

A. I. N° - 2321195.0656/12-0
AUTUADO - O ARMAZÉM COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 12.12.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0285-02/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas aquisições de mercadorias para comercialização, não enquadradas na substituição tributária. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A lei atribui ao adquirente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 03/08/2012, para constituir o crédito tributário no valor de R\$1.034.334,88, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 07.21.04 - Efetuiu o recolhimento do ICMS a menos por em razão da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, com ICMS devido no valor de R\$12.763,43.

INFRAÇÃO 02 – 07.01.04 - Efetuiu o recolhimento do ICMS a menos por antecipação, em caso de erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexo 69, com ICMS devido no valor de R\$1.021.571,45.

O autuado às folhas 471 a 477, impugnou o lançamento tributário, mediante advogado habilitado nos autos, inicialmente esclarecendo que no mesmo período de fiscalização ocorreu a operação policial batizada de “BACO”, onde a SEFAZ imputou a existência de quadrilha que comprava produtos fora do estado em nome de empresas fictícias e sem recolhimento de impostos, época na qual o autuado teve apreendidas notas fiscais em razão de seu ramo de atividade (comércio de bebidas) coincidir com as das empresas fiscalizadas. Argumenta que como se pode depreender das próprias matérias veiculadas à época, fls. 486 a 488 dos autos, bem como das imputações feitas pela fiscalização no auto de infração, o Impugnante não foi classificado como integrante de qualquer grupo criminoso, bem como de ter participado de qualquer ato ou conluio no intuito de sonegar impostos, pois o autuado sempre teve como norte o seu funcionamento na mais inteira legalidade.

Em relação a infração 01, aduz que o autuante deixou de levar em consideração os valores de impostos destacados nas notas fiscais, o que pretende esclarecer a seguir.

Frisa que ao observar o artigo citado no próprio Auto de Infração, o autuante deixou de considerar na composição dos valores autuados o ICMS pago nas saídas dos Estados de origem, valendo transcrição do art. 352 –A: ‘Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, **deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.**’ Grifou.

Argumenta que, como bem descrito em artigo devidamente citado pela própria fiscalização Estadual, a antecipação parcial do ICMS será cobrada, sempre, deduzindo o valor do imposto destacado no documento fiscal, existindo inclusive no *site* da Sefaz Bahia orientação na forma em que a Antecipação Parcial deve ser calculada, valendo transcrição do item referente à compras feitas em estados do Sul, Sudeste exceto Espírito Santo:

*‘15. Como pode ser exemplificada a FORMA DE CÁLCULO do valor devido pela Antecipação Parcial? [Alíquota Interna x Valor Total da Operação] (-) Imposto Destacado: Exemplo 1: Aquisição de mercadoria com alíquota interna de 17%, procedente de Estado do Sul ou Sudeste, exceto Espírito Santo (alíquota interestadual de 7%), com IPI:(A) Valor dos produtos = R\$ 100,00(B) Valor do IPI = R\$ 10,00(C) Valor Total da Nota = (A + B) = R\$ 110,00 (Base de Cálculo)(D) **ICMS Destacado na nota fiscal (7%)** = R\$ 7,00(E) Alíquota Interna do Produto = 17%(F) Valor Devido = [(C) x (E)] – (D) = (110,00 x 17%) – 7,00 = 11,70 (<http://www.sefaz.ba.gov.br/>)’*

Conclui que sendo a grande maioria dos fornecedores oriundos do Estado do Rio Grande do Sul, para não dizer todos, em verdade a alíquota aplicada ao caso não poderia ser apenas a alíquota interna de 17%, como quis fazer a Autoridade Fiscal, mas sim abatendo-se o “ICMS destacado na nota fiscal”.

Assim, pugna pela conversão em diligência para infração 01, com o fim de se apurar o ICMS destacado nas saídas dos Estados de origem para aplicação correta da alíquota da antecipação parcial, tudo conforme previsto na legislação.

Em relação a infração 02, aduz que em alguns períodos o autuante não levou em consideração a aplicação da alíquota prevista no RICMS, em seu artigo 87, inciso XLI, recentemente alterado pelo Decreto nº 13339, de 07/10/2011, o qual transcreveu:

*‘ Art. 87. É **reduzida a base de cálculo:***

XLI - nas operações realizadas por indústrias vinícolas e por produtoras de derivados de uva e vinho, sem prejuízo do previsto no inciso LVI deste artigo, em montante calculado por litro, limitado aos seguintes valores (Conv. ICMS 153/04):” Nota: A atual redação da parte inicial do inciso XLI do caput do art. 87 foi dada pela Alteração nº 148 (Decreto nº 13339, de 07/10/11, DOE de 08 e 09/10/11), efeitos a partir de 01/11/11.’

Argumenta que, em consulta formulada por meio do site da própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o autuado requereu esclarecimento a respeito da forma de cálculo do ICMS com relação à aplicação do artigo 87, tendo sido orientado a aplicar a MVA ajustada de 36,37%, valendo transcrição na íntegra da pergunta feita pelo Contribuinte, bem como a resposta apresentada, cujas comprovações seguem em anexo, folha 490 dos autos:

‘() Pergunta do Impugnante: “Sobre a Alteração no RICMS nº 148, redução de base de calculo: inciso LVI, art. 87, das operações internas com vinhos da posição NCM 2204, de forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento); na pratica como devo calcular o imposto de vinhos oriundos do RS?”*

‘() Resposta da SEFAZ - BA: “Cabe a sua empresa localizada na Bahia fazer a substituição tributária, conforme art. 387 do RICMS-BA.*

Aplicará a MVA ajustada de 36,37%.

No cálculo da base de cálculo deve aplicar a redução da base de calculo prevista no art. 87 LVI do RICMS –BA...’

Conclui que no caso em tela, desde a alteração do RICMS – BA por meio do Decreto Estadual nº 13.339/2011, o autuado fazia jus à redução da base de cálculo prevista no artigo 87, tendo seus efeitos aplicáveis ao caso concreto desde 01/11/2011. Assim, ao deixar o autuante de aplicar o referido artigo, o contribuinte autuado sofreu um grave prejuízo que precisa agora ser revisto, já que durante 05 meses – desde o início de vigência do referido artigo - foi feita a autuação sem observância da redução da base de cálculo prevista na legislação e que o Contribuinte fazia jus, conforme consulta.

Diante disso, assevera que resta evidente que no presente Auto de Infração a fiscalização equivocou-se, em parte da autuação, pelo que pugna pela conversão do feito em diligência para que sejam recalculados os valores apurados, referentes aos meses em que as ocorrências datam de novembro de 2011 até março de 2012.

Argumenta que, por pura precaução processual, em caso de este Conselho entender que não existiram equívocos nos lançamentos referentes ao período abrangido pelo citado Decreto, que ao menos sejam retiradas as multas de 60% aplicadas, já que o erro se deu sem culpa ou dolo do contribuinte, podendo ser qualificado de erro escusável, tão reconhecido pelo Conselho de Contribuintes da Fazenda Estadual.

Destaca que identificou a inserção do valor relativo ao frete mesmo nos casos das notas fiscais não pontarem os referidos valores. Aponta, a título meramente ilustrativo, a Nota Fiscal relativa ao DANFE nº 30.262, fl. 492, onde a fiscalização apontou o frete no valor de R\$ 4.389,04, mas na referida NF consta a observação “Frete: R\$ 0,00”. Ou seja, em todos os casos em que o valor do frete foi acrescido na base de cálculo do imposto deveria a fiscalização ter identificado o documento em que se apoiou, já que na documentação principal (NF da mercadoria) essa questão não está explicitada.

Ao final, requer que sejam reconhecidos os equívocos apontados pela defesa, de forma que o Auto de Infração seja convertido em diligência a fim de recalcular os valores erroneamente apurados.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 501 a 504, em relação ao argumento apresentado pela defesa de que no levantamento do débito fiscal não foram considerados os valores relativos aos créditos fiscais destacados nos DANFES de entrada, assevera que é improcedente, pois nas folhas de números 15 a 30, deste processo, constam planilhas onde são apresentadas todas as parcelas com os respectivos valores utilizados para o levantamento dos valores devidos pelo contribuinte, inclusive a coluna “CRÉDITO FISCAL”, com os valores pertinentes lançados.

Com relação a redução da base de cálculo prevista no art. 87, inciso XLI, do Decreto 6.284/97, frisa que abaixo transcreve, depreende-se da leitura do mesmo, que o benefício fiscal destina-se a indústria vinícola e para produtores de derivados de uva e vinho instaladas neste Estado. A atividade econômica do contribuinte autuado é: **“Comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente”**, estando fora do campo de abrangência do benefício fiscal concedido pelo legislador.

‘Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XLI - nas operações realizadas por indústrias vinícolas e por produtoras de derivados de uva e vinho, sem prejuízo do previsto no inciso LVI deste artigo, em montante calculado por litro, limitado aos seguintes valores (Conv. ICMS 153/04):

a) nas saídas internas:

1 - produtos elaborados a partir de uva tipo americana e híbrida: R\$0,1941;

2 - Produtos elaborados a partir de uva tipo vinífera: R\$0,3235.

b) na saídas interestaduais:

1 - para os estados das regiões sul e sudeste, exceto para o Espírito Santo;

1.1 - produtos elaborados a partir de uva tipo americana e híbrida: R\$0,2750;

1.2 - produtos elaborados a partir de uva tipo vinífera: R\$0,4583.

2 - para os estados das regiões norte, nordeste e centro-oeste e para o Espírito

Santo:

2.1 - produtos elaborados a partir de uva tipo americana e híbrida: R\$0,4714;

2.2 - produtos elaborados a partir de uva tipo vinífera: R\$0,7857.' (grifou)

Conclui que a previsão legal não ampara a pretensão do requerente.

Quanto a alegação da incorreção da aplicação do percentual de MVA (Margem de Valor Agregado), aduz que o MVA previsto no Decreto 6.284/97, vigente até 31/03/2012 para cálculo da antecipação tributária de vinho, NCM 2204, e cooler, NCM 2206 era de 64,40%. A partir de 01/04/2012 com a vigência no novo regulamento do ICMS, Decreto 13.780/12, o MVA destes produtos passou a ser de 36,37%, para vinhos, NCM 2204, e permaneceu em 64,40% para cooler, NCM 2206. Esta explicação encontra-se dada à folha de número 33 dos autos no documento intitulado “Termo de Fiscalização”.

Assevera que, novamente, não procedem os argumentos do autuado.

Em relação a alegação defensiva de inconsistência da inclusão dos valores pagos, a título de frete, na base de cálculo da “antecipação tributária total”, salienta que os valores relativos aos fretes foram obtidos através de informações lançadas nos documentos fiscais denominados “Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas” – CTRC, anexos aos autos. Nestes, constam os números dos DANFES para os quais foram emitidas, e tem correlação direta com os mesmos, pois referem-se ao valor da prestação de serviço de transporte da mercadoria, sendo esta prestação tributada pelo ICMS e incorporada aos cálculos da “antecipação tributária total”, caso tenha sido contratada pelo adquirente, frete “FOB” – “Free On Board”. Todos os custos pagos pelo contribuinte para a obtenção do produto adquirido para comercialização, e diretamente ligado a ele (produto) fazem parte da base de cálculo da “antecipação tributária total”, no caso em questão, das mercadorias vinhos e cooler. A previsão legal para a inclusão desta parcela no cálculo do imposto, pelo regime sumário de apuração, esta contida no art. 61, inciso II, alínea “a”, do Decreto 6.284/97 e art. 23, inciso II, alíneas “a” e “b” da Lei 7.014/96.

Destaca que, enfim, trata-se de um ato de observância obrigatória, e não de um dever discricionário. A seguir a transcreveu do texto legal abaixo

*“Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, **bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento** e nas demais hipóteses regulamentares, é:*

II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes, de acordo com o percentual previsto:

a) no Anexo 88, a ser determinado em função de ser industrial, atacadista ou importador o estabelecimento fornecedor ou remetente, tratando-se das mercadorias de que cuidam os incisos II e IV do art. 353;” (grifo nosso)

*“Art. 23. Para fins de substituição tributária, **inclusive a título de antecipação**, a base de cálculo é:*

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;” (grifou)

Ao final, requer que o Auto de Infração em tela seja julgado totalmente procedente.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, imputando ao sujeito passivo ter recolhido a menos do ICMS antecipação

parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, infração 01 e na infração 02 é imputado ao autuado ter efetuado o recolhimento do ICMS a menos por antecipação, em caso de erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 69.

Acerca do pedido de diligência para que o lançamento tributário fosse revisado, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Em relação a infração 01, entendo que não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o autuante teria aplicado a alíquota de 17% sem a dedução do crédito destacado nas notas fiscais de aquisições, uma vez que, ao analisar os demonstrativos em embasaram a infração, folhas 15 a 30, constatei que o autuante considerou todos os créditos fiscais. Nas citadas planilhas constam que foram apontados todas as parcelas com os respectivos valores utilizados para o levantamento dos valores devidos pelo contribuinte, inclusive a coluna “CRÉDITO FISCAL”, com os valores pertinentes lançados.

Portanto, na infração 01 o procedimento fiscal não merece qualquer reparo, uma vez que é devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas aquisições de mercadorias para comercialização, não enquadradas na substituição tributária.

Em relação a infração 02, quanto ao benefício fiscal alegado pela defesa, cabe destacar o previsto no artigo 87, inciso XLI, abaixo transcrito:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

...

XLI - nas operações realizadas por indústrias vinícolas e por produtoras de derivados de uva e vinho, sem prejuízo do previsto no inciso XXXIII deste artigo, em montante calculado por litro, limitado aos seguintes valores (Conv. ICMS 153/04):

a) nas saídas internas:

Da inteligência dos dispositivos acima, resta claro que o benefício fiscal somente se aplica nas operações **internas**, ou seja, realizadas entre contribuintes localizados no Estado da Bahia, e, exclusivamente, nas saídas realizadas por **indústrias vinícolas e por produtoras de derivados de uva e vinho**. Portanto, tratando-se de operações interestaduais o autuado não se encontra amparado pelo referido benefício fiscal. Ademais, cabe destacar que o autuado exerce a atividade de Comercio Atacadista de Bebidas não especificadas.....

Quanto a pergunta feita pelo contribuinte, transcrita em sua defesa, observa-se que na resposta consta, claramente, que se refere a **operações internas**, enquanto as operações objeto da autuação são de aquisições em outras unidades da Federação.

No tocante ao argumento defensivo de que identificou a inserção do valor relativo ao frete mesmo nos casos das notas fiscais não apontarem os referidos valores. Citou a defesa, a título meramente ilustrativo, a Nota Fiscal relativa ao DANFE nº 30.262, fl. 492, onde a fiscalização apontou o frete no valor de R\$ 4.389,04, mas na referida NF consta a observação “Frete: R\$0,00”, o mesmo não é capaz de elidir as imputações. Ao contrário da tese defensiva, entendo que a questão está explicada e demonstrada nos autos, uma vez que, no exemplo citado pelo autuado, o conhecimento de transporte constante à folha 158 dos autos é o de número 006, emitido pela Transdellabetta Transportes Ltda., relativo às Notas Fiscais nºs 30.261 e 30.262, constando que o frete seria pago pelo autuado.

No Termo de Fiscalização o autuante descreve, entre outros fatos, que: *Um conhecimento de transporte, em muitas situações, acompanhava mais de uma nota fiscal. Neste caso, fizemos um rateio do valor total da prestação do serviço, em relação aos valores totais das respectivas notas fiscais.*

Ademais, tal procedimento foi adotado pelo autuante, conforme consta do Termo de Fiscalização acostado à folha 33 dos autos e nas planilhas às folhas 15 a 30, os quais, juntamente com as cópias das notas fiscais e conhecimentos de transportes, embasaram a autuação.

Cabe destacar que todos os documentos foram encontrados no estabelecimento autuado quando da realização da Busca e Apreensão autorizada pela 2ª Vara Criminal – Salvador, fls. 36 a 39 dos autos, sendo acostado aos autos uma cópia autenticada de cada documento fiscal.

Logo, a infração 02 restou caracterizada, uma vez que a lei atribui ao adquirente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97.

Quanto ao pedido de isenção da multa, não acato por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim, entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2321195.0656/12-0**, lavrado contra **O ARMAZÉM COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.034.334,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR