

A. I. N° - 299430.0007/11-2

AUTUADO - COOPERATIVA AGRO PECUÁRIA VALE DO RIO DOCE LTDA.

AUTUANTES - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS e JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA

ORIGEM - INFRAZ ATACADO

INTERNET - 25.02.2014

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0022-02/14

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. VENDAS A MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. **a)** FALTA DE COMPROVAÇÃO DA CONCESSÃO, AOS ADQUIRENTES, DO DESCONTO CORRESPONDENTE À REDUÇÃO DA ALÍQUOTA. Feita prova do preenchimento do requisito para fruição do direito à aplicação da alíquota reduzida, previsto no inciso II do § 1º do art. 51 do RICMS/97. Lançamento indevido. **b)** VENDAS A CONTRIBUINTES DO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO E A NÃO CONTRIBUINTES. Reconhecido pela fiscalização que parte dos clientes do autuado eram realmente microempresas ou empresas de pequeno porte. Reduzido o valor do imposto a ser lançado. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. DIFERENÇAS TANTO DE ENTRADAS QUANTO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS (TRÊS EXERCÍCIOS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO EM COM BASE NA DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, RELATIVAMENTE A CADA EXERCÍCIO. Fatos demonstrados nos autos. Lançamentos mantidos. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS A CONTRIBUINTES COM INSCRIÇÕES CANCELADAS OU BAIXADAS. Fatos demonstrados nos autos. Mantido o lançamento. 5. BASE DE CÁLCULO. ADOÇÃO INDEVIDA DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO DECRETO N° 7.799/00, NAS VENDAS EFETUADAS A CONTRIBUINTES COM INSCRIÇÕES BAIXADAS OU CANCELADAS. Fatos demonstrados nos autos. Mantido o lançamento. 6. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO REFERENTE A ANTECIPAÇÃO PARCIAL CUJO VALOR NÃO FOI PAGO. Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30.6.11, diz respeito aos seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota – vendas a microempresas e empresas de pequeno porte com o benefício do art. 51, I, “c”, c/c o § 1º, I, do RICMS, sem comprovar o desconto previsto no inciso II do aludido § 1º –, sendo lançado imposto no valor de R\$327.223,53, com multa de 60%;

2. falta de recolhimento de ICMS, constatada ante a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas [fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados – 2006 e 2007], sendo lançado imposto no valor de R\$6.196,77, com multa de 70%;
3. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas” [sic], fato esse apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2008), levando-se em conta para o cálculo do imposto a diferença de maior valor monetário, o valor das saídas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 32.313,61, com multa de 70%;
4. recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota – vendas de mercadorias a contribuintes do regime “normal” e a “não contribuintes” com o benefício do art. 51, I, “c”, do RICMS –, sendo lançado imposto no valor de R\$12.204,63, com multa de 60%;
5. fornecimento de informações através de arquivos magnéticos solicitados mediante intimação com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais (Notas Fiscais de saídas), sendo por isso aplicada a multa de R\$ 4.287,15;
6. falta de retenção do ICMS e do seu recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado com inscrições canceladas ou baixadas, sendo lançado imposto no valor de R\$540,56, com multa de 60%;
7. recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo previsto no Decreto nº 7.799/00 – venda de mercadorias a contribuintes com inscrições baixadas ou canceladas –, sendo lançado imposto no valor de R\$395,04, com multa de 60%;
8. utilização de crédito fiscal de ICMS efetuada a mais referente a antecipação parcial, sendo glosado crédito no valor de R\$37.138,57, com multa de 60%.

O contribuinte defendeu-se (fls. 2154/2170) suscitando em preliminar a decadência dos créditos tributários relativos a fatos geradores anteriores a julho de 2006, com base no art. 150, § 4º, do CTN, segundo o qual o prazo para a constituição do crédito tributário é de 5 anos, contados da data do fato gerador. Frisa que a ciência do Auto foi dada em 11.7.11.

Numa segunda preliminar, suscita a nulidade do Auto de Infração por erro na indicação da alíquota nas infrações 1^a, 2^a e 4^a, em que foi aplicada a alíquota de 17%, alegando que a empresa destacou e recolheu o imposto pela alíquota de 7%.

No mérito, relativamente ao item 1º, diz que, para comprovar a concessão dos descontos a que se refere a imputação fiscal, juntou à defesa a relação de Notas Fiscais emitidas e espelhos de algumas Notas Fiscais de cada período, extraídos dos arquivos eletrônicos, a fim de demonstrar a concessão do desconto de 10,76%, identificado na linha “Desconto cliente: 10,760%”. Aduz que esses registros dão suporte ao pedido de produção de prova, tendo em vista que por motivo de força maior não foi possível apresentar as Notas Fiscais. Explica que o motivo de força maior decorre do fato de a empresa manter a guarda dos documentos com empresas de terceiros, e estas, por questões operacionais, não localizaram ainda as Notas Fiscais. Toma por fundamento os princípios da legalidade e da verdade material. Aduz que o pedido de prova tem previsão no art. 8º, IV, do RPAF.

Com relação aos itens 2º e 3º, com base no art. 2º do RPAF, requer a produção de prova a fim de instruir o processo e demonstrar a inexistência da diferença apurada pela fiscalização.

Impugna também o item 4º, alegando que, de acordo com o art. 51, I, “c”, do RICMS, a alíquota é de 7% nas saídas para microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes. Aduz que, em face das inscrições apontadas como não enquadradas no benefício previsto no supracitado dispositivo, fez consulta ao cadastro de contribuintes e constatou que a maioria daqueles clientes está cadastrada como microempresas ou é optante pelo simples nacional. Argumenta que o enquadramento de uma empresa como de médio ou grande porte depende de seu faturamento, e isso não foi comprovado pela fiscalização em relação aos demais contribuintes que não possuem o cadastro como microempresa ou são optantes pelo simples. Considera que, diante da comprovação efetuada pela empresa, no tocante à condição de microempresas ou de optantes pelo simples de seus clientes, e tendo em vista a falta de comprovação, por parte da fiscalização, da condição de empresas de grande ou médio porte dos demais clientes, estaria demonstrada a improcedência deste item.

Quanto aos itens 6º e 7º, alega que, com base nas inscrições apontadas como baixadas ou canceladas, fez consulta ao cadastro de contribuintes e constatou a condição de “habilitadas” das referidas inscrições à época da ocorrência dos fatos.

No tocante ao item 8º, com fundamento no princípio da verdade material, requer a produção de prova, a fim de instruir o processo e comprovar o recolhimento.

Pede o reconhecimento da decadência dos créditos anteriores a julho de 2006, e que o Auto de Infração seja declarado nulo em virtude da aplicação incorreta da alíquota de 17%, ou que no mérito o Auto de Infração seja declarado improcedente.

Requer o deferimento de produção de provas, bem como a produção de prova pericial.

Requer ainda que as intimações sejam efetuadas no endereço da sede da empresa, na Rua João Dias Duarte, 1371/1395, em Governador Valadares, Minas Gerais, CEP 35.030-220.

Juntou documentos.

Os fiscais autuantes prestaram informação (fls. 2356/2359) dizendo que, quanto ao pleito de decadência, o entendimento do autuado não é o deles, autuantes, nem do CONSEF.

No tocante à alíquota, dizem que, com relação aos itens 1º e 4º, o contribuinte não deve ter observado que o valor do imposto recolhido à alíquota de 7% foi considerado no “cálculo da infração”, conforme se pode ver nas fls. 20 a 53 (item 1º) e 181 a 225 (item 4º), cujas íntegras se encontram no CD junto ao processo. Aduzem que, no caso do item 4º, não se pode falar em tributação de 7%, pois se trata de omissão de entrada de mercadorias, e portanto de operações que não foram tributadas pelo contribuinte, conforme fls. 82 e 83 e 122 a 124.

Quanto ao mérito, relativamente ao item 1º, comentam providências que adotaram antes da autuação. No tocante à alegada dificuldade de localizar os documentos em poder de terceiros, observam que, de acordo com o art. 144 do RICMS, os livros fiscais e contábeis e os documentos relacionados aos lançamentos neles efetuados devem ser conservados pelo prazo decadencial. Afiram que o contribuinte já dispôs de todos os prazos legais para a apresentação das provas requeridas, conforme fls. 13 e seguintes, mas, mesmo assim, já que é importante para a fiscalização buscar a realidade dos fatos, opinam pela concessão de prazo para que o contribuinte junte aos autos os documentos de que afirma dispor.

Com relação aos itens 2º e 3º, os fiscais chamam a atenção para os levantamentos e documentos anexos.

No que concerne ao item 4º, dizem que o autuado juntou extratos de pesquisa atual na internet da situação de seus clientes. Afiram que fizeram uma revisão no INC da SEFAZ, levantando a situação dos clientes nas datas em que ocorreram as vendas, cujo resultado se encontra às fls.

2360 a 2541, que incluem o extrato da condição de cada contribuinte, e em virtude disso foi retificado o valor, de R\$ 12.204,63 para R\$ 9.649,11, conforme demonstrativos às fls. 2542 a 2599, resumidos na fl. 2600. Dizem que a diferença de R\$2.555,52 deve ser reenquadrada para a infração 1^a, pois se trata de venda a microempresas e empresas de pequeno porte com alíquota de 7%, mas sem o repasse do desconto previsto no art. 51 do RICMS para os clientes, e com isso a infração 1^a passa de R\$327.223,53 para R\$329.779,05. Rebatem a alegação do autuado de que o enquadramento de uma empresa como de médio ou grande porte depende do seu faturamento, contrapondo que tal argumento é desprezível, em face da regra do art. 51, I, “c”, do RICMS, segundo o qual o benefício pode ser concedido às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual.

Quanto ao item 6º, observam que o contribuinte juntou às fls. 2321 a 2344 extratos do Sintegra atuais de seus clientes, embora afirme que se trata de informações relativas à época da ocorrência dos fatos. Aduzem que as pesquisas feitas no INC da SEFAZ provam o contrário, pois todos os clientes estavam na situação de “cancelado” ou “baixado” à época das transações comerciais, conforme demonstrativo às fls. 2601 a 2623.

No tocante ao item 7º, dizem que, de igual modo, o contribuinte juntou às fls. 2345 a 2353 extratos do Sintegra atuais de seus clientes. Observam que, nos demonstrativos por eles anexados às fls. 2601 a 2623, há as inscrições das empresas que adquiriram mercadorias do autuado com o benefício do Decreto 7.799/00, indicando estarem em situação irregular nas datas das respectivas operações.

Com relação ao item 8º, dizem que não concordam com o requerimento do autuado para produção de provas. Assinalam que o autuado se creditou no mês de julho de 2008 de uma suposta antecipação parcial de R\$ 60.084,05, sem que houvesse tal recolhimento ao erário estadual, conforme fls. 1022 a 1051 e relação dos DAEs pagos desde 2008 até 2011, às fls. 1052 a 1055, demonstrando que não há registro de recolhimento da antecipação parcial, e portanto cabe ao autuado provar que houve o pagamento do tributo.

Opinam pela concessão de prazo para que o contribuinte apresente os documentos dos quais afirma dispor referentes ao item 1º. Juntaram documentos.

Deu-se ciência da informação fiscal ao contribuinte (fl. 2627).

O autuado manifestou-se (fls. 2629-2630) requerendo a juntada de espelhos das Notas Fiscais, da lista dos clientes da filial baiana e de Notas Fiscais de alguns clientes adquirentes de mercadorias em regime especial. Aduz que a juntada desses documentos está condizente com o pedido que havia formulado. Considera que os espelhos das Notas Fiscais comprovam a concessão do desconto previsto no art. 51, § 1º, II, do RICMS, já que foram gerados pelo mesmo programa que imprimiu as Notas Fiscais emitidas, sendo que tal programa e os computadores da empresa podem ser objeto de perícia, caso a autoridade fazendária entenda necessária. Quanto à lista dos clientes, diz que ela servirá como base para expedição de ofícios pela Secretaria da Fazenda, caso a autoridade fazendária entenda ser necessário confirmar a veracidade da documentação fiscal apresentada com os documentos fiscais dos destinatários das referidas Notas Fiscais.

Os fiscais autuantes, ao terem vista dos autos, se pronunciaram (fls. 21845-21846) dizendo que os espelhos anexados pelo autuado não constituem elemento de prova capaz de substituir as Notas Fiscais que comprovam as operações, e além disso o art. 51, § 1º, inciso II [do RICMS] determina que o desconto deve constar no documento fiscal, e sem isso a fiscalização não pode verificar o cumprimento do dispositivo legal de concessão do desconto. Informam que o contribuinte foi intimado desde 15.4.11 para apresentar esses documentos, mas alegou dificuldades por questões operacionais, o que não dispensa de cumprir as exigências previstas no art. 144 do RICMS, de conservar, no mínimo pelo prazo decadencial, todos os documentos relacionados aos lançamentos fiscais efetuados em seus livros, e de exibi-los à fiscalização, nos termos do § 1º do art. 934. Concluem observando que as únicas evidências das operações, cujas Notas Fiscais não

foram apresentadas, são os arquivos magnéticos, os quais não demonstram que os descontos foram concedidos. No que diz respeito à lista de clientes, consideram descabida e contrária à lei a recomendação no sentido de que fossem expedidos ofícios aos clientes do autuado, pois o ônus de provar o atendimento dos dispositivos do art. 51 cabe ao contribuinte, por força do próprio art. 51 e dos demais artigos que foram citados.

Em nova petição (fls. 21850/21853), o autuado faz um aditivo à defesa inicial, explicando que foram realizadas diligências a fim de encontrar os documentos fiscais solicitados pela fiscalização, mas não obteve êxito, pois os documentos tinham-se extraviado, conforme Boletim de Ocorrência anexo. Diz que, com grande esforço dos funcionários, foram entregues 7 caixas de documentos (espelhos das Notas Fiscais) referentes a todo o período considerado no Auto de Infração, e ainda um CD contendo a relação com endereço completo de todos os clientes que a empresa mantinha no Estado, com o objetivo de que a repartição fiscal enviasse ofícios a algumas das empresas visando a conseguir, a título de amostragem, algumas Notas Fiscais que comprovariam a idoneidade dos documentos fiscais e consequentemente o recolhimento correto do tributo. Acrescenta que, na esperança de ver resolvida essa questão, diligenciou mais uma vez em dois dias, e conseguiu 3 Notas Fiscais, e apresentou-as aos fiscais, que verificaram que o problema estava realmente no arquivo magnético, mas o processo já havia sido encaminhado para a repartição [CONSEF]. Com isso, considera que o recolhimento correto do imposto está provado, não só através dos espelhos das Notas Fiscais já acostadas aos autos, mas também com a juntada das Notas Fiscais, que requer. Aduz que as Notas Fiscais obtidas junto aos clientes e os respectivos espelhos comprovam a concessão do desconto previsto no art. 51, § 1º, II, do RICMS. Sugere que se diligencie ou autorize aos auditores a expedição de ofícios às empresas da lista de clientes para que estas remetam algumas das Notas Fiscais emitidas pela Cooperativa, caso a autoridade fazendária entenda ser necessário confirmar a veracidade da documentação fiscal acostada aos autos, visando ao confronto das Notas Fiscais com os espelhos correspondentes. Conclui dizendo que, não sendo esse o entendimento do órgão julgador, que então se conceda prazo hábil de suspensão do processo para que a empresa possa tentar diligenciar mais Notas Fiscais a título de amostragem. Juntou documentos.

Foi determinada a remessa dos autos em diligência (fls. 21939/21945) para que a repartição de origem sanasse vício procedural, haja vista que, ao ser dada ciência ao contribuinte acerca da informação fiscal e das peças a ela anexada, foi expedida intimação, conforme fls. 2625/2627, porém a intimação contém apenas as assinaturas dos fiscais autuantes, não constando que o contribuinte tivesse tido acesso àqueles elementos. Na mesma diligência, foi solicitado que os fiscais autuantes: *a*) prestassem informação relativamente ao item 1º, acerca das Notas Fiscais que o contribuinte apresentou com os respectivos espelhos, assinalando-se a possibilidade de verificação, “in loco”, por amostragem, das Notas Fiscais em questão junto aos clientes ou a intimação destes para exibir os documentos atinentes aos espelhos considerados; *b*) informassem se no caso dos itens 2º e 3º o estabelecimento do autuado industrializa as mercadorias que foram objeto do levantamento fiscal ou se apenas as revende.

Com relação à primeira parte da diligência, os fiscais prestaram informação (fls. 21948/21952) comentando em síntese o teor da informação anterior. Dizem que, embora não haja no processo a comprovação da entrega da intimação do contribuinte dando ciência da referida informação, consideram que o contribuinte juntou aos autos novos elementos, e isto a seu ver pressupõe que o autuado recebeu a intimação. Dizem que se dirigiram ao setor da repartição que encaminhou a intimação e receberam dela cópia de troca de “e-mails” com a Gerência de Vendas Corporativas dos Correios, no qual consta que a referida intimação foi entregue ao destinatário em 7.10.11, e como a juntada dos elementos pelo autuado foi feita mediante documento datado de 17.10.11, portanto 10 dias após o recebimento da intimação, evidencia-se a entrega dos elementos da informação fiscal ao contribuinte. Ressaltam que a intimação foi encaminhada para a residência de um dos sócios do autuado, e não ao endereço indicado pelo contribuinte à fl. 2170.

Quanto à segunda parte da diligência, chamam a atenção para o que disseram no início dessa última manifestação, no sentido de ser concedido novo prazo para que o contribuinte apresentasse os documentos. Consideram que o Boletim de Ocorrência comunicando o extravio dos documentos não modifica em nada a situação jurídica estabelecida no processo em virtude da falta de apresentação das Notas Fiscais, haja vista a regra do art. 146 do RICMS. Assinalam que a ação fiscal já estava em andamento desde 11.4.11, e o contribuinte só registrou a ocorrência de extravio em 17.8.11, depois da ciência do Auto de Infração, e só anexou a certidão ao processo em 16.3.12.

No tocante à recomendação do órgão julgador para que, em face da lista dos clientes, fosse feita a verificação “in loco” das Notas Fiscais junto aos clientes ou que estes fossem intimados para exibir os documentos atinentes aos espelhos constantes às fls. 2211/2319 e 2629/21843, mesmo que por amostragem, os fiscais dizem que não lhes cabe essa tarefa, pois o art. 146 do RICMS é claro ao estabelecer que cabe ao contribuinte comunicar à inspetoria fiscal o extravio, perda ou desaparecimento de documentos fiscais (inciso I) e comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas (inciso II), e, caso se recuse a fazê-la ou não possa efetuá-la, ou sendo ela considerada insuficiente ou inidônea, o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado (§ 1º).

Dizem que neste caso o montante das operações foi apurado através dos arquivos magnéticos do autuado, e cabe a ele comprovar que as operações não foram apuradas corretamente. Aduzem que a comprovação de que o contribuinte concedeu o desconto deve ser feita com a apresentação da Nota Fiscal correspondente a cada operação na qual conste o desconto concedido no inciso II do § 1º do art. 51 do RICMS, e portanto não é possível atestar o cumprimento desse dispositivo mediante a apresentação de simples amostra dos documentos. Dizem os fiscais que, mesmo que acatassem a hipótese de serem expedidos ofícios para obtenção das Notas Fiscais por amostragem, seria necessário o envio de intimações por AR para uma amostra representativa dos cerca de 1.880 clientes, objetivando coleta de documentos que representassem também uma amostra representativa de cerca de 18.800 Notas Fiscais emitidas e extraviadas, e esse procedimento representaria um custo elevado para a administração estadual, com o simples objetivo de corrigir a negligência do contribuinte na guarda dos documentos fiscais, sem que ele assuma nenhum ônus dessas despesas, e além disso, para execução desse trabalho, seria necessária a emissão de nova OS [ordem de serviço] pontuada para que, num espaço de tempo impossível de ser estimado, os autuantes deixassem de executar outras tarefas de fiscalização e se dedicassem exclusivamente à tentativa de levantamento dos documentos extraviados pelo contribuinte, em desacordo com o disposto no art. 144 do RICMS.

Quanto às Notas Fiscais apresentadas pelo contribuinte, no total de 38, às fls. 21857 a 21936, os fiscais dizem que não constituem uma amostra que, de alguma forma, possa ser considerada representativa, tendo em vista que representam apenas 0,2032% do universo de cerca de 18.800 Notas extraviadas pelo emissor. Informam que, embora a maioria seja apresentada em cópia, elas correspondem aos espelhos, contêm o desconto concedido ao destinatário (microempresa) e, exceto as Notas Fiscais 7210, 8580, 6576, 11490, 11621, 11922, 12212, 12886, 13490 e 13864, constam no demonstrativo do item 1º, e por isso foram retiradas do demonstrativo, conforme quadro à fl. 21951.

Com relação às solicitações, na diligência, relativas aos itens 2º e 3º, os fiscais informam que incluíram à fl. 14 os dados cadastrais do contribuinte e na fl. 17, o histórico de atividades econômicas, onde consta que o contribuinte teve por atividade econômica o comércio atacadista de leite e laticínios, CNAE 4631100, e portanto o levantamento quantitativo de estoques é de estabelecimento comercial.

No tocante aos itens 4º a 8º, dizem que a questão de não constar que tivesse sido dada ciência da informação ao contribuinte já foi objeto de considerações no início da informação, cabendo ao setor competente analisar e tomar as medidas cabíveis, para o saneamento do suposto víncio.

Dada ciência dos novos elementos ao contribuinte (fls. 21989-21990), com reabertura do prazo de defesa (30 dias), ele se manifestou (fls. 21993/22010) reiterando o pleito de decadência parcial dos valores lançados. Reitera também o pedido de nulidade por erro na aplicação da alíquota.

Quanto ao mérito, assinala que, no caso do item 1º, em face dos dispositivos regulamentares que indica, bastaria a comprovação de concessão dos descontos para que fosse elidida a suposta infração. Comenta as provas que foram apresentadas. Fala da impossibilidade de apresentar as Notas Fiscais. Observa que os agentes autuantes não apontaram nenhuma incoerência na documentação apresentada pela empresa que afastasse o que foi alegado, não tendo os fiscais apresentado qualquer elemento que demonstrasse que o desconto não foi concedido na forma constante na escrita fiscal e nos espelhos das Notas Fiscais apresentadas. Alega que essa atitude dos fiscais, sem qualquer fundamentação ou com base em justificativas evasivas, revela completa desobediência aos princípios da motivação, legalidade e razoabilidade, bem como ao próprio art. 142 do CTN, baseando-se o fisco em presunções.

Reclama que os fiscais, ao tomarem conhecimento da diligência do órgão julgador, resistiram a dar cumprimento ao que havia sido deferido e, mantendo a posição de que a documentação era insuficiente, não cumpriram com a análise da documentação detida pelos clientes da empresa, e ainda contestaram a determinação da Junta de que a comprovação poderia ser feita por amostragem, alegando que caberia ao contribuinte comprovar que as operações não ocorreram conforme havia sido apurado pela fiscalização.

Considera que os autuantes deveriam ter cumprido a diligência na forma solicitada pela Junta de Julgamento, não sendo permitido a eles simplesmente afastar o deferimento do órgão competente para análise do lançamento. Destaca que a Junta, órgão integrante do CONSEF, tem como atribuição o julgamento dos processos administrativos originários da lavratura de Autos de Infração, devendo resolver as questões suscitadas no processo, determinando, caso necessário, diligências a serem realizadas pelos agentes autuantes, conforme prevê o art. 148 do RPAF. Por essas razões, sustenta que se impõe o reconhecimento de que a empresa procedeu da forma correta, repassando através de descontos a redução da alíquota prevista no art. 51, I, “c”, do RICMS.

Aduz que conseguiu mais algumas Notas Fiscais junto aos clientes para provar a concessão do desconto necessário à fruição do benefício.

Quanto ao item 4º, observa que os autuantes retificaram o valor do imposto, que foi reduzido de R\$12.204,63 para R\$9.649,11, e reenquadraram a diferença no item 1º. Reafirma os argumentos expendidos na defesa acerca do critério de enquadramento das empresas como microempresas, sustentando que isso é feito a depender do faturamento.

Quanto aos extratos da situação cadastral dos clientes, alega que o lançamento é nulo nesse sentido, pois os autuantes, ao afirmarem que os extratos apresentados pela defesa são atuais, não servindo por isso para provar a situação dos clientes à época dos fatos, simplesmente acostaram o resultado da pesquisa relativa aos mesmos clientes, demonstrando diversos momentos em que os clientes estavam ou não em condições de receber o desconto, o que não se mostra capaz de sustentar o lançamento, pois o fisco deixou de relacionar, tanto na autuação como nesse momento, as Notas Fiscais emitidas com a época em que tais estabelecimentos não poderiam ser definidos como microempresas, empresas de pequeno porte ou ambulantes, privando a empresa de fazer contraprova, em afronta ao princípio da ampla defesa. Reclama que a fiscalização não apresentou sequer uma relação das Notas Fiscais, e não apontou sequer uma Nota Fiscal com um dos seus extratos.

Destaca que somente os documentos acostados pelo fisco, sem qualquer relação com a Nota Fiscal emitida, não permitem que a empresa efetue qualquer relação entre o período glosado com o cliente, impedindo a aferição relativa ao seu enquadramento.

Aduz que, além disso, constatou nos extratos juntados pelo fisco que alguns clientes se enquadram em todas as “competências” lançadas (31.5.06 a 31.7.08), na condição necessária para fruição do benefício previsto no art. 51, I, “c”, do RICMS. Com relação à inscrição estadual 43129308, alega que o histórico de condição trazido pela autoridade autuante demonstra que o estabelecimento é empresa de pequeno porte desde 1.4.03, não havendo alterações após essa data. Conclui dizendo que, diante da falta de elementos que demonstrem a ocorrência do fato gerador, existindo ainda fatos que tornam contraditória a imputação fiscal, há que se reconhecer, nessa parte, a nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao item 6º, alega que, com base nas inscrições estaduais apontadas como baixadas ou canceladas, realizou consulta ao cadastro de contribuintes, constatando a condição de “habilitada” para as referidas inscrições na época dos fatos, acostando aos autos o resultado da referida consulta.

No tocante ao item 7º, diz que, com base nas inscrições estaduais apontadas como baixadas ou canceladas, realizou consulta ao cadastro de contribuintes, constatando a condição de “habilitada” para as referidas inscrições na época dos fatos.

Reitera os pedidos feitos na defesa inicial, destacando o pedido de cancelamento da autuação no que concerne à diligência que deixou de ser atendida, considerando que, em face da desobediência dos agentes fiscais ao que foi determinado pelo órgão julgador quanto à produção de prova por amostragem, deve a mesma ser ordenada novamente, para a correta instrução do processo, consubstanciada na apresentação de Notas Fiscais e/ou registros e documentos fiscais de seus clientes, bem como, que sejam estes oficiados pela Secretaria da Fazenda a apresentar os documentos fiscais que comprovem a concessão do desconto previsto no art. 51, § 1º, II, do RICMS, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Requer que as intimações sejam efetuadas para a sede da empresa, na Rua João Dias Duarte, 1371/1395, Governador Valadares, Minas Gerais, CEP 35030-220.

Juntou documentos.

Os fiscais prestaram informação (fl. 22059) com o título de “Despacho”, dizendo-se cientes da manifestação do contribuinte, aduzindo que não foi apresentado argumento ou fato novo que pudesse modificar ou excluir suas opiniões, e por isso declaram manter as infrações e todos os termos já manifestados anteriormente.

O Auto de Infração foi julgado procedente em primeira instância, mediante o Acórdão JJF 0036-01/13 (fls. 22064/22074).

Houve Recurso Voluntário.

A 1ª Câmara deu provimento ao Recurso, pelo Acórdão CJF 0338-11/13 (fls. 22122/22126), e anulou a decisão da primeira instância, por utilização de fundamentos não constantes na peça vestibular, implicando cerceamento de defesa, e devolveu os autos à primeira instância para novo julgamento.

VOTO

Este Auto de Infração foi julgado em primeira instância, mediante o Acórdão JJF 0036-01/13, conforme consta às fls. 22064/22074. Houve Recurso Voluntário. A 1ª Câmara deu provimento ao Recurso, pelo Acórdão CJF 0338-11/13, às fls. 22122/22126, e anulou a decisão da primeira instância, por utilização de fundamentos não constantes na peça vestibular, implicando cerceamento de defesa, e devolveu os autos à primeira instância para novo julgamento.

Embora o Auto tenha retornado para novo julgamento, fica patente, pela leitura do voto do ilustre Relator do acórdão às fls. 22125-22126, que as razões que determinaram a nulidade do julgamento anterior dizem respeito aos itens 1º e 4º. Sendo assim, no presente julgamento enfoco

basicamente os itens 1º e 4º, de modo que quanto aos demais itens limitar-me-ei a repetir o que disse na decisão anterior.

O autuado suscitou duas preliminares. Na primeira, sustenta a decadência dos créditos tributários relativos a fatos geradores anteriores a julho de 2006, com base no art. 150, § 4º, do CTN, segundo o qual o prazo para a constituição do crédito tributário é de 5 anos, contados da data do fato gerador. Frisa que a ciência do Auto foi dada em 11.7.11.

Não acato a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo aos fatos anteriores a julho de 2006. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Os valores relativos ao exercício de 2006 já poderiam ter sido lançados pelo fisco no exercício de 2006. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 2007. Por conseguinte, o lançamento do período em discussão poderia ser feito até 31 de dezembro de 2011. O procedimento fiscal foi formalizado em 30.6.11, e o sujeito passivo foi intimado no dia 11.7.11. O Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no art. 107-A, acrescentado pela Lei nº 8.534/02, estabelece o prazo de decadência do direito de efetuar o lançamento do crédito tributário em consonância com o art. 173 do CTN. O § 4º do art. 150 do CTN, ao qual se apegava a defesa, aplica-se é quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação.

Na segunda preliminar, o autuado alega erro na indicação da alíquota nas infrações 1ª, 2ª e 4ª, em que foi aplicada a alíquota de 17%, dizendo que a empresa destacou e recolheu o imposto pela alíquota de 7%, de modo que se havia imposto a ser cobrado deveria ser lançada a diferença paga a menos, e não a alíquota plena de 17%.

A reclamação do autuado não faz sentido nesse aspecto. Os papéis de trabalho indicam que nos itens 1º e 4º foi lançado o imposto levando em conta apenas o valor pago a menos. Já no caso do item 2º, trata-se de lançamento do imposto por omissão de operações nos registros fiscais e contábeis, de modo que não há imposto a ser abatido, pois os créditos fiscais das entradas que foram declaradas já foram compensados pelo autuado na apuração do imposto em função das saídas por ele também declaradas.

Quanto ao mérito, o lançamento do item 1º diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota, por ter o autuado efetuado vendas a microempresas e empresas de pequeno porte com o benefício do art. 51, I, “c”, c/c o § 1º, I, do RICMS, sem comprovar o desconto previsto no inciso II do aludido § 1º.

Apesar de o contribuinte não ter podido apresentar as Notas Fiscais, para provar que concedeu os descontos referentes ao benefício às micro e pequenas empresas adquirentes das mercadorias, foram anexados os “espelhos” das Notas, os quais foram emitidos simultaneamente com as Notas Fiscais correspondentes, tendo ainda juntado, por amostragem, cópias das Notas Fiscais provando que os referidos “espelhos” correspondem exatamente aos documentos fiscais emitidos. Examinando esses elementos, estou plenamente convencido de que a empresa realmente concedeu os descontos aos seus clientes, e estes eram de fato micro e pequenas empresas, fato que não está em discussão neste item 1º. Sendo assim, está preenchido o requisito previsto no inciso II do § 1º do art. 51 do RICMS/97, segundo o qual o estabelecimento industrial ou a este equiparado deveria 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.

Apesar de me ter convencido de que foram concedidos os descontos e portanto havia sido preenchido o requisito previsto no inciso II do § 1º do art. 51 do RICMS/97, levantei no julgamento anterior uma questão de direito relativamente à interpretação da norma jurídica aplicável neste caso. Este foi o motivo da anulação da decisão de primeira instância, tendo a Câmara entendido que a Junta utilizou fundamentos não constantes na peça vestibular.

Trata-se de interpretação da norma. Na interpretação do direito, o julgador é livre para buscar fundamentos no ordenamento jurídico como um todo, ainda que se valha de regra ou princípio não aduzidos pelas partes. Aplica-se nesse sentido o brocardo “da mihi factum et dabo tibi jus” – dá-me o fato que eu te dou o direito –, que se traduz no dever que o julgador tem de conhecer a norma jurídica e aplicá-la por sua própria autoridade, implicando que, narrado o fato, o julgador aplicará o direito, mesmo que não alegado o dispositivo legal ou alegado equivocadamente.

Conforme assinalei, no julgamento anterior considerei que a equiparação de que cuidam os incisos I e II do § 1º do art. 51 do RICMS/97 não se aplica a qualquer filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa, mas unicamente à filial atacadista que comercialize produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa situado neste Estado, e como na situação deste Auto se trata de filial atacadista de estabelecimento industrial situado em Minas Gerais (Governador Valadares), onde as mercadorias são produzidas, concluí que não se aplicaria a alíquota de 7%. Porém na sustentação oral a representante do autuado citou um precedente deste Conselho através do Acórdão JJF 0050-02/09, que julgou improcedente um lançamento em situação idêntica ao deste Auto, em que o estabelecimento matriz do autuado era também estabelecido no Estado de Minas Gerais, tendo a filial baiana repassado ao adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7%, em vez de 17%, fazendo constar a redução expressamente nos documentos fiscais.

Sendo assim, alinho-me ao entendimento da 2ª Junta no supracitado acórdão, e, tendo em vista que foram concedidos os descontos nos documentos fiscais, considero preenchido o requisito previsto no inciso II do § 1º do art. 51 do RICMS/97.

O lançamento do item 1º é portanto indevido.

Os itens 2º e 3º foram impugnados em conjunto. Cuidam de falta de pagamento de ICMS apurada mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados. O autuado na defesa limitou-se a requerer a produção de prova a fim de instruir o processo e demonstrar a inexistência da diferença apurada pela fiscalização. Os fatos estão demonstrados nos autos. Mantenho os lançamentos.

O item 4º refere-se a recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota, nas vendas de mercadorias a contribuintes do regime “normal” e a “não contribuintes” com o benefício do art. 51, I, “c”, do RICMS.

Note-se que este item 4º guarda semelhança com o item 1º. A diferença é que, no item 1º, a fiscalização considerou que o autuado não teria provado que concedeu os descontos aos adquirentes, ao passo que neste item 4º o que a fiscalização acusa é que os compradores não seriam micro ou pequenas empresas, e sim contribuintes do regime normal e não contribuintes do imposto. Ao prestarem a informação, os autuantes acataram em parte as provas feitas pelo autuado, reconhecendo que alguns clientes eram realmente microempresas ou empresas de pequeno porte e sugeriram a exclusão do valor de R\$ 2.555,52 desse item 4º, porém propondo que esse mesmo valor fosse remanejado para o item 1º.

Deixo de acatar a sugestão dos autuantes, no sentido de a quantia de R\$ 2.555,52 seja remanejada para o item 1º, pelas razões expostas na abordagem do item 1º, haja vista que o lançamento do item 1º é indevido.

Excluída a quantia de R\$ 2.555,52, conforme sugerem os autuantes, remanesce neste item 4º o imposto no valor de R\$ 9.649,11.

O item 5º não foi impugnado.

Os itens 6º e 7º foram impugnados em conjunto, alegando o autuado que, com base nas inscrições apontadas como baixadas ou canceladas, fez consulta ao cadastro de contribuintes e constatou a condição de “habilitadas” das referidas inscrições à época da ocorrência dos fatos. Note-se que o

item 6º diz respeito a falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas a contribuintes com inscrições canceladas ou baixadas, e o item 7º, a recolhimento do imposto a menos em razão de utilização indevida de redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, nas vendas a contribuintes com inscrições baixadas ou canceladas. Os fiscais na informação observaram que o contribuinte juntou à defesa extratos do Sintegra “atuais” de seus clientes, sendo que na época dos fatos os clientes se encontravam em situação irregular. Mantenho os lançamentos, pois o que importa é a situação dos clientes à época dos fatos.

No item 8º, a imputação fiscal diz respeito a utilização de crédito fiscal de ICMS efetuada a mais referente a antecipação parcial. O autuado na defesa limitou-se a requerer a produção de prova, a fim de instruir o processo e comprovar o recolhimento. Os fiscais assinalaram na informação que o autuado se creditou no mês de julho de 2008 de uma suposta antecipação parcial de R\$60.084,05, sem que houvesse tal recolhimento ao erário estadual. Mantenho o lançamento.

O autuado requer à fl. 21853 que as intimações relativas a este feito sejam encaminhadas para o seguinte endereço: Rua João Dias Duarte, 1371/1395, bairro São Paulo, Governador Valadares, MG, CEP 35030-220. Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299430.0007/11-2**, lavrado contra **COOPERATIVA AGRO PECUÁRIA VALE DO RIO DOCE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$86.233,66**, acrescido das multas de 60% sobre R\$47.723,28 e de 70% sobre R\$38.510,38, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “e”, VII, “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.287,15**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, “i”, da supracitada lei, 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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2014

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR