

A. I. N ° - 206957.1111/11-2
AUTUADO - ADINOR INDÚSTRIA E COMERCIO DE ADITIVOS LTDA
AUTUANTES - CARLOS CRISTPIM SILVA NUNES
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 14.06.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO

ACÓRDÃO JJF Nº 0113-02/12

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS INTERNAS A NÃO CONTRIBUINTE. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO E RECOLHIMENTO. Ficou demonstrada a existência de erro nos arquivos magnéticos. As vendas foram destinadas a contribuintes inscritos. Infração improcedente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. VENDAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. Ficou demonstrada a existência de erro nos arquivos magnéticos. As vendas foram destinadas a contribuintes inscritos e nas operações internas a microempresas e empresas de pequeno porte. Infração improcedente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27.12.2011, refere-se à exigência de R\$537.925,57, concernente ao descumprimento de obrigação principal do ICMS, conforme segue:

Infração 01- deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas por contribuinte localizado neste Estado. Multa de 60%;

Infração 02 – recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$320.230,11.

O autuado, às fls. 414 a 412 dos autos, apresenta a defesa aludindo que possui atividade industrial e, por ser indústria, por ocasião das vendas a contribuintes inscritos como Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Ambulantes aplicou a alíquota de 7% em substituição a alíquota de 17%, com base no artigo 51, I, “c” e § 1º, II, do RICMS-BA, senão vejamos:

“Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% nas operações com:

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas (alíneas "a" a "j" do inciso II do presente artigo);

§ 1º Para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea "c" do inciso I deste artigo:

II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%,

devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal”.

Alude que, após a autuação, em conversa com preposto da empresa, o autuante alegou que a autuação fundamentou-se nos arquivos SINTEGRA por ela transmitidos que não continham a inscrição estadual do destinatário das mercadorias e, portanto, caracterizavam-se como vendas efetuadas a contribuintes não inscritos, devendo ser feito o recolhimento do ICMS com destaque de 17% ao invés da alíquota de 7% e a respectiva substituição tributária.

Para subsidiar o julgamento, afirma que o autuante não teve acesso as notas fiscais de saídas do impugnante, embora tenham sido disponibilizadas ao mesmo, conforme requerido na intimação. No entanto, assegura que o mesmo recusou-se a recebê-las sob alegação de inviabilidade do seu manuseio em virtude da quantidade (milhares) de notas fiscais emitidas pela empresa no período a ser fiscalizado, fato este, que se o mesmo houvesse as recebido e manuseado-as teria constatado que os destinatários das notas fiscais, que foram autuadas por mera presunção, eram contribuintes inscritos e cadastrados como Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Ambulantes, assim, cabendo o destaque da alíquota de 7%, em vez de 17% e o ICMS estava devidamente destacado e recolhido aos cofres do Estado.

Insurge-se contra as alegações do autuante por não terem fundamentação legal, bem como serem inverídicas e por não possuir o mesmo qualquer prova material que viesse justificar a autuação.

Alude que o argumento para as duas supostas infrações à legislação tributária do estado da Bahia, no qual o autuante se fundamentou para a lavratura do auto, é absolutamente inconcebível e fora de propósito.

Entende que se tratando de qualquer divergência no arquivo SINTEGRA transmitido, o preposto fiscal deve fornecer ao contribuinte listagem diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas conforme art. 708-B, § 3º do RICMS-BA, o qual, de posse desta listagem, terá um prazo de 30 (trinta) dias para sua regularização, podendo ser prorrogado por igual período, conforme previsto no mesmo artigo 708-B, § 5 e § 5º-A do RICMS-BA.

Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.

§ 5º-A. O prazo previsto no § 5º poderá ser prorrogado por igual período pelo inspetor fazendário, mediante despacho fundamentado.

Afirma que se faz imprescindível a juntada dos recibos do SINTEGRA retificados referentes ao período fiscalizado, pois na validação dos arquivos transmitidos anteriormente o campo da inscrição estadual de diversas notas fiscais foram sem o número da inscrição estadual, o que levou ao auditor inferir uma suposta infração, dessa forma, atendendo ao que prevê o artigo 708-B.

Junta a presente impugnação CD contendo os arquivos SINTEGRA retificados e transmitidos, e cópia de algumas notas fiscais de vendas do período fiscalizado, que comprovam o correto recolhimento do ICMS aos cofres do Estado.

Por fim, observa que não foram anexadas todas as notas em virtude da quantidade ser elevada, de modo que causaria o inchamento do processo de maneira desnecessária, mas caso este ilustre

colegiado entenda ser necessária a juntada das citadas notas fiscais, a impugnante de pronto disponibilizará todas as notas fiscais do período fiscalizado.

Quanto à infração 01 afirma que a autuação não tem fundamento, visto que para ser obrigatória a substituição tributária na venda a contribuintes temos que observar dois pontos principais.

1º. A mercadoria vendida tem que estar no regime de substituição tributária e listada no artigo 353, II do RICMS-BA.;

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:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

Complementa que as mercadorias industrializadas e vendidas aos seus clientes não estão no regime de substituição tributária e, desta forma, na venda a contribuinte inscrito, não há o que se falar em substituição tributária e não estando as mercadorias listadas no inciso II do artigo acima, e sendo a mesma tributada, quando vendida à contribuinte não inscrito no cadastro estadual o impugnante faz a substituição tributária com base no art. 353, I do RICMS, e recolhe no prazo regulamentar.

“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”;

Conclui que a autuação nº 01 não tem fundamento legal e não deve prosperar, devendo ser julgada improcedente por este Conselho já que as vendas foram realizadas a contribuintes inscritos e, quando não inscritos, foi feita a substituição tributária.

Quanto à infração 02 afirma que não há erro na determinação da alíquota e, portanto, não houve recolhimento a menor de ICMS nas operações realizadas pelo impugnante. Esta infração decorreu da falta de análise detalhada do autuante que se baseou apenas nos arquivos SINTEGRA transmitidos pela impugnante sem averiguar nas vias dos documentos fiscais emitidos a fim de verificar que todos os destinatários tinham inscrição estadual e são optantes do SIMPLES NACIONAL como Microempresa, Empresa de Pequeno Porte ou Ambulante, como pode ser provado através das cópias de algumas notas fiscais que ora anexamos a presente impugnação, devendo, a nosso pedido e caso este egrégio conselho ache necessário, ser procedida revisão fiscal por Auditor estranho ao feito por ser, também, improcedente esta autuação.

Diante dos argumentos acima descritos, requer a improcedência do Auto de Infração em lide, por ser de inteira justiça.

O autuante, à fl. 644 e 655 dos autos, apresenta informação fiscal aduzindo que a empresa já foi submetida a revisão fiscal da Corregedoria, com a conclusão de que a empresa é regular em suas obrigações tributária.

Afirma que, quando do roteiro para verificação dos arquivos magnéticos, verificou que os mesmos demonstravam que impugnante estava efetuando vendas internas e interestaduais para contribuintes não inscritos usando alíquota própria para operações com contribuintes inscritos. Aduz que nas operações internas aplica a alíquota de 7%, própria para operações de vendas efetuadas por estabelecimentos industriais destinadas a contribuintes enquadrados como microempresa e empresa de pequeno porte, prevista no art. 51, I, c. Alude que nas operações

interessaduais aplica a alíquota de 12%, própria para operações de vendas a contribuintes do ICMS inscritos, prevista no art. 50, II. Consigna que se os arquivos demonstravam claramente registros de operações de vendas internas e interessaduais a contribuintes não inscritos a alíquota a ser aplicada teria que ser 17%, conforme preceitua o art. 50, I, a e o art. 50, I, b do RICMS/BA, sendo que nas operações internas ainda teria que reter o ICMS por substituição tributária.

Quanto ao mérito afirma que a alegação da impugnante de que não fora previamente intimada a verificar a irregularidade constatada através da análise dos dados do SINTEGRA, para posteriormente, em se verificando o erro, proceder à devida correção, operacionalmente não havia mais tempo para tal, pois já próximo ao encerramento do trimestre e teria que encerrar os trabalhos de fiscalização.

Assegura que em verificação atual dos arquivos magnéticos, observa-se a correção das inconsistências que induziam as conclusões que consubstanciaram a lavratura do presente auto de infração.

Alude que o autuado junta à peça impugnatória esta vasta documentação, conforme, às fls. 43 a 224 do PAF, que respalda as alegações da impugnante, demonstrando que as operações de vendas internas e interessaduais, objetos da autuação, foram realmente efetuadas para contribuintes inscritos, tendo sido usadas corretamente as alíquotas de 7% e 12%.

Pede, por fim, que, com base nos argumentos pertinentes apresentados pela impugnante, corroborados pela vasta documentação comprobatória das alegações aprestadas, é razoável opinar em concordância com o pedido de improcedência.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência de 02 infrações, já relatadas e ora resumidamente reproduzidas: Infração 01- deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas por contribuinte localizado neste Estado. Infração 02 – recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O autuante, com base nos arquivos magnéticos, verificou que o sujeito passivo efetuava vendas internas e interessaduais para contribuintes não inscritos aplicando nas operações internas a alíquota de 7%, concernente às operações realizadas por estabelecimentos industriais destinadas a contribuintes enquadrados como microempresa e empresa de pequeno porte, prevista no art. 51, I, “c” do RICMS/BA, bem como nas operações interessaduais aplicava a alíquota de 12%, própria para operações de vendas a contribuintes do ICMS inscritos, prevista no art. 50, II.

Foi exigida, na infração 01, a substituição tributária em razão das vendas internas a contribuintes não inscritos e na infração 02 exigiu a diferença entre as alíquotas aplicadas de 7% e 12% e a que o autuante entendeu ser devida de 17%, conforme preceitua o art. 50, I, a e o art. 50, I, b do RICMS/BA.

O sujeito passivo apresenta os arquivos magnéticos corrigidos demonstrando que a autuação resultou de uma inconsistência nos aludidos arquivos, confirmada pelo próprio autuante, afirmando textualmente o autuante que: “... o autuado junta à peça impugnatória esta vasta documentação, conforme, às fls. 43 a 224 do PAF, que respalda as alegações da impugnante, demonstrando que as operações de vendas internas e interessaduais, objetos da autuação, foram realmente efetuadas para contribuintes inscritos, tendo sido usadas corretamente as alíquotas de 7% e 12%.”

Concluindo sua informação fiscal que, com base nos argumentos pertinentes apresentados pela impugnante, corroborados pela vasta documentação comprobatória das alegações aprestadas, é razoável opinar em concordância com o pedido de improcedência.”

Assim, verificado que a autuação se amparou efetivamente em uma inconsistência do arquivo magnético que indicava vendas internas e interessaduais a não contribuintes com alíquotas

respectivamente de 7% e 12 %, bem como ficou demonstrado, com a confirmação do próprio autuante, que o sujeito passivo é um estabelecimento industrial e os seus adquirentes são estabelecimentos inscritos como contribuintes do ICMS, e os contribuintes internos são Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. A alíquota de 7% é própria para operações de vendas efetuadas por estabelecimentos industriais destinadas a contribuintes enquadrados como microempresa e empresa de pequeno porte, prevista no art. 51, I, “c” do RICMS/BA. Quanto às operações interestaduais aplicava a alíquota de 12%, própria para operações de vendas a contribuintes do ICMS inscritos, prevista no art. 50, II do RICMS/BA.

A exigência do imposto devido por substituição tributária, no presente caso, foi em razão das vendas internas terem sido destinadas a não contribuintes, restando a sua improcedência, na medida em que, simplesmente, ficou demonstrado que os mesmos são contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do Estado, devendo-se a lavratura do auto de infração a inconsistência dos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado.

Diante do exposto, voto pela improcedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206957.1111/11-2, lavrado contra **ADINOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ADITIVOS LTDA.**

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO –RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR