

A. I. N° - 269283.0001/10-8
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.
AUTUANTE - DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 14.03.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0019-04/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infrações reconhecidas. 3. CRÉDITO FISCAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS FORAM CONTEMPLADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE ESTORNO DO CRÉDITO. Restou comprovado a utilização de crédito fiscal em valor acima do permitido pela legislação do imposto relativo a operações de saída com redução de base de cálculo de parte das operações objeto da exigência fiscal. Não comprovado que com a efetivação do estorno de crédito não importa em descumprimento da obrigação principal. Refeitos os cálculos, implicou em redução do débito. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unâime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/03/10, exige ICMS no valor de R\$65.918,36, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saída de mercadorias não declaradas, 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 realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2008) - R\$2.749,44.
2. Falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado neste Estado, com inscrição cancelada, baixada ou suspensa/baixa - R\$8.926,06.
3. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte fez uso indevido do benefício de redução de base de cálculo concedido pelo Dec. 7.799/00 - R\$54.242,86.

O autuado na defesa apresentada (fls. 391/395) informa que reconhece as infrações 1 e 2, providenciando as medidas necessárias para quitação do débito correspondente.

Com relação à infração 3, afirma que no seu entendimento houve um equívoco por parte do autuante em relação aos produtos bebidas alcoólicas, tendo em vista que aplicou de forma genérica a regra prevista no art. 6º do Dec. 7.799/00 sem considerar o teor do seu § 2º.

Alega que o mencionado diploma legal foi revogado pelo Dec. 11.806/09 com efeitos a partir de 01/01/10. Transcreve diversas redações em ordem cronológicas do citado dispositivo legal e diz que a análise da legislação garante que nas operações internas e de importações de bebidas alcoólicas “não se aplica o limite de 10% para o crédito na aquisição dos produtos”. Argumenta que se aplica a regra geral prevista no art. 100 do RICMS/BA, em que resulta em duas situações:

- a) Na aquisição da indústria com utilização de redução de base de cálculo igual à utilizada por ele na saída dos produtos, ou seja, redução em 55,55% de forma que a carga tributária corresponda a 12%, conforme disposto no art. 87, XXXIII do RICMS/BA.
- b) Na aquisição com redução de base de cálculo em 30% nas operações internas e nas operações de importação do exterior com bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, conforme previsto no art. 87, XXVI do RICMS/BA.

Afirma que na primeira hipótese não há do que se falar em estorno de crédito, pois a carga tributária da entrada é a mesma da saída. Já na segunda hipótese a carga tributária na entrada equivale a 18,90% enquanto na saída é de 12% e o estorno de crédito é proporcional.

Argumenta que nas operações interestaduais [bebidas alcoólicas] aplica-se o limite indicado no art. 6º do Dec. 7.799/00.

Diante do exposto, diz que refez o levantamento fiscal, encontrando o resultado indicado no Anexo às fls. 394/395 resultando em valor de R\$24.507,75. Entende não ser devida a exigência do imposto, mas sim a aplicação de multa no porcentual de 60% prevista no art. 42, VII da Lei “7.914/96” [7.014/96], que estabelece multa de 60% do valor do crédito fiscal que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno.

Alega que caso houvesse descumprimento de obrigação principal, seria aplicado o disposto no art. 42, II conforme hipóteses elencadas em suas alíneas da Lei nº 7.014/96.

Por fim, manifesta que deve ser exigido o valor correspondente a 60% do crédito indevido ou da falta de estorno de crédito totalizando R\$24.507,75. Requer a procedência parcial da autuação.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 402/403, inicialmente discorre sobre a infração 3 e diz que o autuado contestou apenas uma parte da exigência fiscal referente às mercadorias relacionadas no CNAE 5136-5/99 (Comércio Atacadista de Bebidas) não especificadas, cuja alíquota incidente na operação seja de 27%, destinadas a contribuintes inscritos no cadastro de contribuintes do Estado.

Concorda com as razões apresentadas na defesa e o demonstrativo elaborado pelo autuado.

Quanto à argumentação de que deve ser aplicada apenas a multa, discorda dizendo que está exigindo a multa pela não efetivação do estorno, conforme disposto no art. 42 VII da Lei nº 7.014/96. De acordo com seu entendimento refez o demonstrativo original reduzindo o valor da infração de R\$54.242,86 para R\$40.686,41 de acordo com o demonstrativo acostado à fl. 403. Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da informação fiscal (fl. 406), tendo o mesmo se manifestado (fls. 408 a 411).

Comenta a seqüência dos fatos, o não acatamento do autuante quanto à aplicação da multa, sem exigência do estorno de crédito e reafirma o seu posicionamento de que o Auto de Infração não contempla exigência de imposto (art. 42, II da Lei nº 7.014/96) e sim de estorno de crédito fiscal.

Junta ao processo cópia do DAE em que promoveu o pagamento de 60% do valor do crédito fiscal que deixou de estornar, com os benefícios da Lei 11.908/2010. Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante presta nova informação fiscal (fl. 417) e diz que conforme disciplina o art. 42, VII da Lei nº 7.014/96, deve ser cobrado o valor do estorno que deixou de ser efetuado, acrescido da multa de 60% e mantém seu posicionamento contido na informação fiscal anterior.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 420/422 cópia do detalhamento de pagamento de parte do débito constante no SIGAT.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo à omissão de saída de mercadorias apurado mediante levantamento quantitativo de estoque; Falta de retenção do ICMS e de estorno de crédito fiscal.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu as infrações 1 e 2. Portanto, não existindo lide em relação às mesmas, devem ser mantidas na sua integralidade. Infrações procedentes.

Com relação à infração 3, o impugnante de um modo geral apresentou duas alegações:

- a) Que ocorreu um equívoco em relação a bebidas alcoólicas, sem considerar as exceções;
- b) Não cabe a exigência do imposto e sim aplicação de multa no porcentual de 60%.

Por sua vez o autuante na informação fiscal acatou a primeira alegação e contestou a segunda afirmando que no caso em tela cabe a exigência do imposto e aplicação da multa.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que o autuante elaborou os demonstrativos juntados às 262/386, no qual apurou estorno de crédito relativo a bebidas alcoólicas e outros produtos.

Tendo em vista que o contribuinte apura o imposto com base nas regras dispostas no Dec. 7.799/00 (ATACADISTA), o artigo 6º do mencionado diploma legal estabelece que os créditos fiquem limitados a 10% do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada documento fiscal de aquisição de mercadorias ou lançar o crédito integral e fazer o estorno nos termos do art. 100, §2º do RICMS/BA.

Considerando que o autuante aplicou alíquota de 27% na apuração do estorno de crédito nas operações com bebidas alcoólicas (fls. 262/386), assiste razão ao impugnante com relação à primeira alegação, visto que deve ser considerada a redução da base de cálculo de 55,55% de forma que a carga tributária corresponda a 12% (art. 3º-F do Dec. 7.799/00 com redação dada pelo Dec. 10.316/07 com efeitos de 12/04/07 a 31/03/09, que engloba o período fiscalizado de out/07 a dez/08 - art. 87, XXXIII do RICMS/BA). E da mesma forma nas aquisições com redução de base de cálculo em 30% nas operações internas e de importação do exterior com bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, o que equivale a carga tributária na entrada equivalente a 18,90% enquanto na saída a carga tributária é de 12% e o estorno de crédito é proporcional.

Relativamente à segunda alegação de que não cabe a exigência do ICMS e tão somente a aplicação da multa, não pode ser acatada pelas seguintes razões.

Como apreciado anteriormente, o contribuinte apura o imposto com oneração de 10% sobre o valor das vendas em atacados para contribuintes inscritos no cadastro estadual (Dec. 7.799/00). Logo, como o débito incidente sobre as operações de saídas fica limitado a 10%, o crédito fiscal também deve ficar limitado a este porcentual e caso o contribuinte escriture o crédito fiscal integral, o montante que superar o limite de 10% deve ser estornado.

Como na situação presente, o contribuinte utilizou crédito fiscal maior que o limite estabelecido, fato reconhecido conforme demonstrativo elaborado por ele (fl. 394) ficou caracterizada (falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas cujas saídas subsequentes que ocorreram com redução de base de cálculo, proporcional a redução). Na realidade não ficou caracterizado falta de estorno e sim estorno feito a menos que o devido.

Conseqüentemente, o montante do crédito fiscal apropriado que excedeu o limite estabelecido e não foi estornado provocou uma redução do valor recolhido (débito – crédito), causando prejuízo ao Erário Público, sendo correta a exigência do estorno vinculado à aplicação da multa de 60% prevista no art. 42, VII da Lei nº 7.014/96. Ressalto que a própria redação da multa tipificada descreve “sem prejuízo da exigência do estorno” que corresponde ao valor exigido na infração.

Com relação ao argumento defensivo de que deve ser aplicada apenas a multa, não acolho, tendo em vista que o disposto no art. 42, VII da Lei nº 7.014/96 estabelece condição de “que não importe em descumprimento de obrigação principal”, ou seja, que uma vez tendo sido feito o estorno de crédito não resulte em saldo devedor (obrigação de pagar o imposto).

Ressalto que conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Na situação presente, só seria admissível aplicar apenas a multa se a efetivação do estorno de crédito não resultasse em pagamento do imposto, fato que não foi provado. Sendo detentor dos livros fiscais, caberia ao defendant trazer ao processo demonstrativo e cópias dos livros de sua posse para provar o alegado. Como foi apresentado com a defesa apenas um demonstrativo indicativo do montante do estorno, não constitui prova suficiente de que sua efetivação não resulta em descumprimento da obrigação principal, constituindo mera negativa de cometimento da infração, o que não o desonera da responsabilidade pelo pagamento do imposto (art. 143 do RPAF/99).

Pelo exposto, acato o demonstrativo de débito acostado pelo autuante à fl. 403, no qual foi refeito o original com base nos demonstrativos juntados com a defesa (fls. 394 a 398) e considero devido o valor de R\$40.686,41, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração elidida em parte.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269283.0001/10-8, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$52.361,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$49.612,47 e 70% sobre R\$2.749,44, previstas no art. 42, II, “f” e VII, “a” e III da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR