

A. I. Nº - 206858.0003/09-4
AUTUADO - CIA BRASILEIRA DE CHARUTOS DANNEMANN
AUTUANTE - ELISABETE RIBEIRO DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFACZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 06.07.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0150-02/10

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. ERRO NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. NÃO INCLUSÃO DAS DESPESAS ADUANEIRAS. Infração não impugnada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. VENDAS DE MERCADORIAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS NO CADASTRO FAZENDÁRIO. Restou comprovado que os adquirentes das mercadorias são pessoas físicas não inscritas no cadastro fazendário, e que as elevadas quantidades de mercadorias constantes dos documentos fiscais caracterizam intuito comercial. Mantido o lançamento, pois os argumentos e provas trazidas na defesa não elidem a autuação. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO ANTECIPADA. ENTRADA OCORRIDA EM DATA POSTERIOR. MULTA. Fato não contestado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/12/2009, reclama o ICMS no valor total de R\$16.905,24, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Recolhimento do ICMS efetuado a menos pelas importações de mercadorias do exterior, no valor de R\$ 121,56, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, no mês de dezembro de 2004, conforme demonstrativo à fls.08.
2. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no total de R\$9.083,52, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro a dezembro de 2004, conforme demonstrativo e documentos às fls.10 a 57.
3. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no total de R\$ 7.628,93, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro a dezembro de 2005, conforme demonstrativos às fls.159 a 167.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no mês de abril de 2004, referente a mercadoria cuja entrada, no estabelecimento, ocorreu em data posterior à da utilização do crédito fiscal, sendo aplicada a multa de R\$ 71,23, conforme demonstrativo e documentos às fls.169 a 173. Em complemento consta: *“O Contribuinte creditou-se de R\$ 198,13 quando o correto seria de R\$20,04 que corresponde a 2/48 avos de R\$ 481,18 já que se trata de aquisição de Ativo Imobilizado, conforme demonstrado no anexo 04 (Demonstrativo da Auditoria de Crédito Fiscal, xérox do Livro RAICMS e cópia da NF nº 153076 de 25/03/2004).”*

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresenta defesa às fls.179 a 184, tendo inicialmente reconhecido as infrações 01 e 04, e informado que já procece' no valor total de R\$ 192,79 e seus consectários.

No que tange as acusações constantes dos itens 03 e 04, considerou descabido o lançamento do débito, discordando da presunção que, parte das notas emitidas para consumidor final, devidamente, lançadas e registradas, teriam como destinatários contribuintes não inscritos.

Invocou o artigo 353, inciso II, do RICMS/97, que trata da substituição tributária nas operações com fumos e seus derivados manufaturados, para argüir que não está provado que houve saídas de fumo e seus derivados, para não contribuintes ou contribuintes não inscritos.

Aduz que face à sua condição de indústria, por força regulamentar, não estava autorizado a emissão de Nota Fiscal modelo D-1 (Consumidor Final), e que no estabelecimento funciona um museu, e que parcela significativa dos visitantes, costuma adquirir unidades do produto (charutos e cigarrilhas) em caixas com 6 ou 12 unidades.

Diz que as vendas são regulares a consumidores repetidos, na seção de venda a varejo anexa a setor fabril, e que à época, não era autorizado a emitir Nota Fiscal D-1, bem como utilizar equipamento ECF. Esclarece que a solução sugerida pelo Fisco Estadual como forma de dar plena regularidade ao ingresso da receita em seu caixa e tributá-la corretamente, foi a de agrupar vendas por datas ou quantidades, em nome de um dos compradores e emitir Nota Fiscal Fatura série 1.

Por conta disso, alega que era inviável no período fiscalizado a aplicação plena do art. 237 do RICMS/BA, que regula este tipo de situação, pois, inexistia a figura do ECF para a atividade e a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, por operação não era possível.

Afirma que a emissão da nota fiscal e o correto recolhimento do ICMS, se deu sob a égide do parágrafo 2º, art. 238, do RICMS/97, conforme consta na escrita contábil da empresa em seus livros de movimentação da caixa e controle.

Para comprovar sua alegação, o autuado tomou como exemplo a Nota Fiscal nº 506, emitida para o destinatário João A. Pinto Queiroz, no valor de R\$ 3.720,28, e diz que este exemplo vale para 100% das notas indicadas no levantamento fiscal. Ou seja, que nelas estão inseridas uma parte das diversas vendas ocorridas no dia 15/01/04, para diversos clientes, em vários tipos de pagamento (cartão, dinheiro, cheques etc.), sendo todas totalizadas em nome do referido, face à irrelevância da figura do destinatário, vez que, consumidor final do produto.

Juntou à peça defensiva vários documentos relativos à escrita fiscal/contábil e os documentos de controle da empresa das saídas objeto da autuação.

Ao final, o deficiente requer, a produção de prova pericial, em particular a revisão por fiscal estranho ao feito, especificamente no que concerne a prova contábil das saídas diversas para consumidor final, englobadas em uma única nota, nos termos do ditame regulamentar, para concluir pela improcedência do Auto de Infração, com a consequente extinção da pretensão tributária nele lançada, vez que, não há crédito tributário a ser recolhido pelo autuado.

Na informação fiscal às fls. 608 a 609, a autuante rebateu as razões defensivas, quanto aos itens 02 e 03, argüindo que as infrações referem-se às vendas efetuadas a contribuintes não inscritos no CAD-ICMS, cujas vendas, pelo seu volume, caracteriza intuito comercial por parte do adquirente, conforme discriminado no levantamento fiscal. Transcreveu o artigo 36, do RICMS/97, que define a condição de contribuinte. Ressalta que vendas a consumidor pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS efetuadas por seção de venda a varejo anexa à seção fabril de estabelecimento industrial, deve obedecer o que estabelece o art. 237 do RICMS/BA, e no caso, afirma que o autuado não atendeu ao citado dispositivo regulamentar. Manteve sua ação fiscal pela procedência do Auto de Infração.

Consta às fls. 612 a 615, documentos extraídos do SIGAT referentes ao pagamento das parcelas reconhecidas pelo autuado.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 25/05/2010 visando a revisão dos itens 02 e 03, sendo decidido pela desnecessidade de tal diligência, pois os autos necessários para uma conclusão sobre a lide.

VOTO

Inicialmente, quanto a pretensão do autuado para realização de diligência/perícia contábil, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, porque já se encontram nos autos todos os documentos necessários que uma decisão sobre a lide.

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização encontram-se em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pela autuante com base nos documentos fiscais do contribuinte autuado.

No mérito, verifico que o sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações 01 e 03, relativas a recolhimento do ICMS efetuado a menos pelas importações de mercadorias do exterior, no valor de R\$ 121,56, no mês de dezembro de 2004, sobre as notas fiscais nº 784 a 787 e a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no mês de abril de 2004, referente a mercadoria cuja entrada, no estabelecimento, ocorreu em data posterior à da utilização do crédito fiscal, respectivamente, e procedeu o devido recolhimento conforme comprovam os extratos do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária (SIGAT) às fls.612 a 615. Assim, subsistem tais infrações.

Quanto às infrações 02 e 03, as acusações fiscais são idênticas, referindo a períodos diferentes (2004 e 2005), e dizem respeito a falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Apesar de a infração está assim descrita, a acusação fiscal concerne a operações realizadas por estabelecimento industrial para contribuintes não inscritos, através das notas fiscais relacionadas às fls. 10/11 e 59/62.

Portanto, de acordo com as fotocópias das notas fiscais acostadas aos autos (fls.12 a 57, e 63 a 167), as vendas foram realizadas a pessoas não inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS, o que está comprovado pela inexistência do número da inscrição estadual, e do CNPJ nos citados documentos fiscais.

A legislação estabelece que é obrigação do contribuinte, inscrever-se no Cadastro de Contribuintes, antes de iniciar suas atividades (art.150 do RICMS/97), sendo considerado clandestino qualquer estabelecimento comercial, industrial, produtor ou extrator que não estiver devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, ficando aqueles que assim se encontrarem sujeitos às penalidades previstas na legislação (art. 191 do RICMS-BA).

O artigo 142, inciso I, do citado Regulamento do ICMS, estabelece que, além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos fiscais e escrituração, é obrigação do contribuinte exigir do outro contribuinte nas operações que com ele realizar a exibição de Cartão de Inscrição ou do Documento de Informação Cadastral, sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, se do descumprimento desta obrigação decorrer do não recolhimento do imposto.

Já o artigo 353, I do RICMS/97, dispõe: “o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.”

Para caracterizar a condição de contribuinte do ICMS deve-se examinar se os adquirentes dos produtos vendidos pelo autuado se enquadram na condição de contribuinte desse imposto, conforme previsto no artigo 36 do RICMS/BA:

“Art. 36. Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física habitualidade ou em volume que caracterize intuit”

circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.” (grifo nosso).

Logo, a legislação do ICMS estabelece que a condição de contribuinte, também será determinada em função do volume das operações de circulação de mercadoria que caracterize intuito comercial.

No caso em tela, a autuante agiu corretamente, uma vez que os volumes comercializados nas notas fiscais objeto da autuação caracterizam o intuito comercial, e a exigência fiscal encontra amparado no art. 353, I, do RICMS/97.

Neste sentido, tem sido as decisões deste CONSEF, como exemplo, transcrevo a Ementa abaixo:

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 1081/01

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Documentos comprovam que o volume das mercadorias negociadas revela a intenção de revenda. Acertada a Decisão Recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

O autuado visando impugnar o lançamento destes itens, alega que tratam-se de vendas a consumidores e que como forma de dar plena regularidade ao ingresso da receita em seu caixa e tributá-la corretamente, foi a de agrupar vendas por datas ou quantidades, em nome de um dos compradores e emitir Nota Fiscal Fatura série 1. Juntou às fls.208 a 431 demonstrativos e cópias de documentos contábeis.

Tomando como exemplo o demonstrativo do autuado à fl.209, verifico que o mesmo se refere às vendas realizadas no período de 16/01 a 31/01/2004, através das notas fiscais nº 523 e 525, esta última objeto da autuação, totalizando tais vendas o valor de R\$ 13.706,22.

Analizando as provas apresentadas na defesa, não vejo como acatar que o montante das vendas de R\$ 13.706,22 foi pago em cheques de diversos clientes no total de R\$ 1.350,00 mais valores em espécies (dólar R\$ 899,10; Euro R\$ 513,00; e Real R\$ 10.944,12), pois não há como se correlacionar as notas fiscais emitidas com os valores tidos como recebidos para comprovar a quitação das mesmas, haja vista que a nota fiscal nº 525 (fl.15) objeto da autuação, está em nome de Antônio Médices Macêdo Cruz, o qual, não figura da relação dos cheques recebidos, nem há como se afirmar que o pagamento ocorreu nas moedas especificadas.

Com relação a documentação contábil apresentada, os valores das notas fiscais encontram-se contabilizados no razão “Venda de Produtos”, porém não servem para comprovar o quanto alegado na defesa.

Portanto, não há nos autos prova material da relação entre os pagamentos alinhados pelo contribuinte nos demonstrativos apresentados alvo da autuação, ressaltando-se, inclusive, que existem adquirentes constantes nas notas fiscais que não figuram dos citados demonstrativos.

Do exposto se conclui que efetivamente o contribuinte não obedeceu ao previsto no artigo 237, do RICMS/97, que reza in verbis:

“Art. 237. Sem prejuízo do disposto no art. 238, nas vendas a consumidor pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS efetuadas por seção de venda a varejo anexa à seção fabril de estabelecimento industrial que tenha optado pela emissão de uma única Nota Fiscal no fim do dia, para fins da legislação do IPI, o contribuinte deverá:

I - emitir, em relação a cada operação, Nota Fiscal de Venda a Consumidor, de subsérie distinta, que contenha os requisitos previstos e, especialmente, o valor total da operação;

II - emitir, ao final do dia, Nota Fiscal, uma para cada tipo de produto vendido, observada a legislação federal pertinente, que contenha os requisitos previstos e, es-

- a) como natureza da operação, "Venda a Consumidor";*
- b) como destinatário, "Resumo de vendas diárias";*
- c) a discriminação do produto e sua quantidade total vendida no dia;*
- d) a classificação fiscal do produto, prevista na legislação do IPI;*
- e) o valor total do produto e o valor total da Nota;*
- f) a alíquota e o valor do ICMS;*
- g) a alíquota e o valor do IPI;*
- h) os números das Notas Fiscais de Venda a Consumidor a que se refere o inciso I."*

Nestas circunstâncias, mantenho o lançamento dos itens em comento.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206858.0003/09-4, lavrado contra **CIA BRASILEIRA DE CHARUTOS DANNEMANN**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.834,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, "a" e "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no total de **R\$71,23**, prevista no inciso VI do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR