

**A. I. N.º - 124157.0727/09-5**

**AUTUADO - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRAS DOS ÍNDIOS S/A – ILPISA**

**AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS**

**ORIGEM - IFMT DAT/METRO**

**INTERNET - 29/06/2010**

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N.º 0143-03/10**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. BEBIDAS MISTAS E LEITE INTEGRAL INDUSTRIALIZADO. CONTRIBUINTE SIGNATÁRIO DE TERMO DE ACORDO DE ATACADISTA. REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que o ICMS foi destacado na documentação fiscal em montante superior à carga tributária a ser suportada pelo sujeito passivo, inexistindo imposto a recolher para o Estado da Bahia, na operação. Imputação elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida pelo autuado. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 23/08/2009 para exigir ICMS no valor de R\$4.697,44, acrescido da multa no percentual de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte descredenciado (antecipação parcial). Consta, da descrição dos fatos, que trata-se das mercadorias constantes nas Notas Fiscais n.ºs 573467 e 573468 (bebidas mistas e leite integral), sem o comprovante do pagamento do ICMS devido pela operação. Termo de Apreensão e Ocorrências n.º 124157.0725/09-2 às fls. 05 e 06. Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC n.º 000631 à fl. 08. Notas Fiscais n.ºs 573467 e 573468 respectivamente às fls. 09 e 10.

Às fls. 17 a 21 o autuado, identificando-se como Indústria de Laticínios Palmeiras dos Índios S/A – ILPISA, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício inicialmente descrevendo a imputação e aduzindo que a mercadoria estava vindo de sua fábrica localizada no Estado de Alagoas. Que ele, contribuinte, identificou falhas na quantificação do valor exigido na autuação, razão pela qual socorre-se deste Órgão Julgador. Expõe que, comprovado este erro formal, solicita que seja declarada nula a peça punitiva.

Relata que é detentora da marca “VALEDOURADO” e que tem por objeto social principal a industrialização, e posterior comercialização, do leite e derivados. Que possui dois estabelecimentos fabris, situados nos Municípios de Itapetinga/BA e de Palmeira dos Índios/AL, além de algumas filiais atacadistas, dentre as quais o ora autuado. Que industrializa os seus produtos nas suas unidades fabris e em seguida os transfere para suas filiais atacadistas, nas quais são efetuada as vendas.

Que em uma dessas operações de transferências entre a fábrica de Alagoas e a filial de Salvador, ao passar pelo Posto Fiscal Honorato Viana, os Auditores Fiscais ali presentes detectaram que a ILPISA esta descredenciada, e assim deveria recolher o ICMS antecipadamente referente aos dois documentos fiscais apresentados no momento da apreensão.

Diz estar irresignado porque os fiscais, de posse dos documentos, não verificaram se ele, ILPISA, possuía benefício de redução de base de cálculo, e qual a margem aplicada no mercado, relativa aos produtos acobertados por tais documentos. Que estas observações são relevantes porque servem como parâmetro para o apuração de eventual base de cálculo da autuação. Que a cobrança está elevada.

Que o primeiro aspecto a ser considerado é o de que ele, autuado, possui Termo de Acordo celebrado com este Estado, o que significa que todos os produtos comercializados possuem redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária não ultrapasse 10% de ICMS, conforme preceitua o mencionado Acordo. Que no demonstrativo de débito do Auto de Infração esta redução não foi contemplada, e por isto o imposto cobrado está em valor acima daquele que seria devido por ocasião da saída dos produtos. Que ao se utilizar a alíquota de 17%, desprezando a redução de base de cálculo a que ele, autuado, faz jus, o Fisco calculou o ICMS devido a mais, o que tornaria a cobrança “passível de nulidade.”

Que o outro aspecto a ser considerado refere-se à margem de lucro atribuída no Auto de Infração, tendo sido utilizado o percentual de 60% de Margem de Valor Adicionado – MVA, muito acima daquele efetivamente praticado em seu segmento de mercado, conforme documento que aduz anexar ao processo, extraído de seu livro Registro de Apuração do ICMS e calculado na forma eu explicita à fl. 20 dos autos. Aduz que a empresa “ILPISA apurou margem bruta de 14,44% em agosto/2009 e 14,59% em setembro/2009. Que assim, de acordo com sua escrita, sua margem bruta não ultrapassa 15%, e que as autoridades fiscais não poderiam presumir, aleatoriamente, que a empresa opera com margem de 60%, o que estaria fora da realidade do segmento de mercado.”

O contribuinte conclui requerendo o julgamento pela nulidade do Auto de Infração.

Acosta documentos às fls. 22 a 55, dentre os quais Termo de Acordo (Atacadista) às fls. 43 e 44, 49 e 50; e Parecer DITRI nº 6370/2008 às fls. 45 a 48.

O autuante presta informação fiscal às fls. 64 a 67 expondo que o impugnante, tendo efetuado operação de transferência interestadual de mercadorias tributadas pelo ICMS, com a Nota Fiscal de nº 573468, contemplando diversas bebidas mistas originárias do Estado de Alagoas, descumpriu exigência da Legislação pertinente pelo fato de, naquela data, encontrar-se na condição de descredenciado, conforme documento de fl. 07 do presente PAF, e deixar de efetuar o pagamento do ICMS devido pela operação na primeira repartição fazendária da divisa ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas com intuito comercial, contrariando o previsto no artigo 125, inciso II, alínea “F”, e 352-A, §3º, inciso II, ambos do RICMS/BA, que transcreve. Acerca da penalidade aplicável, copia caput e §1º do artigo 911, caput, inciso II, alínea “d”, do artigo 915, do mesmo Regulamento.

Em seguida, o autuante aduz que o autuado alega ser uma empresa industrial detentora da marca “Valedourado”, e que tem por objeto principal a industrialização e posterior comercialização do leite e seus derivados. Que industrializa os seus produtos nas suas unidades fabris e posteriormente os transfere para as suas filiais atacadistas, onde serão efetuadas as vendas. Que aduz possuir Termo de Acordo com o Estado da Bahia, o que lhe garante uma redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária total não ultrapasse a 10% de ICMS, conforme preceitua o referido Termo de Acordo. Que, diz o autuado, o demonstrativo de débito preparado pelo autuante não contemplou essa redução e que o percentual de 60% atribuído a MVA está muito acima do praticado efetivamente no mercado.

O representante do Fisco prossegue expondo que embora o defendente alegue ter direito de usufruir os benefícios contidos no Termo de Acordo (Atacadista) com a Fazenda do Estado da Bahia, em ato assinado pelo Diretor de Infração e Penalidade Tributária, a adoção de redução de base de cálculo do ICMS, nos termos do I

chama a atenção para os pré-requisitos contidos no mesmo, que não observados pelo autuado, ocasiona a perda dos benefícios pertinentes, conforme demonstrado nas cláusulas que parcialmente transcreve.

O autuante expõe que o sujeito passivo tenta mostrar a licitude da operação que praticou, acreditando ter seguido todas as exigências contidas no RICMS/BA, e que com base nas alegações apresentadas, pede pela nulidade do Auto de Infração mas que, em momento algum, o contribuinte abordou a questão do seu descredenciamento junto a esta SEFAZ, que é o fato que motivou a lavratura do presente Auto de Infração. Lembra ser condição indispensável, para fruição do benefício do Termo de Acordo com o Estado, a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias por parte do acordante, condição esta que não é atendida pelo autuado, haja vista que o motivo do seu descredenciamento é exatamente a Omissão de Pagamento (folha 07 do PAF). Que portanto, diante do exposto, não há que se falar em benefícios e redução de base de cálculo, para contribuintes com pendências tributárias perante o Estado.

Argumenta que, nesses casos, o ordenamento tributário não deixa dúvidas, exige que os contribuintes do imposto, estando na condição de Descredenciado (caso em tela), ao adquirirem mercadorias para comercialização, recolham o ICMS devido pela operação no primeiro Posto Fiscal do trajeto (artigo 352-A do RICMS/BA), e apenas aqueles contribuintes credenciados possuem prazo para recolhimento do imposto até o dia 25 do mês subsequente, como previsto no §7º do artigo 125 do RICMS/BA. Que resta evidenciado que o autuado deixou de atender a exigência fiscal no tocante à antecipação tributária do ICMS.

O agente fiscal aduz que, conforme exposto em sua informação fiscal, e pela falta de fundamentação legal da defesa, é certo afirmar que o defendente equivocou-se quanto ao entendimento das exigências contidas na legislação pertinente ao fato apurado.

Ressaltando que a empresa autuada não focou sua argumentação no seu descredenciamento junto a esta SEFAZ (doc. de fl. 07) distanciando-se totalmente da verdadeira razão que ensejou a lavratura do competente Auto de Infração, conclui pedindo pela declaração de procedência da autuação.

## VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu a imputação, tendo recebido os demonstrativos atinentes à mesma e exercido tempestivamente seu direito de defesa. Arguição de nulidade rejeitada.

No mérito, o lançamento em lide trata de exigência do ICMS devido por antecipação parcial, por não ter o contribuinte, descredenciado, recolhido o imposto devido na entrada de mercadoria destinada a comercialização, na primeira repartição fiscal do território da Bahia.

O contribuinte não contesta a sua condição de descredenciado à época da autuação, mas discute a forma do cálculo para apuração do valor do ICMS lançado no presente Auto de Infração, basicamente alegando dois pontos: possui Termo de Acordo de Atacadista, o que lhe garantiria uma redução de base de cálculo para apuração do imposto devido pelas operações que praticou de forma que a carga tributária não ultrapasse 10% de ICMS, conforme o Termo de Acordo; e o percentual de 60% a título de Margem de valor Adic

Fisco, seria excessivo, porquanto o seu segmento de mercado não alcança tal índice de lucratividade, alegando ainda que, conforme dados escriturados no seu livro Registro de Apuração de ICMS, sua margem de lucro não ultrapassa 15%.

Em relação ao Termo de Acordo de Atacadista, de fato o contribuinte traz cópia deste Termo ao processo, e o Fisco não contesta a sua existência.

Assiste razão ao contribuinte quando afirma que, pelo seu Termo de Acordo de Atacadista, os produtos comercializados possuem redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária não ultrapasse 10% de ICMS, conforme preceitua o mencionado Acordo, em vigor à data dos fatos geradores da obrigação principal objeto da imputação.

Observo que as mercadorias constantes das notas fiscais de n°s 573467 e 573468, às fls. 09 e 10 do PAF, emitidas por ILPISA Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios S/A, localizada no Estado de Alagoas, e destinadas ao autuado, estão descritas como bebidas mistas e leite integral industrializado, produtos não incluídos no regime de pagamento por substituição tributária previsto no artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, nem descritas no seu Anexo 88. Sobre o valor das mesmas incide a cobrança do ICMS devido por antecipação parcial, que deveria ter sido recolhido pelo sujeito passivo na primeira repartição fiscal do território baiano, conforme determinam os artigos 12-A e 23, inciso III, ambos da Lei n° 7.014/96, matéria regulamentada pelos artigos 61, inciso IX, e 352-A, ambos do RICMS/BA. Porém, o ICMS está destacado nesses documentos fiscais à alíquota de 12%, portanto em percentual superior à carga tributária a ser suportada pela empresa, em razão de seu Termo de Acordo.

Quanto à MVA utilizada pelo Fisco, no percentual de 60%, verifico que é previsto o percentual de 15% para cálculo do ICMS devido por antecipação, nas operações com gêneros alimentícios, no item 1 do Anexo 89 do RICMS/BA, que traz os percentuais aplicáveis às operações com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária. Mas, no caso em foco, que trata de exigência de imposto que seria devido por antecipação parcial, não é há previsão legal para utilização de adicional de Margem de Valor Adicionado – MVA na determinação da base de cálculo do imposto, consoante determinado no inciso III do artigo 23 da Lei n° 7.014/96. Assim, assiste razão ao contribuinte quando contesta o percentual de MVA utilizado, que o foi em desconformidade com a legislação aqui mencionada.

Pelo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração n°124157.0727/09-5, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRAS DOS ÍNDIOS S/A - ILPISA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA- PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR