

A. I. Nº - 281077.0003/11-6
AUTUADO - PORTO BAHIA COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA.
AUTUANTE - ANDRÉA FALCÃO PEIXOTO
ORIGEM - INFAS SANTO AMARO
INTERNET - 01.03.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 005-02/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Acolhido as arguições do autuado, quanto as diferenças apontadas. Incluídas as notas fiscais com o CFOP 5.927 não inseridas na ocasião da auditoria de estoque. Valores corrigidos com redução do valor exigido. Infração parcialmente mantida. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. **a)** VENDAS A NÃO CONTRIBUINTES. Ficou caracterizado que o sujeito passivo utilizou indevida do benefício da redução da base de cálculo, uma vez que o contribuinte signatário do Termo de Acordo Atacadista (Dec. 7.799/2000), com direito a redução da base de cálculo do ICMS, em 41,176%, para contribuinte do ICMS em plena atividade comercial, aplicou a redução nas vendas para não contribuintes. Infração mantida, reconhecida pelo impugnante. **b)** VENDAS A CONTRIBUINTES NA CONDIÇÃO DE INAPTO. Caracterizada a venda para contribuintes na condição de inapto, não cabendo a condição de contribuinte para efeito do benefício da redução da base de cálculo. Infração mantida, reconhecida pelo impugnante. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE MERCADORIAS A CONTRIBUINTES INAPTO. OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTIUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada, reconhecida pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 17/06/2011, para exigir ICMS no valor de R\$26.118,68, conforme as seguintes irregularidades:

Infração 01 - falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 18.132,79. Multa de 70%;

Infração 02 - recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Contribuinte errou na determinação da base de cálculo para venda a não contribuintes do ICMS. Utilizou indevidamente a redução de 41,176% prevista no Decreto 7799 de 09 de maio de 2000. Tributando, assim, apenas 58,824% do valor das vendas a não contribuinte do imposto, estas saídas deveriam ser tributadas em 100%. ICMS no valor de R\$ 3.151,57. Multa de 60%;

Infração 03 - recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Contribuinte errou na determinação da base de cálculo para venda a contribuintes inaptos. Utilizou indevidamente a redução de 41,176% prevista no Decreto 7799 de

09 de maio de 2000. Tributando, assim, apenas 58,824% do valor das vendas a não contribuinte do imposto, estas saídas deveriam ser tributadas em 100%. ICMS no valor de R\$3.443,47. Multa de 60%; Infração 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. Contribuintes INAPTOs no cadastro no Estado. ICMS no valor de R\$ 1.390,85. Multa de 60%.

O autuado, às fls. 3113 a 3119 dos autos, alinha, quanto à infração 01, que distribui iogurtes em geral, o iogurte se mantém adequado ao consumo, quanto às características microbiológicas e de acidez, num prazo de validade médio de 30 dias.

Afirma que os produtos adquiridos pela empresa autuada são fabricados fora do Estado. Isso significa que seu prazo de validade cai significativamente em função do tempo de transporte entre o Estado de origem ao Centro de Distribuição do fabricante em Simões Filho, até chegar à sede da empresa autuada, em Conceição do Jacuípe. Como o fabricante não aceita a devolução de produtos vencidos e nem a empresa autuada pode revendê-los, esta emite nota fiscal com o CFOP 5.927 – lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração.

Argumenta que, conforme o § 5º do art. 356 do RICMS/BA, na hipótese de perda, extravio, desaparecimento, inutilização, sinistro ou quebra anormal de mercadorias recebidas com ICMS pago por antecipação, quando devidamente comprovadas tais ocorrências, sendo impossível a revenda das mercadorias, o contribuinte poderá utilizar como crédito fiscal o valor do imposto pago antecipadamente, vedado, contudo, o crédito relativo ao ICMS da operação normal, devendo a Nota Fiscal a ser emitida para esse fim e especificar, resumidamente, além dos demais elementos exigidos, as quantidades e espécies de mercadorias, seu valor e o imposto recuperado, e conter observação acerca do motivo determinante desse procedimento.

Consigna que a baixa é documentada através de Nota Fiscal emitida contra a própria empresa, no CFOP mencionado acima, sendo que os preços das mercadorias correspondem ao valor de aquisição das mesmas a fim de ser efetuado o estorno do crédito do ICMS apropriado quando das compras das mercadorias.

Salienta que, sobre as mercadorias recebidas na Substituição Tributária, não há o estorno do crédito, uma vez que não foi apropriado crédito fiscal sobre as compras das mesmas.

Assegura que na Infração 01 verifica-se que o Autuante desconsiderou grande parte das notas fiscais que se referiam à perda, roubo ou deterioração, apresentando, a seguir, planilha que demonstra a diferença real apurada, incluindo as notas que não foram consideradas pelo Auditor, a cópias das notas e respectivo demonstrativo por sabor, (anexo 02). Como fica claro no próprio corpo do relatório em anexo, a quantidade de mercadoria sem emissão de documento fiscal é muito inferior ao indicado pela Autuante na infração 01.

Cód.	Nome do Produto	Omissão de Saída	Quantidade mercadorias não quantificadas pelo Auditor	Diferença
1	Beb Lac pol Danone 600 g	10890	7498	3392
2	Beb lac Pol Danone mix 600 g	3660	2395	1265
3	Beb Lac pol Danone mor/ame 600 g	855	1549	-694
18	Beb Lac Dan Sal de Frutas 700 g	180	70	110
19	Beb Lac Dan Morango 700 g	45	57	-12
24	Beb Lac Dan Up Morango 1800 g	2748	2064	684
55	CPS Polpa Morango 90 g	1533	1513	20
58	CPS Vaf Mor/Ame 540 g	352	334	18
65	CPS Break Mora 170 g	1883	1985	-102
67	CPS Break Amei 170 g	17	158	-141
73	CPS Ped Morango 400 g	30	3	27
75	CPS Ped Ameixa 400 g	2	0	2

80	Corpus Morango 900 g	257	233	24
81	Corpus Ameixa 900 g	196	186	10
90	Danete Chocola 220 g	1584	1405	179
100	Dnn Moran Prec 90 g	45413	30451	14962
110	DNN Potao Moran 100 g	6753	4054	2699
120	DNN Morango 360 g	157	548	-391
121	DNN Multi Fruta 360 g	1467	1913	-446
160	Danito Confeito 130 g	1548	699	849
161	Danito Choco 130 g	66	302	-236
170	Requei Pocos 220g	737	633	104
171	Requei Pocos LGT220g	485	471	14

Afirma que a empresa Autuada forneceu ao auditor todos os documentos requeridos no termo de fiscalização dentre eles todas as notas fiscais, livros, DMAS e livro de inventário, documentos.

Requer neste item que a apuração seja feita utilizando as notas fiscais (doc. 03) e planilhas ora anexadas, o que levará ao valor correto da diferença e que seja este o valor correto a ser cobrado.

Quanto à infração 02, afirma que não há nada para se discutir referente a esta infração e demonstrando a boa-fé, a empresa autuada efetuou o pagamento devido, conforme comprovante DAE em anexo (Doc. 04).

Em relação à infração 03, aduz que a autuada acima citada recolheu o ICMS do período sem causar nenhum prejuízo ao Estado, dessa forma questiona-se o fato da empresa ser cobrada pelo imposto que é devido por seu cliente.

Argumenta que emite diariamente uma média de 400 notas fiscais e possui mais de 2.000 clientes. Se a empresa ficar obrigada a consultar o cadastro de seus clientes diariamente no site da Secretaria da Fazenda para verificar se a Inscrição Estadual dos seus clientes está ativa ou não, precisará de muitas horas o que impossibilitaria a operação da emissão das notas, uma vez que os pedidos são recebidos no turno da tarde e posteriormente, após a emissão das notas, os caminhões são carregados para sair na manhã do outro dia.

Esclarece que a verificação do cadastro de contribuintes não é uma atividade rápida. Ao contrário. Para tanto, a pessoa necessita conectar-se à internet, entrar no site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, clicar na opção Inspetoria Eletrônica, clicar novamente na opção Cadastro e entre inúmeras opções dadas, clicar em Resumo Cadastral. Após isso, aparecerá outra tela pedindo que a pessoa insira a inscrição Estadual ou o CNPJ do cliente que deseja consultar. Daí surgirá uma nova página que somente no final do seu texto, sem qualquer destaque dirá a situação cadastral vigente. Essa operação dura em média 3 minutos. Se a empresa tiver que fazer essa consulta diariamente, antes da emissão de suas 400 notas fiscais, perderá 1.200 minutos, ou seja, 20 horas todos os dias.

Cabe salientar que o procedimento de expedição de nota fiscal adotado pela empresa autuada é o sugerido pelo Estado e que, por si só, consome muito tempo: a empresa valida internamente a nota fiscal eletrônica no emissor do Sintegra, assina com o certificado digital e transmite para a Sefaz que a analisa e autoriza a emissão das notas.

Consigna que a Secretaria da Fazenda erra ao autorizar a emissão de notas fiscais a contribuintes inaptos no seu próprio cadastro. Verifica-se que nesse caso há a impossibilidade tanto pela empresa autuada como pela própria Sefaz de averiguar a cada emissão de nota, a situação do contribuinte, principalmente porque essa situação pode variar todos os dias.

Argumenta que a planilha anexada (Doc. 04) percebe-se que a variação na condição de ativo ou não no cadastro dos clientes da empresa perante o Sefaz, e por conseguinte, devido ao grande número de clientes da empresa a impossibilidade de verificação diária dos referidos cadastros. Existem casos nos quais o cliente varia de status dentro do mesmo mês.

Aargui que não há qualquer dispositivo legal na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional ou no RICMRS/BA que revele a obrigatoriedade de verificação diária do cadastro de contribuintes do Estado. Portanto a Autuada não pode ser responsável por um erro EXCLUSIVO de seus clientes. A Autuada pagou sua parte devida ao Estado pontualmente. Não há de se imputar os erros de outrem ao Autuado.

Requer que, quanto à in a infração nº 01, ser quantificada em valor bem inferior, uma vez que as baixas de estoque não foram consideradas, gerando assim uma diferença nas saídas das mercadorias. Reconhece a infração nº 2, já efetuou seu pagamento e portanto não há o que ser cobrado, requer por isso a sua extinção. As infrações nºs 3 e 4 não devem prosperar porque ferem o Princípio da Legalidade e pelos motivos acima expostos, por ser direito e justiça.

O autuante, às fls. 3220 a 3223, dos autos aduz que, acolhe os argumentos do autuado, quanto à infração 01, com as devidas correções, constantes do anexo (A), bem como, em relação à infração 02, destaca que não foi contestada pelo autuado, e a *Infração 03, está sendo cobrada a diferença do imposto, pois o autuado recolheu a menor o ICMS por ter utilizado indevidamente a redução da base de calculo prevista no Decreto 7799/00, somente as saídas internas para realizadas para estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) fazem jus ao benefício*:

Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto....

O Regulamento do ICMS no artigo 11 dispõe:

Art. 11. Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.

Parágrafo único. O pagamento do imposto, na hipótese deste artigo, será feito com os acréscimos moratórios cabíveis e, se for o caso, multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do prazo em que o tributo deveria ter sido pago caso a operação ou prestação não tivesse sido efetuada com o benefício fiscal, observadas, quanto ao termo inicial da incidência, as normas reguladoras da matéria.

Afirma que o fato da verificação do cadastro de contribuintes não ser uma atividade rápida e dificultar a rotina de emissão do documento fiscal não fere o Princípio da Legalidade. Conforme previsão legal as operações objeto da infração 03 não estão contempladas pela redução fiscal da base de cálculo do ICMS prevista no Decreto 7799/00. As vendas para INPTOS não satisfaz a condição exigida para fruição do benefício

Referente à Infração 04 o Regulamento do ICMS (Decreto 6284/97) no seu artigo 353, inciso I, dispõe que:

Art. 353. 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 à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

I - 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;

Ressalta que o autuante não elabora as leis fiscais e que o ato administrativo de lançamento é vinculado, obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional. Constatada a irregularidade, a autoridade fazendária proferiu a penalização por descumprimento da obrigação prevista em lei e constituiu do crédito tributário, conforme previsão legal.

Aduz que constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo. A responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Conclui que, após os ajustes devidos a Infração nº 01 fica reduzida ao valor de R\$4.956,24 (demonstrativos anexos). A Infração nº 02 não foi contestada. Mantém a Infração 03 e a infração 04 na sua íntegra.

Consta à fl. 3844 dos autos, ciência do autuado quanto à informação fiscal prestada.

Costa, à fl. 3846 dos autos, informação do Coordenador Administrativo de Cobrança, que foi efetuado o recolhimento da infração 01, após os ajustes realizados na informação fiscal, da infração 02 que não foi contestada pela defesa e das infrações 03 e 04 que foram mantidas na sua íntegra, também, na informação fiscal.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 04 infrações, relativas ao descumprimento de obrigação principal do ICMS, já devidamente relatadas.

Verifico que, em relação à infração 01, foram acolhidas pelo autuante, acertadamente, as alegações do impugnante de que, “*dos produtos adquiridos (iogurte) pela empresa são fabricados fora do Estado e estes são adequado ao consumo, quanto às características microbiológicas e de acidez, num prazo de validade médio de 30 dias. Devido ao tempo de transporte entre o Estado de origem ao Centro de Distribuição do fabricante em Simões Filho, até chegar à sede da empresa autuada, em Conceição do Jacuípe ocorre muitas perdas. Como o fabricante não aceita a devolução de produtos vencidos e nem a empresa autuada pode revendê-los, esta emite nota fiscal com o CFOP 5.927 – lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração.*”

Assim, acolhendo tais arguições, quanto as diferenças apontadas e destacadas na defesa, incluindo as notas fiscais com o CFOP 5.927 não inseridas na ocasião da auditoria de estoque, o autuado apresentou novo demonstrativo com as aludidas correções, conforme consta às fls. 3224 e 3225, que resultou no valor ajustado para R\$4.956,24.

Diante do exposto a infração 01 é parcialmente procedente, cabendo a exigência, para a única ocorrência, que é de 31/12/2009, relativa à omissão de saída de mercadorias, apurada mediante levantamento de estoque, no valor de R\$4.956,24. Destarte, em consonância com as informações contidas, à fl. 3846 dos autos, do Coordenador Administrativo de Cobrança, o autuado efetuou o recolhimento do imposto devido relativos aos valores ajustados desta infração.

A infração 02 é reconhecida pelo autuado, cabendo a sua manutenção, uma vez que foi exigida em atendimento ao devido processo legal.

Infração 02 mantida.

Quanto à Infração 03, está sendo cobrada a diferença do imposto, pois o autuado recolheu a menor o ICMS por ter utilizado indevidamente a redução da base de cálculo prevista no Decreto 7799/00, uma vez que tal benefício se aplica somente as saídas internas realizadas para estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS).

Realmente o fato da verificação do cadastro de contribuintes não ser uma atividade rápida e dificultar a rotina de emissão do documento fiscal não fere o Princípio da Legalidade, conforme alude o autuado. As vendas para inaptos não são contempladas para fruição do benefício da redução de base de cálculo.

De fato o autuado não traz aos autos argumentos que elidam a exigência fiscal, ficou demonstrado que o mesmo efetuou vendas para inaptos com a redução de base de cálculo prevista no aludido decreto. Tal fato foi reconhecido pelo autuado, quando, em consonância com as informações contidas, à fl. 3846 dos autos, do Coordenador Administrativo de Cobrança, efetuou o recolhimento do imposto devido relativo a esta infração.

Infração 03 mantida, com reconhecimento e recolhimento posterior dos valores pelo autuado.

No que alude a infração 04 o sujeito passivo, efetivamente, conforme artigo 353, inciso I, do RICMS/BA, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, quando 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.

O sujeito passivo ao efetuar as venda para contribuintes inaptos deveria atender ao aludido dispositivo regulamentar, o que não o fez, cabendo a manutenção da exigência, que, posteriormente foi reconhecido pelo autuado, quando, em consonância com as informações contidas, à fl. 3846 dos autos, do Coordenador Administrativo de Cobrança, efetuou o recolhimento do imposto devido relativo a esta infração.

Infração 04 é procedente, também, reconhecida pelo autuado.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o quanto recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281077.0003/11-6**, lavrado contra **PORTO BAHIA COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.942,13**, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.985,89 e de 70% sobre R\$4.956,24, previstas no art. 42, incisos II, “a”, “e”, III da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais, devendo ser homologado o quanto recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF 13 de fevereiro de 2012

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR