

A. I. N° - 269283.0104/11-0  
AUTUADO - ATACADÃO FENIX LTDA.  
AUTUANTE - DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO  
ORIGEM - INFRAZ ATACADO  
INTERNET - 08/10/2012

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF N° 0222-03/12

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Ajustes realizados pelo autuante reduzem o débito. Infração parcialmente caracterizada. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. BENEFÍCIOS DO DECRETO 7799/00. VENDA A CONTRIBUINTES INAPTO. a) RECOLHIMENTO A MENOS. b) FALTA DE RECOLHIMENTO. Correções realizadas quando da informação fiscal. Infrações parcialmente subsistentes. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração parcialmente caracterizada. 4. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO EM 100%. Infração subsistente em parte. Afastada preliminar de nulidade argüida na defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 27/06/2011, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$234.493,37, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

1 – recolheu a menos ICMS que deveria ser pago pela antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, de fevereiro a agosto, outubro e dezembro de 2007, de janeiro a dezembro de 2008, no valor de R\$93.476,60, acrescido da multa de 60%;

2 – recolheu a menos ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799, nas vendas realizadas a contribuintes inaptos no cadastro de ICMS/BA, de fevereiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, no valor de R\$ 63.263,87, acrescido da multa de 60%.

3 – falta de recolhimento ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799, nas vendas realizadas a não contribuintes ou a contribuintes inscritos na condição de Especial no cadastro de ICMS/BA, nos meses de fevereiro a maio, julho a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, no valor de R\$23.879,66, acrescido da multa de 60%.

4 – deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para

contribuintes localizados neste Estado, no período de fevereiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, no valor de R\$27.487,33 acrescido da multa de 60%.

5 – deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução no período de fevereiro, março, outubro e dezembro de 2007, fevereiro, abril e junho de 2008, no valor de R\$ 26.385,91, acrescido da multa de 60%.

O sujeito passivo ingressou com impugnação através de advogado, às fls. 99 a 107, dizendo que o lançamento de ofício exige ICMS sob a argumentação de cometimento de cinco infrações para fatos geradores nos exercícios fiscais de 2007 e 2008. Afirma que fará contestação de forma sistemática, atacando os vícios nos demonstrativos de débitos apresentados pelo auditor fiscal.

Sobre a **infração 01**, recolhimento a menos de ICMS por antecipação parcial, diz ter apurado os seguintes vícios:

- a) duplicidade de lançamento para as notas fiscais de números 263305, 266267, 269488 e 620802, no exercício fiscal de 2007, e de número 308866, no exercício fiscal de 2008;
- b) exigência de ICMS sobre item liquidificador Mallory recebido de brinde e destinado a uso ou consumo do estabelecimento, no exercício fiscal de 2007;
- c) exigência de ICMS sobre os produtos margarina e charque, cuja carga tributária interna é de 7% (sete por cento), conforme art. 87 do RICMS-BA;
- d) deixou de considerar o abatimento referente a devolução de mercadorias referentes às notas fiscais que relaciona, nos exercícios de 2007 e 2008;

Dessa forma, afirma que os demonstrativos contêm vícios que tornam o lançamento inválido por não se conhecer com segurança, o valor do quanto devido.

No tocante à **infração 02**, recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização de benefício fiscal em vendas a contribuintes inaptos no CAD-ICMS, afirma que apesar da indicação das operações que serviram de base para o levantamento, não foi possível à autuada confirmar se de fato as inscrições estaduais indicadas se encontravam em situação irregular no CAD-ICMS. Aduz que procurou em diversos editais de cancelamento publicados à época das operações, porém não logrou êxito na confirmação das informações do auditor fiscal. Requer cópias dos documentos que demonstrem a situação irregular, para a respectiva inaptidão de cada inscrição estadual.

Diz ainda, que em relação ao levantamento, observa erros na apuração do valor do ICMS devido nas operações com óleo refinado de soja e com óleo refinado de algodão, por falta de aplicação da redução de base de cálculo prevista no art. 87 do RICMS/BA, nos exercícios fiscais de 2007 e 2008.

Assevera que o lançamento tributário faz a exigência de ICMS sobre operações de saída sobre a rubrica de bonificação. Reproduz o conceito de bonificação.

Argumenta que na base de cálculo do ICMS não se inclui os "descontos concedidos incondicionais", portanto, não incidiria o ICMS sobre operações de bonificação. Reproduz jurisprudência sobre a matéria. Invoca a nulidade dessa infração.

Sobre a infração 03, recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização de benefício fiscal em vendas a contribuintes na condição de especial no CAD-ICMS, diz que como na infração 02, não teve como constatar se de fato as operações foram destinadas a contribuintes inscritos na condição de especial no CAD-ICMS. Argui que não foi observada a aplicação da redução de base de cálculo prevista no art. 87 do RICMS/BA, e que consta do levantamento fiscal operação de devolução de mercadoria e com bonificação, que devem ser excluídas dos levantamentos para a infração 03.

No que tange à infração 04, falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações destinadas a contribuintes na condição de inaptos no CAD-ICMS, aduz que como nas infrações anteriores, os autos não teriam a prova da acusação. Solicita cópias dos documentos que demonstrem a situação irregular de cada inscrição estadual. Repete as razões aduzidas nas infrações anteriores nas operações com óleo refinado de soja.

Sobre a infração 05, falta de estorno de crédito fiscal de ICMS na forma definida no Decreto nº 7.799/2000, aduz que da análise dos levantamentos apura que o autuante teria deixado de considerar:

- a) para o mês de junho de 2008, o estorno lançado no livro Registro de Apuração do ICMS no valor de R\$15.036,47, conforme documento que anexa;
- b) as devoluções de mercadorias ocorridas para os respectivos meses, ocasionando a manutenção do crédito pelas entradas para compensação com os débitos pelas operações de devoluções nas saídas, conforme as operações que relaciona.

Finaliza requerendo seja observado o disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/99, e determinada a retificação dos demonstrativos apresentados e não sendo possível retificar requer a nulidade das infrações por não ser possível conhecer com segurança o valor do quanto devido.

O autuante produz a informação fiscal, fls. 152/157, afirmando que discorrerá sobre cada questionamento da manifestação da Autuada, acostada ao PAF.

Sobre a **infração 01**, diz que:

- a) a Autuada alega que houve lançamento em duplicidade das NFs 263305, 266267, 269488 e 620802 no exercício fiscal de 2007 e da NF 308866 no exercício fiscal de 2008. Alegação procedente. Correção efetuada.
- b) exigência de ICMS, no exercício de 2007, sobre um item recebido como brinde (Liquidificador) destinado a uso/consumo, conforme CFOP presente no levantamento. Alegação procedente e correção efetuada.
- c) exigência de ICMS sobre os produtos “margarina” e “charque”, que gozam de redução de base de cálculo a fim de que a carga tributária interna fique em 7%. Alegação procedente e correção efetuada.
- d) falta de abatimento referente a devoluções de mercadorias. Alegação procedente e abatimento concedido.

Informa que elabora novo demonstrativo para a infração 01, e que com as correções efetuadas, este item remanesce em **R\$ 9.714,59**, fl. 153.

No tocante à **infração 02**:

- a) a autuada requer os editais de inaptidão para cada inscrição no momento das operações de venda objetos da autuação. O autuante diz anexar as cópias com os números dos editais à informação fiscal;
- b) reclama da falta de redução da base de cálculo nos itens “óleo de soja” e “óleo de algodão”, conforme art. 87 do RICMS/BA. Alegação procedente e correção efetuada.
- c) inclusão no levantamento de mercadorias em bonificação. Alegação procedente e correção efetuada.

Informa que o novo demonstrativo para a infração 02, com as correções efetuadas, totaliza em **R\$23.511,24**, fls 153/154.

Relativamente à **infração 03**:

a) a autuada requer a comprovação de que os destinatários das operações cobradas neste PAF de fato eram inscritos na condição especial. O fiscal aduz ser importante observar que está sendo cobrado o imposto em virtude de utilização indevida dos benefícios do Decreto 7.799/00 em vendas para não contribuintes ou contribuintes inscritos na condição especial. Diz que no levantamento fiscal há apenas um contribuinte inscrito nesta condição, os demais não possuem inscrição. O único inscrito como especial teve cópia de seus dados cadastrais anexada no Auto, à fl. 34, tratando-se da Associação Nacional de Instrução, mais conhecido como Colégio Antônio Vieira;

b) assim como na Infração 02, autuado reclama da falta de redução da base de cálculo nos itens “óleo de soja” e “óleo de algodão”, conforme art. 87 do RICMS/BA. Alegação procedente e correção efetuada.

c) inclusão no levantamento de operação de devolução de mercadoria. Alegação procedente e operação excluída.

d) inclusão no levantamento de mercadorias em bonificação. Alegação procedente e correção efetuada.

O novo demonstrativo para a infração 03, com as correções efetuadas, remanesce em **R\$18.218,91**.

No tocante à **infração 04:**

a) similar à infração 02, a autuada requer os editais de inaptidão para cada inscrição que se encontrava inapta no momento das operações de venda objetos da autuação. Diz anexar as cópias com os números dos editais à informação fiscal.

b) assim como nos itens anteriores, reclama da falta de redução da base de cálculo nos itens “óleo de soja” e “óleo de algodão”, conforme art. 87 do RICMS/BA. Alegação procedente e correção efetuada.

c) inclusão no levantamento de mercadorias em bonificação. Alegação procedente e correção efetuada.

Informa que o novo demonstrativo para a infração 04, com as correções efetuadas, fica em **R\$ 10.467,67**, fl. 156;

Sobre a **infração 05:**

a) a autuada alega que não foi considerado o estorno registrado no livro de Apuração do ICMS, conforme cópia anexada, no mês de Junho/2008, no valor de R\$ 15.036,47. O auditor fiscal esclarece que o valor não havia sido considerado, pois como está fartamente comprovado no PAF, o contribuinte não apresentou os livros e documentos fiscais durante a fiscalização. Alegação procedente e correção efetuada.

b) não foram consideradas as devoluções ocorridas nos períodos. Alegação procedente e correção efetuada.

Registra que com as correções realizadas o novo demonstrativo para a infração 05, apresenta valor remanescente de **R\$ 11.271,14**, fl. 157.

Finaliza opinando pela procedência parcial da autuação fiscal, com as retificações expostas na informação fiscal.

Em nova manifestação, fls. 163/165, o procurador do sujeito passivo diz que o auditor fiscal concordou com todos os argumentos manifestados em suas contra razões iniciais. Entretanto, foi informado de um erro apresentado pelo sistema da empresa na indicação da inscrição estadual em alguns lançamentos nos registros fiscais do tipo 50, que indicou a palavra “isento” ao invés do número de inscrição estadual em alguns documentos fiscais relacionados com aqueles registros. Observou também, que a indicação dos números de CNPJ ou do CPF, está correta nos

registros fiscais tipo 50. Afirma que revisando as notas fiscais indicadas para a infração 03 relaciona aquelas que apresentam CNPJ e inscrição estadual e que por isso devem ser excluídas do levantamento deste item.

Requer seja observado o disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/99 e seja determinada a revisão dos demonstrativos apresentados para a infração 03.

O autuante em nova informação fiscal, fl. 172, diz que se pode observar que todas as notas relacionadas nas folhas 163 a 165 pelo procurador da Autuada não constam do lançamento fiscal, o que pode ser verificado nas fls. 154 e 155 do auto de infração. Assim, mantém o demonstrativo da infração 03, ajustado na informação fiscal inicial, conforme fls. 154/155. Requer a procedência parcial do auto de infração.

Em pauta suplementar, a 3ª JJF converteu o processo em diligência, fl.175, a fim de que o autuante procedesse a verificação de todas as notas fiscais que apresentam CNPJ e inscrição estadual, fazendo o cotejamento entre as notas fiscais relacionadas pelo contribuinte, fls. 163 a 165, com aquelas consignadas no levantamento fiscal que dão suporte a infração 03 relativo a não contribuintes. Existindo documentos referentes a empresas regulares com inscrição estadual e CNPJ, deveriam ser excluídas desta infração.

O autuante cumpriu a diligência, fls. 210/211. Afirma que constatou ser procedente em parte a alegação do autuado. Todavia diz que não procede com relação às notas fiscais que possuem como destinatário a Associação Nacional de Instrução, mais conhecida como Colégio Antônio Vieira, inscrito à época na condição de especial e hoje baixado de ofício. Esclarece que, uma vez que o destinatário era inscrito na condição de especial, não poderia o contribuinte ter se utilizado da redução de base de cálculo prevista no Decreto 7799/00.

Refaz o demonstrativo de débito no tocante à **infração 03**, que remanesce em **R\$10.594,50**, conforme fl. 211.

O contribuinte tomou ciência da diligência fiscal, fl. 213, e manteve-se silente.

## VOTO

Quanto à preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, observo que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi realizada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os demonstrativos e documentos acostados aos autos.

Assim, constato que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o autuante impugna parcialmente todas as infrações, portanto faço a seguir a análise das mesmas.

A infração 1 trata de recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições interestaduais de mercadorias adquiridas para fins de comercialização conforme previsto no art. 12-A da lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo aponta irregularidades no levantamento como: duplicidade de lançamento de notas fiscais, inclusão de notas fiscais referentes a mercadorias recebidas como brinde e em devolução, além da inclusão de mercadorias cuja carga tributária interna é de 7%.

O autuante em informação fiscal declara ter cometido os equívocos apontados e refaz o demonstrativo reduzindo o valor do débito. Acato o novo demonstrativo elaborado pelo autuante e este item remanesce em R\$9.714,59, fl.153.

No tocante às infrações 2 e 3, recolheu a menos e falta de recolhimento de ICMS, respectivamente, em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/2000, nas vendas realizadas a contribuintes inaptos, a não contribuintes e a contribuintes inscritos na condição de Especial no cadastro de ICMS/BA. O autuado em fase defensiva aponta incorreções no demonstrativo fiscal e requer cópias dos documentos que demonstrem a situação irregular de seus clientes relacionados nestas infrações, com indicação dos editais para a respectiva inaptidão de cada inscrição estadual dos mencionados contribuintes.

O auditor fiscal atende à solicitação do impugnante juntando aos autos as cópias de editais de cancelamento, fls.115/151. Aduz ser importante observar que estas infrações ocorreram em virtude de utilização indevida dos benefícios do Decreto 7.799/00 em vendas para não contribuintes ou contribuintes inscritos na condição especial. Diz que no levantamento fiscal há apenas um contribuinte inscrito na condição especial, os demais não possuem inscrição. O único inscrito nesta condição teve cópia de seus dados cadastrais anexada aos Autos, à fl. 34, tratando-se da Associação Nacional de Instrução, mais conhecido como Colégio Antônio Vieira.

No que diz respeito à infração 3, ao tomar ciência da informação fiscal o contribuinte voltou a se manifestar, fls. 163/165. Diz que o auditor concordou com todos os argumentos manifestados em suas contra razões iniciais, no entanto, constatou um erro apresentado pelo sistema da empresa na indicação da inscrição estadual em alguns lançamentos fiscais nos registros do tipo 50, que indicou a palavra “isento” ao invés do número de inscrição estadual em alguns documentos fiscais relacionados com aqueles registros. Observa também, que a indicação dos números de CNPJ ou do CPF está correta nos registros fiscais tipo 50. Afirma que revisando as notas fiscais indicadas para a infração 03 relaciona aquelas que apresentam CNPJ e inscrição estadual e que por isso deveriam ser excluídas da infração.

O autuante em nova informação fiscal, fl. 172, diz ter observado que todas as notas relacionadas nas folhas 163 a 165 pelo procurador da Autuada não constam do auto de infração e manteve os termos da informação fiscal inicial.

Em fase instrutória foi constatado que existiam notas fiscais relacionadas neste item conforme apontadas pela defesa. Em pauta suplementar, a 3<sup>a</sup> JJF converteu o processo em diligência, fl.175, a fim de que o autuante procedesse a verificação de todas as notas fiscais que apresentassem CNPJ e inscrição estadual, fazendo o cotejamento entre as notas fiscais relacionadas pelo contribuinte, fls. 163 a 165, com aquelas consignadas no levantamento fiscal que dão suporte a infração 03, relativamente a não contribuintes com a finalidade de excluí-las.

O autuante cumpriu a diligência, fls. 210/211 e refez o demonstrativo de débito. O contribuinte tomou ciência da diligência fiscal, fl. 213, e manteve-se silente.

Analizando o demonstrativo elaborado pelo autuante quando da informação fiscal, observo equívoco relativamente à erro de soma na totalização da infração 02, quando o autuante registra R\$23.511,24 mas o valor correto é R\$ 61.488,78. Dessa forma, as infrações 2 e 3 remanescem em **R\$61.488,78 e R\$10.594,50**, respectivamente, conforme fls. 153/154 e 211.

Sobre a infração 4, o autuado deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Como na infração anterior, o contribuinte requer os editais de inaptidão para cada inscrição considerada irregular no momento das operações de venda objetos da autuação e aponta equívocos no que se refere a inclusão no levantamento de mercadorias que foram recebidas em bonificações e devoluções.

Constatou também a ocorrência de erro de soma no demonstrativo para esta infração, pois o autuante realiza os ajustes requeridos pela defesa à luz das provas trazidas aos autos, totalizando R\$ 10.467,67, quando o correto é R\$ 26.578,26. Concluo, portanto, que esta infração remanesce em **R\$26.578,26**, conforme fls 155/156.

Relativamente à infração 5, o sujeito passivo deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

A autuada alega e o autuante acata a alegação de que não foi considerado o estorno registrado no livro de Apuração do ICMS, conforme cópia anexada, no mês de Junho/2008, no valor de R\$15.036,47. Após as correções efetivadas restou um débito neste item no valor de R\$11.271,14, fls. 156/157.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração nº 269283.0104/11-0, lavrado contra **ATACADÃO FÊNIX LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$119.647,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “d”, “a”, “e” e inciso VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta 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 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

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

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR