

A. I. N° - 278936.0021/13-9
AUTUADO - FRIJEL FRIGORÍFICO E ESTIVAS JEQUIÉ LTDA
AUTUANTE - LUCIANO DE SOUSA VELOSO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 26.05.2014

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0085-02/14**

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado erro no trabalho fiscal resultando na diminuição do débito, com o reconhecimento do autuante do erro cometido. Infrações parcialmente subsistentes. 2. CRÉDITO FISCAL. BENS DO ATIVO FIXO. APROPRIAÇÃO DE VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO NA LEGISLAÇÃO. Infração reconhecida. 3. BASE DE CÁLCULO. a) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. b) UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. Fatos não contestados. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) VENDA PARA CONTRIBUINTE SEM INSCRIÇÃO ESTADUAL; b) VENDA PARA CONTRIBUINTE DESABILITADO. Argumentos defensivos não elidem as infrações. Fatos não contestados. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/09/2013, e cientificado o sujeito passivo em 21/10/2013 com a entrega de todos os demonstrativos, conforme Termo de Declaração de Recebimento de Peças Processuais e Recibo de Arquivos Eletrônicos às fls. 95 e 101, para exigência de ICMS no valor de R\$64.945,74, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS no valor de R\$969,52, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2009 a abril de 2010, conforme demonstrativo às fls. 10 a 14.

Infração 02 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS no valor de R\$16.404,96, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no período de fevereiro a dezembro de 2009, março, maio, junho, agosto a dezembro de 2010, conforme demonstrativo às fls. 15 a 17. Saída em devolução sem tributação.

Infração 03 – 01.03.12 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$32.007,82, relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de fevereiro de 2009 a dezembro de 2010, conforme demonstrativo às fl.18. Em complemento consta: Deixou de efetuar o estorno proporcional de saída isenta ou não tributada, em relação ao total de saídas.

Infração 04 - 03.02.06 - Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$8.860,73, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, no mês de abril de 2009, conforme demonstrativo às fls. 19 a 59.

Infração 05 - 03.02.06 - Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$2.551,26, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, no mês de abril de 2009, conforme demonstrativo à fl. 60.

Infração 06 - 07.04.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, no total de R\$3.263,60, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações

internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no mês de abril de 2009, conforme demonstrativos às fls. 61 a 78. Em complemento consta: Venda para contribuinte sem inscrição estadual.

Infração 07 - 07.04.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, no total de R\$887,85, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no mês de abril de 2009, conforme demonstrativos às fls.79 a 83. Em complemento consta: Venda para contribuinte desabilitado.

O autuado, através de seu representante legal, em sua impugnação às fls.104 a 107, impugnou o auto de infração com base nas seguintes razões defensivas.

Alega a existência de equívocos no lançamento, tais como:

- a) cálculo do imposto de produtos isentos, “POLPA DE CACAU” como sendo tributado;
- b) exigência de pagamento de imposto de Notas Fiscais canceladas;
- c) exigência de imposto sobre devoluções, quando as respectivas NF foram regularmente emitidas com destaque do imposto e as operações regularmente escrituradas;
- d) exigência da substituição tributária em operações com mercadorias tributadas, ou seja fora do Anexo 88 do RICMS, quando estas se destinam a não contribuinte ou para contribuintes desabilitados.

Infração 01 - 02.01.03

Alega que foi exigido imposto sobre diversas Notas Fiscais de produtos isentos, “POLPA DE CACAU” como sendo tributado, no valor de R\$106,11, ferindo o artigo 14, III, do RICMS/97.

Infração 02 – 02.01.03

Admite que o débito lançado existe parcialmente, com base em três situações a seguir alinhadas.

Primeiro, diz que a Nota Fiscal nº 022869, foi emitida originalmente pelo fornecedor a NF-e nº 003 sem o destaque do ICMS não sendo aproveitado nenhum crédito na operação, assim a devolução também foi emitida sem o destaque do ICMS, não causando prejuízo ao erário estadual.

Segundo, as Notas fiscais seguintes, estão todas com destaque de ICMS e regularmente registradas nos Livros Fiscais a seguir: A NF 2501 está registrada à pag 258 do livro nº 0024, a NF 2759, registrada à pag. 288 do livro nº 0024, a NF 005447, registrada à pag 178 do livro nº 0025, a NF 005832, registrada à pag 247 do livro nº 0025, a NF 7722, registrada à pag 53 do livro nº 0026, a NF 8685, registrada à pag 172 do livro nº 0026, a NF 22871, registrada à pag 205 do livro nº 0035, a NF 22874, registrada à pag 18 do livro nº 0036, a NF 25581, registrada à pag 65 do livro nº 0038, sem destaque de ICMS, porém foi emitida uma NF complementar de nº 26763 em 06/12/2013, com o destaque do ICMS e está registrada à pagina 41 do livro nº 0039.

Terceiro, as notas fiscais de nºs 25579, 25580 e 22870 estão todas canceladas, não gerando portanto, qualquer interferência no valor do imposto.

Infração 06 – 07.04.03

Argumenta o débito deste item inexiste, porque todas as mercadorias constantes desta suposta infração são mercadorias tributadas, portanto não cabendo retenção do ICMS, mesmo quando comercializadas para não contribuintes. Destaca que a figura do sujeito passivo por substituição só existe em relação às mercadorias incluídas no regime de substituição tributária, o que não é o caso.

Infração 07 – 07.04.03

Arguiu a insubsistência deste item, porque todas as mercadorias constantes desta suposta infração são mercadorias tributadas, portanto não cabendo retenção do ICMS, mesmo quando

comercializadas para contribuintes desabilitados. Repete, que não se aplica neste caso a figura do sujeito passivo por substituição.

Informou que refez os cálculos e com as devidas correções, resultou no demonstrativo consolidado abaixo, onde procurou excluir as incorreções.

INFRAÇÕES	VL.INICIAIS	VL.CONTESTADOS	VL.RECONHECIDOS
Infração 01 – 02.01.03	969,52	106,11	863,41
Infração 02 – 02.01.03	16.404,96	9.621,89	6.783,07
Infração 03 – 01.03.12	32.007,82	-	32.007,82
Infração 04 – 03.02.06	8.860,73	-	8.860,73
Infração 05 – 03.02.06	2.551,26	-	2.551,26
Infração 06 – 07.04.03	3.263,60	3.263,60	-
Infração 07 – 07.04.03	887,85	887,85	-
TOTAIS	64.945,74	13.879,45	51.066,29

Ao final, requer a procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$51.066,29.

Na informação fiscal à fl. 137, o autuante contestou em parte, a defesa apresentada pelo contribuinte, conforme abaixo:

Com relação às infrações 01 e 02, acatou as razões apresentadas pelo contribuinte.

Quanto às infrações 06 e 07, argumenta que não procede às razões apresentadas pelo contribuinte, tendo em vista que o autuado é o responsável pelo recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, nas operações de saídas internas que efetuar destinadas a outro não inscrito no Cadastro de contribuintes.

Às fls. 138 a 144 consta Termo de Confissão de Dívida subscrito pelo autuado, referente às parcelas reconhecidas nos valores R\$863,41; R\$6.783,09; R\$32.007,82; R\$8.860,73 e R\$2.441,26, e nas fls. 147 a 150, documentos extraídos do SIDAT, correspondente ao pagamento das parcelas reconhecidas no total de R\$51.066,29.

VOTO

O Auto de Infração registra o cometimento de 07 (sete) infrações, sendo que, o sujeito passivo na peça defensiva não se insurgiu às infrações 03, 04 e 05, relativas a recolhimento a menor do ICMS em razão da utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo, nos valores de R\$969,52; \$8.860,73 e R\$2.551,26, respectivamente. Portanto, ante o reconhecimento do sujeito passivo, considero tais infrações subsistentes.

Quanto às infrações 01 e 02, relativas a falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, o sujeito passivo logrou êxito na comprovação parcial de erros na apuração dos débitos, relativamente a exigência de imposto sobre produtos isentos (polpa de cacau); devolução de mercadoria sem destaque de imposto na saída em virtude de não ter sido creditado o imposto por ocasião da entrada; notas fiscais canceladas e notas fiscais com destaque do imposto.

Para estes itens, concluo pela procedência parcial nos valores de R\$6.783,07 e R\$32.007,82, reconhecidos pelo autuado e confirmados pelo autuante.

Com relação às infrações 06 e 07, o fulcro da autuação é de que o autuado deixou de proceder a retenção do ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição,

relativos às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes sem inscrição estadual e para contribuinte desabilitado, respectivamente.

No caso do item 06, consta no levantamento às fls.61 a 78, a relação das notas fiscais de venda para contribuintes sem inscrição estadual, no qual, a quantidade das mercadorias vendidas indica que foram destinadas para fins comerciais.

Já o item 07, no levantamento fiscal às fls. 79 a 83, encontram-se especificados os contribuintes que estão com suas inscrições estaduais irregulares, e foi acostado aos autos pelo autuante o Histórico de Situação dos mesmos, extraído no INC – Informações do Contribuinte da Secretaria da Fazenda.

Na defesa, o autuado argumenta que é indevida a exigência fiscal, porque todas as mercadorias constantes destes itens são mercadorias tributadas, portanto não cabendo retenção do ICMS, mesmo quando comercializadas para não contribuintes.

Portanto, o cerne da questão é se realmente as mercadorias objeto da autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária e se os destinatários tem inscrição estadual e se estão desabilitados no cadastro fazendário.

De acordo com o levantamento fiscal as mercadorias são: APRESUNTADO; BACALHAU; PEIXE SECO; BATATA PALITO; CAMARÃO; CODORNA; CREME VEGETAL; EMPANADO DE FRANGO; ESPETO DE FRANGO; HAMBURGER; CHARQUE; LINGÜIÇA CALABRESA, DE FRANGO E MISTA; MANTEIGA; MARGARINA; MORTADELA; PRESUNTO; QUEIJO; REQUEIJÃO CREMOSO; SALSICHA; PEIXE INDUSTRIALIZADO (STEAK).

Analisarei os itens em questão conjuntamente, pois o fulcro da autuação de ambos foi a falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes não inscritos e para contribuintes com situação cadastral irregular.

A infração 06 faz referência a falta de retenção e recolhimento do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas para contribuintes não inscritos no cadastro fazendário.

Já a infração 07, diz respeito à falta de retenção e recolhimento do imposto nas vendas realizadas para contribuintes do ICMS desabilitados no Cadastro Fazendário.

Nos demonstrativos constantes às fls. 61 a 78, estão discriminados em colunas específicas todos os produtos e seus destinatários.

No caso das vendas para contribuintes não inscritos, a quantidade constante em cada documento fiscal indica que tais produtos foram destinados de fim comercial.

Já no caso das vendas para contribuintes em situação irregular, examinando os documentos acostados pelo autuante às fls. 84 a 93 (extratos da situação cadastral dos contribuintes – histórico da situação), verifico que foi feito um cruzamentos dos documentos fiscais com o Banco de Dados – Sistema INC – Informações do Contribuinte, da Sefaz, na data da emissão dos referidos documentos fiscais, constatando-se que os destinatários das mercadorias se encontravam com inscrição estadual na situação de CANCELADO, EM PROCESSO DE BAIXA ou BAIXADO. Logo, a acusação fiscal está fundamentada nos citados elementos de provas, quais sejam, os dados existentes nos controles da Secretaria da Fazenda. Portanto, os fatos arguidos estão acobertados por provas materiais trazidas aos autos.

O autuado, por seu turno, alegou que as mercadorias não estão enquadradas no regime de substituição tributária.

De acordo com o artigo 353, inciso I, do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, independente da situação tributária das mercadorias, quando ocorrer vendas para contribuintes com situação cadastral irregular, ou quando destinadas a contribuintes não inscritos, o vendedor, no caso o autuado, é o responsável pela retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de

sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto;

Desta forma, no caso de o contribuinte está com sua inscrição irregular perante o fisco, para fins fiscais deve ser considerado como contribuinte sem inscrição cadastral, devendo ser aplicado o disposto nos artigos 167, 170 e 171, combinado com o artigo 914, todos do RICMS/97, e efetuar a retenção do imposto pelo estabelecimento vendedor na qualidade de substituto tributário pelas operações subsequentes do adquirente.

Desta forma, restando comprovado que os contribuintes destinatários das mercadorias se encontravam irregular no tocante à sua situação cadastral (sem inscrição; e desabilitados), considero correto o entendimento da fiscalização em exigir a correta tributação sobre as operações objeto da lide na forma regulamentar.

Mantido os débitos nos valores R\$3.263,60 e R\$887,85, respectivamente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$55.217,76, cuja configuração do débito passa a ser a seguinte:

INFRAÇÕES	VL.INICIAIS	VL. JULGADOS
Infração 01 – 02.01.03	969,52	863,41
Infração 02 – 02.01.03	16.404,96	6.783,09
Infração 03 – 01.03.12	32.007,82	32.007,82
Infração 04 – 03.02.06	8.860,73	8.860,73
Infração 05 – 03.02.06	2.551,26	2.551,26
Infração 06 – 07.04.03	3.263,60	3.263,60
Infração 07 – 07.04.03	887,85	887,85
TOTAIS	64.945,74	55.217,76

Ressalto que os demonstrativos de débitos das infrações encontram-se às fls.40 e 41.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278936.0021/13-9**, lavrado contra **FRIJEL FRIGORÍFICO E ESTIVAS JEQUIÉ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.217,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alíneas “a”, “e”, e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR