

A. I. Nº. - 278937.0003/10-9
AUTUADO - ALIMENTOS ZAELI LTDA.
AUTUANTE - WILDE RABELO DIAS FILHO
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 23. 08. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0222-01/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. VALOR DAS ENTRADAS SUPERIOR AO DAS SAÍDAS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. É inadequada a acusação fiscal de presunção de omissão de saídas anteriores, quando se trata de apuração relativa a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação. Recomenda-se a instauração de novo procedimento fiscal para exigir de forma correta o tributo porventura devido, conforme previsto no art. 10 da Portaria nº 445/98. **2.** BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERNAS. DECRETO Nº 7.799/00. **a)** SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES COM SITUAÇÃO IRREGULAR NO CADASTRO ESTADUAL. **b)** SAÍDAS PARA NÃO CONTRIBUINTES. Mantidas as exigências fiscais, tendo em vista a comprovação da irregularidade procedimental na utilização de redução das bases de cálculo. Infrações caracterizadas. **3.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária determina a retenção e recolhimento por antecipação do ICMS referente às saídas subsequentes, nas vendas para contribuintes com situação irregular no Cadastro Estadual. Infração confirmada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 17/03/2010, foi constituído crédito tributário representando o ICMS no valor de R\$134.688,27, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios de 2007 e 2008, sendo exigido o imposto no valor de R\$127.154,41, acrescido da multa de 70%;

02 – recolheu a menos o ICMS, em decorrência de utilização indevida base de cálculo, nos meses de outubro a dezembro de 2007 e janeiro

o imposto no valor de R\$1.464,48, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à venda de mercadorias para contribuintes na situação de inaptos;

03 – recolheu a menos o ICMS, em decorrência de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de outubro a dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008, exigindo o imposto no valor de R\$5.492,82, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à venda de mercadorias para não contribuintes;

04 – deixou de proceder à 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, nos meses de outubro a dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido o imposto no valor de R\$576,56, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à venda de mercadorias para contribuintes na situação de inaptos.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento tributário às fls. 238 a 243, salientando que o Auto de Infração contém algumas ilegalidades que apontará, visando reparar as injustiças fiscais consignadas, homenageando os princípios da justiça fiscal e do exercício pleno do direito de defesa. Passa, então, a tratar a respeito dos quatro itens da autuação, conforme segue:

infração 01 – aduz que a justificativa apresentada pelo autuante se apresenta bastante confusa e obscura, não proporcionando uma razoável interpretação de suas conclusões, não trazendo uma definição clara sobre a suposta infração praticada pelo impugnante, resultando em prejuízos na elaboração da peça de defesa.

Apesar disso, depreende, por dedução, que o Auditor Fiscal se equivocou na aplicação da lei que subsume a infração imputada, uma vez que se utilizou de uma base de cálculo majorada (maior expressão monetária), em face da presunção legal, para fins de cálculo do imposto lançado no Auto de Infração, quando deveria apurar o referido valor utilizando-se dos critérios legais estabelecidos no art. 60, inciso II do Decreto nº. 6.284/97 – RICMS/BA, que transcreveu.

Salienta que a multa aplicada, de 70%, mostra-se ilegal e abusiva, haja vista que a infração apontada não se subsume à norma utilizada para tipificar e penalizar a conduta do impugnante, uma vez que se depreende da fundamentação posta no Auto de Infração que a imputação se refere à falta de recolhimento sobre diferenças verificadas na escrituração fiscal, portanto não tendo ocorrido nenhuma omissão de registros que justifiquem a aplicação do transcrito art. 42, inciso III da Lei nº. 7.014/96, como indicado pelo autuante.

Assim, entende que o cálculo correspondente à infração 01 encontra-se eivado de ilegalidade, pois formatado segundo critério que não encontra amparo legal para tanto, tendo sido aplicada graduação de multa penal baseada em dispositivo legal estranho ao fato jurídico flagrado, portanto carecedor de legalidade, merecedor de total impugnação;

infrações 02, 03 e 04 – alega que as multas aplicadas (de 60%), também mostram-se ilegais e abusivas, haja vista que as infrações apontadas não se subsumem à norma utilizada para tipificar e penalizar a conduta do impugnante, tendo em vista que de acordo com as fundamentações contidas no Auto de Infração tais imputações não se coadunam com a norma utilizada, não se justificando a adição da multa prevista no transcrito art. 42, inciso II da Lei nº. 7.014/96.

Entende ter demonstrado os equívocos cometidos e existentes no Auto de Infração, de forma que não restam alternativas senão a sua impugnação, nos pontos indicados, por uma questão de direito e justiça fiscal.

Requer que a impugnação seja recebida em todos os seus termos e efeitos, com a imediata suspensão da exigibilidade dos créditos fiscais em debate, nos termos do Código Tributário Nacional - CTN, e pelas razões de fato e de direito, para que o ato administrativo seja provido, para anular o Auto de Infração nos pontos

O autuante prestou informação fiscal às fls. 249 e 250, quando contestou os argumentos trazidos pelo sujeito passivo, realçando quanto à infração 01, que o levantamento fiscal foi realizado de forma correta, obedecendo a todos os mandamentos legais, além do que nenhum dos demonstrativos foi objeto de impugnação pelo contribuinte, no que se refere às quantidades, valores, mercadorias ou MVA, tendo o autuado se limitado a questionar as multas aplicadas, para propor a anulação do Auto de Infração.

Assevera que de forma contrária à alegada pela defesa, os dispositivos legais utilizados para aplicação das multas se encontram em total consonância com as irregularidades encontradas, tendo em vista que se encontram previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, da seguinte forma:

para a infração 01, que se refere a levantamento quantitativo de estoques, a multa sugerida está prevista no inciso III;

no caso das infrações 02 e 03, que se referem à utilização indevida da redução da base de cálculo do ICMS nas vendas para contribuintes inaptos ou não contribuintes, a multa indicada encontra previsão no inciso II, alínea “a”;

na infração 04, que versa sobre a falta de retenção do ICMS nas vendas para contribuintes inaptos, a multa também está delineada no inciso II, alínea “a”.

Considerando que apreciou todos os elementos trazidos pelo contribuinte, sugere a procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Observe que ao se insurgir contra a infração 01, o autuado alegou que a acusação fiscal se encontra confusa e obscura, não definindo de forma clara a infração que teria sido praticada, implicando em prejuízo na elaboração da peça defensiva, encontrando-se, assim, eivado de ilegalidade. Acrescentou que o Auditor Fiscal se equivocou no enquadramento da infração imputada, utilizando-se de base de cálculo majorada, decorrente do uso de presunção legal, para fins de cálculo do imposto lançado, quando deveria apurar o referido valor utilizando-se dos critérios estabelecidos no art. 60, inciso II do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Ressalto que as argumentações defendidas pelo sujeito passivo, conforme delineadas acima, em parte estão corretas. Isto porque, analisando os demonstrativos elaborados pela fiscalização, constatei que todas as mercadorias arroladas no levantamento quantitativo se encontram enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação, sendo desoneradas de tributação as operações internas subsequentes.

Realço que no desenvolvimento do roteiro de auditoria fiscal de levantamento quantitativo de estoques, o que vem a ser o caso desta infração, constatando-se a ocorrência de omissão de entradas de mercadorias enquadrada no regime de substituição tributária, deve-se aplicar a regra prevista no art. 10 da Portaria nº 445/98, exigindo-se o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o tributo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA (margem de valor adicionado), previstos no anexo 88 do RICMS/97.

Deste modo, concluo que existe a necessidade de se decretar de ofício a nulidade do Auto de Infração no que concerne à infração 01, nos termos do artigo 20 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, diante da falta de certeza da acusação fiscal e liquidez do lançamento, visto que a imputação atribuída ao impugnante deveria ser na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias sujeitas à substituição tributária recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, como também da consequente antecipação. O levantamento foi realizado exclusivamente com mercadorias substituição tributária.

Concluo, assim, ser inadequada a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, conforme procedido na acusação fiscal. Considerando que as falhas apontadas resultariam em uma modificação substancial no roteiro de apuração, resultando em novos valores para a infração em questão, represento à autoridade competente, no sentido de providenciar o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas, nos termos do artigo 21 do RPAF/99.

Verifico que ao tratar sobre as infrações 02 a 04, o impugnante não atacou o mérito das imputações. Constato que as infrações 02 e 03 correspondem à utilização indevida da redução da base de cálculo do ICMS prevista no Decreto nº. 7.799/2000, no primeiro caso em relação às operações de vendas de mercadorias para contribuintes em situação irregular no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, enquanto que o seguinte se referiu às vendas para não contribuintes do imposto. Já a infração 04 trata da falta de retenção e consequente recolhimento do tributo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes em situação irregular no cadastro estadual.

Ressalto que essas exigências fiscais estão fundamentadas em expressa disposição legal, estando embasada no RICMS/97, no Decreto nº. 7.799/2000 e na Lei nº. 7.014/96. Assim é que as infrações 02 e 03 estão amparadas no art. 1º do Decreto nº. 7.799/2000, que estabelece que a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do Anexo Único desse Decreto, poderá ser reduzida em 41,176% nas operações de saídas internas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia. Tendo em vista que essas imputações se referem a operações destinadas a contribuintes em situação irregular e a não contribuintes, resta patente a pertinência das acusações fiscais.

Quanto à infração 04, a sua caracterização se configura através da leitura do art. 353, inciso I do RICMS/BA, que determina que são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo às operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro que se encontre em situação irregular no Cadastro de Contribuintes.

Ademais, as referidas infrações se encontram embasadas nos demonstrativos correspondentes, os quais se encontram anexados às fls. 35 a 40 e 95 a 115 (infração 02), 41 a 52 e 116 a 208 (infração 03) e 53 a 59 e 209 a 232 (infração 04). Portanto, as infrações 02, 03 e 04 restam totalmente caracterizadas.

No que se refere à insurgência do autuado quanto aos percentuais da multas aplicadas, sob a alegação de que são ilegais e abusivas, saliento que as multas sugeridas se adequam perfeitamente às infrações atribuídas ao contribuinte, estando prevista no art. 42, incisos II e III da Lei nº. 7.014/96, sendo, portanto, legais. Além disso, não vislumbro qualquer violação aos diversos princípios que regem o processo administrativo fiscal, não existindo tampouco o enriquecimento ilícito por parte do erário estadual.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, sendo nula a infração 01 e ficando mantidas integralmente as infrações 02, 03 e 04.

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 **278937.0003/10-9**, lavrado contra **ALIMENTOS ZAELI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.533,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alíneas “a” e “b” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Recomenda-se a

fiscal, visando a exigência do tributo concernente à infração 01, em conformidade com o art. 21 do RPAF/99.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR