

A. I. Nº - 206845.0003/09-4
AUTUADO - MERCADO DE ALIMENTOS SUBAÉ LTDA.
AUTUANTE - TEREZA CRISTINA MARQUES DE MELLO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 17. 12. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0419-01/09

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Autuado elide parcialmente a acusação fiscal ao comprovar que parte da exigência fiscal diz respeito à operação de devolução de mercadorias, saídas de vasilhames amparadas por isenção do ICMS e operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Autuante acata as alegações defensivas. Refeitos os cálculos com a redução do débito. Infração parcialmente subsistente. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA DESTINADA A COMERCIALIZAÇÃO POR CONTRIBUINTES INAPTOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO.** Infração reconhecida. **3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA.** Infração reconhecida. **4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR PAGO E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS.** Infração reconhecida. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2009, exige ICMS no valor de R\$ 32.505,75, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 25.810,92, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de proceder retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.157,68, acrescido da multa de 60%;
3. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.180,53, acrescido da multa de 60%;
4. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, em dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 356,62, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 259 a 293, na qual rechaça a infração 01, afirmando que, no exercício de 2007 a acusação fiscal referente a erro na determinação de alíquota é indevida, tendo em vista que se trata de operação fiscal de devolução de compras,

estando obrigado a devolver a mercadoria emitindo nota fiscal, com a mesma alíquota e base de cálculo, em conformidade com o artigo 368, I, do RICMS/BA.

Ainda no exercício de 2007 sustenta que o ICMS exigido diz respeito à operação com vasilhames que goza de isenção do imposto, em conformidade com o artigo 624 c/c o artigo 19, ambos do RICMS/BA os quais reproduz.

Prosseguindo, diz que em relação ao exercício de 2008, além de se repetirem as mesmas cobranças indevidas do ICMS em comparação ao exercício de 2007 a autuação exige ICMS de brindes, bem como, de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Salaria que a mercadoria “bacon” quando adquirida dentro do Estado da Bahia teve o imposto retido por substituição tributária pelo fabricante, conforme documentação comprobatória(anexo-03), e nos casos de aquisições de fora do Estado da Bahia o imposto foi recolhido por antecipação tributária, conforme o anexo 88. Transcreve o artigo 353, item 9, para fundamentar a sua argumentação.

Ressalta que, relativamente às infrações 02, 03 e 04 já providenciou os respectivos pagamentos por meio de parcelamento, conforme Processo nº 595809-1 de 15/07/2009.

Conclui requerendo que sejam reconhecidas as alegações defensivas “*em consonância com as arguições preliminares, visto que a sua constituição está alicerçada em desacordo com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como pelo fato de não terem sido observadas diversas formalidades de vital importância para a existência regular do processo, mormente o quanto previsto no art. 55 e seguintes do RPAF/99.*” Requer ainda a improcedência da autuação, assim como, o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências fiscais.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 344/345, esclarecendo, inicialmente, que o contribuinte exerce a atividade de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral.

Observa que após confrontar as planilhas anexadas ao Auto de Infração - que serviram para exigência do ICMS relativo à infração 01, nos exercícios 2007 e 2008, no valor de R\$ 35.810,92-, com as planilhas e cópias das notas fiscais apresentadas pelo autuado, comprovou a veracidade das alegações defensivas, motivo pelo qual afirma que deve ser abatido do montante exigido o valor de R\$ 14.918,37, resultando no valor devido de R\$ 10.892,55, conforme demonstrativo de débito acostado aos autos às fls. 346 a 351.

Conclui opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, com a dedução do valor de R\$ 14.918,37, resultando no débito total no valor de R\$ 17.587,38.

Intimado o contribuinte para conhecimento da informação fiscal (fls. 351/352), este acusa o recebimento, contudo, silencia.

Consta à fl. 354, extrato do SIGAT referente ao parcelamento parcial do débito.

VOTO

A princípio, cabe-me registrar que considero presentes os pressupostos de validação do processo, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado com a observância as exigências contidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente no seu artigo 39, incisos, alíneas e parágrafos, não ocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18, seus incisos, alíneas e parágrafos do mesmo Diploma regulamentar. Observo que as infrações imputadas ao contribuinte estão claramente descritas e corretamente enquadradas, inexistindo qualquer ofensa ao seu direito de ampla defesa e do contraditório que foi exercido plenamente.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos acostados aos autos são suficientes para a formação do meu convencimento sobre a decisão da lide motivo pelo qual indefiro a solicitação, com fulcro no art. 147, I, “a” RPAF/99.

No exame do mérito, constato que o Auto de Infração em lide imputa ao autuado o cometimento de 04 infrações à legislação do ICMS, dentre as quais este impugna apenas a infração 01, reconhecendo as infrações 02, 03 e 04, inclusive, efetuando o parcelamento do valor do débito reconhecido.

Versa a infração 01 sobre o *recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas*.

Do exame das peças do processo relativas à infração 01, constato que assiste razão ao impugnante quando aponta a existência de equívocos na autuação, por não ter sido observado que a exigência referente ao exercício de 2007 contempla operação de devolução de compras, cuja nota fiscal deve ser emitida com a mesma alíquota e base de cálculo originalmente utilizada na nota fiscal de aquisição, em conformidade com o artigo 368, I, do RICMS/BA, assim como, operação com vasilhames que goza de isenção do imposto, em conformidade com o artigo 624 c/c o artigo 19, ambos do RICMS/BA. Também assiste razão ao autuado quando aponta a ocorrência dos mesmos equívocos acima referidos no exercício de 2008, além de exigência de ICMS sobre operação com brindes e mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, no caso, “*Bacon*”, cujas aquisições dentro do Estado da Bahia ocorreram com o imposto retido pelo fabricante e nas aquisições de fora deste Estado o imposto foi recolhido por antecipação tributária.

Importante registrar que as planilhas elaboradas pelo autuado identificam as notas fiscais que foram arroladas na autuação indevidamente e que a própria autuante acatou as alegações defensivas, procedendo a exclusão desta infração do valor R\$ 14.918,37, correspondente ao total das referidas notas fiscais, remanescendo o valor R\$ 10.892,55, relativo às notas fiscais cuja exigência se apresenta correta, conforme novo demonstrativo elaborado pela autuante às fls. 346 a 349. Infração parcialmente subsistente.

Diante do exposto, a infração 01 é parcialmente subsistente e as infrações 02, 03 e 04, integralmente subsistentes, devendo ser homologado o valor recolhido.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206845.0003/09-4, lavrado contra **MERCADO DE ALIMENTOS SUBAÉ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.587,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, “a”, “b”, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR