

A. I. N° - 298942.1202/11-4
AUTUADO - PRORIBEIRO ADMINISTRAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DE COMÉRCIO LTDA
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET 11.05.2012

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0134-05/12

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DECRETO N° 7.799/00. O tratamento fiscal previsto no Decreto n° 7.799/00, aplica-se unicamente às saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual. Infração mantida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Vedada a utilização de crédito fiscal destas mercadorias. Infração não elidida. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2011, exige ICMS no valor de R\$ 95.136,65, em razão das seguintes irregularidades:

- 1) Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo. Vendeu mercadorias para não contribuintes com benefício da redução da base de cálculo (Atacadistas). ICMS no valor de R\$ 6.067,67 e multa de 60%.
- 2) Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da aliquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 6.874,15 e multa de 60%
- 3) Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição. ICMS no valor de R\$ 82.194,83 e multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação de fls. 977 a 997, e após discorrer sobre as infrações argui a ilegalidade da exigência de imposto por meio de Decreto, a violação ao princípio da legalidade, o que fulmina de nulidade a autuação. Assim, por não haver indicação da lei, o lançamento é inválido e caberia ao autuante apontar a lei, em sentido estrito que instituiu o ICMS cobrado no Auto de Infração.

Também, encontra-se inquinado de nulidade o lançamento, argumenta o defensor, pois há dissociação entre a descrição do fato e do dispositivo legal infringido, com ausência de indicação de dispositivos legais, o que implica em cerceamento de defesa. Não houve a indicação precisa dos artigos infringidos na infração 1, apenas citados os artigos 75 a 87 entre parenteses.

Argumenta que, na planilha de fls. 1 a 73, relativa à infração 1, consta a observação de vários CNPJs isentos, e questiona qual a prova de que estariam isentos de inscrição estadual, e qual o dispositivo legal que impõe tal ônus ao autuado, prova que caberia ao fisco, haja vista que possui centenas de clientes.

Diz que a ausência de notas fiscais, contendo a relação das mercadorias, implica em cerceamento de defesa, o que gera nulidade do auto de infração. Sabe-se que os Estados, nas esferas de suas competências, costumeiramente, concedem redução da base de cálculo do ICMS, sobre várias mercadorias, que as alíquotas diferem com relação a alguns produtos, que sobre algumas mercadorias não incide o ICMS/ST, etc. Assim, era imprescindível que constasse do auto de infração a cópia das notas fiscais, contendo a relação das mercadorias para as devidas

constatações e conferências por parte do autuado. Traz a lição de doutrinadores para corroborar com sua tese.

Quanto à infração 2, aponta que o autuante não observou que parte das mercadorias vendidas já haviam sido tributadas por substituição tributária, por ocasião das entradas no estabelecimento comercial, fatos comprovados por meio do CFOP. O CFOP 5403 é utilizado por ocasião da venda de mercadoria adquirida ou recebida em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto, conforme definido pelo Convênio que instituiu o SINIEF. Destaca, ainda, que o autuado errou na descrição do CFOP de mercadorias que sofreram a tributação, por ocasião das entradas em seu estabelecimento comercial, como é o caso de bombons e chocolates. Deveria ter sido lançado o CFOP 5403, e não o CFOP 5405, como fez o autuado, tendo em vista se tratar de mercadorias da substituição tributária, e a teor do art. 353, II, do RICMS/BA, o contribuinte, situado no Estado da Bahia, não mais precisa fazer a retenção do ICMS.

Desta feita, considerando que as mercadorias bombons, chocolates, massas, macarrão instantâneo, relacionadas na planilha de fls. 01 a 89, foram tributadas pelo regime de substituição tributária, por ocasião das entradas no estabelecimento comercial da autuada, resta vicioso o lançamento fiscal, e deve ser refeito para excluir os valores cobrados, relativamente a tais mercadorias.

Com relação à infração 3, ocorre que as operações registradas pelo autuante, demonstradas na planilha de cálculos de fls. 01/801 do AI, referem-se às transferências de mercadorias da matriz, situada no Estado do Espírito Santo, para a filial/autuada, situação que não incide o ICMS/ST, a teor do disposto na cláusula quinta do Convênio Nacional do ICMS 81/93. Assim ocorrendo, tributou o ICMS pelo sistema normal de crédito e débito, nos termos da LC 87/98. Neste caso, deve a infração ser julgada improcedente.

Pede que possa usufruir do benefício da redução da multa da ordem de 100%, mesmo discutindo a autuação, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade, tendo em vista que a impugnação é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

Requer a improcedência do auto de infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 1011 a 1012, e quanto ao argumento de ausência de notas fiscais contendo a relação de mercadorias, conforme consta nas planilhas, a fiscalização foi realizada através dos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte e descrevem o número da nota fiscal, e/ou item da nota fiscal que o produto está inserido. Os documentos fiscais estão de posse do contribuinte, além do arquivo magnético, que ele próprio forneceu.

Os produtos bombons, balas, chocolates, e diversos, macarrão instantâneo não estavam elencados como produtos da substituição tributária, de acordo com a legislação vigente na época dos fatos geradores.

Na infração 03, diz que o Convênio ICMS 81/93, apenas menciona quem é o responsável pela substituição tributária, portanto, totalmente indevido o aproveitamento do crédito fiscal.

Salienta que não existe previsão legal para a redução da multa de 100%.

Aduz que a defesa é meramente protelatória, e que o contribuinte não traz qualquer comprovação que possa elidir as acusações. Opina pela procedência do AI.

VOTO

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade invocadas pelo defendant, em razão de:

Reza o RPAF/99, art. 19, que a indicação de dispositivos do RICMS equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Assim, como todos os dispositivos normativos mencionados no Auto de Infração encontram seu correspondente na Lei nº 7.014/96, não há qualquer violação ao princípio da legalidade que enseje a nulidade da autuação.

Também não há cerceamento de defesa, quando pela descrição fática o contribuinte comprehende claramente a infração que lhe está sendo imputada, e pode exercer a sua defesa de forma ampla, como o fez na presente autuação.

Quanto ao argumento de ausência de notas fiscais contendo a relação das mercadorias, os demonstrativos apensados aos autos, dos quais o contribuinte recebeu cópia, discrimina as notas fiscais, que inclusive estão de posse da empresa, e desta forma, possui toda a possibilidade de realizar as conferências que entender cabíveis, quanto às mercadorias, alíquotas, base de cálculo e outros dados. Portanto, não houve qualquer prejuízo para o sujeito passivo, desde quando ele tem a posse das notas fiscais e os levantamentos elaborados pelo fisco possuem a identificação das mesmas.

No mérito, na infração 1 está sendo exigido ICMS em razão do recolhimento a menor de ICMS, por ter o sujeito passivo utilizado, indevidamente, do benefício da redução de base de cálculo, quando vendeu mercadorias para não contribuintes, contrariando desta forma o Decreto de Atacadistas, (Decreto nº 7.799/2000).

Reza o art. 1º do citado Decreto que nas operações de saídas internas de estabelecimento inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra o 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 centos), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto os seguintes percentuais de faturamento que especifica.

Deste modo, a condição para a contemplação do benefício de redução da base de cálculo, é que as mercadorias sejam destinadas a contribuintes inscritos no cadastro do ICMS no Estado da Bahia.

A infração encontra-se detalhada na planilha de fls. 09 a 73, e pode-se constatar a existência de de várias operações de saídas de mercadorias, para destinatários isentos de inscrição estadual, fato que deveria ter sido levado em consideração pelo sujeito passivo ao realizar as operações de comercialização, não concedendo a redução de base de cálculo, posto que na qualidade de vendedor, tem o ônus de solicitar a apresentação da inscrição cadastral do comprador, mormente quando o Termo de Acordo celebrado com o Estado da Bahia, não ampara as vendas para não contribuintes.

Deste modo, fica mantida a infração.

Quanto à infração 2, em que está sendo exigido ICMS recolhido a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, não procede às razões de defesa, quando argui que foram incluídas no levantamento fiscal, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, que devem ser retiradas da infração, tais como macarrão, bombons, balas, chocolates, pelas seguintes razões:

1 - Quanto ao item relativo a bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e drops , NCM 1704.90.10, 1704.90.20 e 1806.90.00; o item 8.3 do inciso II do art. 353 do RICMS/97, foi revogado, e esteve em vigor até 01/01/2009., por força do Decreto nº 11.289. Consta no levantamento de fls. 82 a 170, bombom chocolate granulado, bombom bala 7 Belo, e bombom bala Butter Toffes, contudo o levantamento comprehende o período de 01/01/2010 a 31/12/2010, quando estas mercadorias já não estavam na substituição tributária.

2. Não foram incluídos chocolates na exigência fiscal.

3. O item macarrão instântaneo NCM/SN 1902.30.00, entrou no regime de substituição tributária, a partir de 1º de junho de 2010, por meio do Protocolo ICMS 80/2010; e após este período não consta no levantamento qualquer tipo de macarrão instântaneo.

Desta forma, as alegações do defendante não podem ser acolhidas e fica mantida a infração na íntegra.

Na infração 3, a acusação versa sobre a utilização indevida de crédito fiscal, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

A vedação ao crédito fiscal consta expressamente no art. 97, inciso IV, “b”, combinado com o art. 356 do RICMS/97

A planilha que inicia na fl. 171, e que totaliza 801 folhas, traz a discriminação de todas as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Os argumentos trazidos pelo autuado, tais como de que ocorreram transferências de mercadorias da matriz para a filial autuada, não têm relevância para o deslinde da questão, haja vista que o crédito fiscal de mercadorias enquadradas no regime de substuição tributária não é permitido, salvo hipóteses, por exceção, previstas no RICMS, mas que não se aplicam na presente lide.

Portanto, procedente a infração em sua totalidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298942.1202/11-4 lavrado contra **PRORIBEIRO ADMINISTRAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DE COMÉRCIO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 95.136,65**, acrescido das multas de 60% previstas no art. 42, incisos II, alínea “a”, VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR