na contestação.

Finalizam mantendo parcialmente a autuação no valor de R\$ 23.823,10.

Consta às fls. 248 a 256 extratos do SIGAT e detalhes de pagamento parcial do débito.

A 1^a JJF converteu o processo em diligência à IFEP/DAT/SUL, a fim de que os autuantes anexassem aos autos os novos demonstrativos elaborados, bem como que a Repartição Fazendária entregasse ao contribuinte cópia da Informação Fiscal e dos novos Demonstrativos.

Intimado o contribuinte (fl. 264), este acusa o recebimento, contudo, silêncio.

VOTO

A princípio, verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado em total observância às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, especialmente, o seu artigo 39, estando os fatos descritos com clareza e precisão, possibilitando o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, inexistindo qualquer vício que o inquine de nulidade.

Da análise dos documentos que compõem o presente processo, observo que o autuado reconhece o cometimento das infrações 02 e 03, inclusive, efetuando o recolhimento do valor exigido, conforme comprovantes de recolhimentos acostados aos autos. Infrações subsistentes.

No que concerne à infração 01, constato assistir razão ao impugnante, haja vista que a utilização dos créditos glosados na autuação ocorreu de forma legítima, por restar comprovado que o emitente das Notas Fiscais n.s 868, 928, 993, 1208, 1237, 1207, 1313, 1384, 1526 e 1581, empresa KENIKOV INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA, trata-se de contribuinte que apura o imposto com base no regime normal de apuração, conforme documento trazido aos autos à fl.193.

Relevante registrar que os próprios autuantes acatam os argumentos defensivos e opinam pela improcedência deste item da autuação. Infração insubstancial.

No respeitante à infração 04, verifico que o autuado não aplicou a redução da base de cálculo nas saídas das mercadorias correspondentes às aquisições das notas fiscais que aponta.

Na realidade, tributou integralmente as saídas, ou seja, não aplicou a redução da base de cálculo prevista no Decreto n. 7.799/00, lançando a débito o ICMS calculado sobre a base de cálculo total com a alíquota interna. Em decorrência disso, lançou a crédito o valor do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição, sem efetuar o estorno exigido na autuação.

É certo que, por não ter utilizado a redução da base de cálculo na saída, o autuado não estava obrigado a estornar o crédito fiscal, conforme exigido na autuação, sob pena de ofensa ao princípio da não-cumulatividade do imposto.

Relevante assinalar que os próprios autuantes acatam a alegação defensiva e excluem da exigência o valor de R\$ 2.488,09, correspondente às Notas Fiscais n.s 1653, 4011, 2438, 1117, 3393, 1136, 3795, 1174 e 1191, o que reduz o valor originalmente exigido nesta infração de R\$ 20.046,86 para R\$ 17.558,77.

Quanto às Notas Fiscais n.s 193963, 2355, 206633, 206759, 210531, 217275 e 219688, verifico assistir razão aos autuantes quando não acatam o argumento defensivo e mantêm a autuação, tendo em vista que o autuado lançou o crédito fiscal em valor superior ao autorizado pelo Decreto n. 7.799/00, no caso, 10% (dez por cento) da base de cálculo, conforme consta no livro Registro de Entradas de Mercadorias, cuja cópia se encontra acostada às fls.216 a 222.

Assim, a infração 04 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 17.558,77, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Infração	Ocorrência	Vencimento	VL. Icms
01.05.03	30/09/2006	09/10/2006	357,78
01.05.03	31/10/2006	09/11/2006	1.401,07
01.05.03	30/11/2006	09/12/2006	1.113,98
01.05.03	31/12/2006	09/01/2007	2.205,23
01.05.03	31/01/2007	09/02/2007	1.587,32
01.05.03	28/02/2007	09/03/2007	230,69

01.05.03	31/03/2007	09/04/2007	2.560,05
01.05.03	30/04/2007	09/05/2007	492,08
01.05.03	31/05/2007	09/06/2007	2.703,81
01.05.03	30/06/2007	09/07/2007	1.483,79
01.05.03	31/07/2007	09/08/2007	16,00
01.05.03	31/10/2007	09/11/2007	1.111,14
01.05.03	30/11/2007	09/12/2007	832,26
01.05.03	31/01/2006	09/02/2006	296,91
01.05.03	28/02/2006	09/03/2006	36,85
01.05.03	30/04/2006	09/05/2006	108,61
01.05.03	31/05/2006	09/06/2006	632,80
01.05.03	30/06/2006	09/07/2006	300,00
01.05.03	31/07/2006	09/08/2006	29,20
01.05.03	31/08/2006	09/09/2006	59,20
TOTAL			17.558,77

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, sendo a infração 01 insubsistente, a infração 02 integralmente subsistente no valor de R\$ 3.396,95, a infração 03 integralmente subsistente no valor de R\$ 2.867,38 e a infração 04 parcialmente subsistente no valor de R\$ 17.558,77, totalizando o ICMS devido no valor R\$ 23.823,10, devendo ser homologado o valor recolhido.

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 279127.0015/08-5, lavrado contra **CABRAL & SOUSA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.823,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “a”, VII, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR