

A. I. Nº - 269358.0052/14-0
AUTUADO - CABRAL & SOUSA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LUIS SOUSA SANTOS
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 22/10/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0226-03/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. O impugnante não elide a acusação fiscal. Comprovada a sujeição ao regime de substituição tributária das operações com as mercadorias arroladas no levantamento fiscal, ante a total convergência das NCM das mercadorias constantes das notas fiscais e as discriminadas no item 8.5, do inciso II, do art. 353, o RICMS-BA/97. Infração caracterizada. 2. BENEFÍCIO FISCAL. DECRETO Nº 7.799/00. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. a) VENDAS PARA NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS. VENDAS PARA PESSOAS NÃO INSCRITAS. Infração reconhecida. b) VENDAS PARA CONTRIBUINTE DESABILITADOS. b.1) RECOLHIMENTOS A MENOS. b.2) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Demonstrado nos autos que somente a partir de 01/10/2011 entrou em vigor a obrigação da Secretaria da Fazenda de cientificar o emitente de NF-e da denegação da Autorização de Uso da NF-e, em virtude de irregularidade fiscal da empresa destinatária localizada neste Estado da Bahia, consoante previsão expressa na alínea “b” do inciso II do art. 231-G do RICMS-BA/97. Mantidas as exigências com data de ocorrência do fato gerador anterior a 01/10/2011, ficando reduzido o débito das infrações 03 e 04. Infrações parcialmente subsistentes. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração lavrado em 25/06/2014, exige crédito tributário no valor histórico de R\$8.363,82, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo discriminadas:

Infração 01 - 07.01.03. Multa percentual sobre imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime Substituição Tributária, e devidamente na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$4.275,84, resultante da aplicação da multa de 60% sobre o valor da antecipação não pago tempestivamente.

Consta como suplemento: “O estabelecimento auditado adquiriu em operações interestaduais mercadorias sujeitas ao pagamento do ICMS por ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA omitindo-se de tal pagamento, promoveu operações de saída de tais mercadorias tributando-se pelo regime normal de apuração. As operações acham-se discriminadas no Demonstrativo Anexo I, parte integrante do presente Auto de Infração.” Demonstrativo às fls. 08 a 11;

Infração 02 - 03.02.06. Recolhimento a menos do ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de fevereiro e março de 2011. Exigido o valor de R\$18,77, acrescido da multa de 60%;

Consta como suplemento: “VENDAS PARA NÃO CONTRIBUINTES - O estabelecimento auditado, signatário do Termo de Acordo previsto no Artigo 7º do Decreto nº 7.799/2000, promoveu operações de saída de mercadorias tributáveis para não contribuintes do ICMS, reduzindo indevidamente a base cálculo de tais operações em 41,176%, em desacordo com o disposto no art. 1º, parágrafo 3º do referido Decreto, resultando em determinação do ICMS em valor menor do que o devido. As operações acham-se elencadas no Demonstrativo Anexo II, parte integrante do presente Auto de Infração.” Demonstrativo às fls. 12 a 15;

Infração 03 - 02.15.06. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$2.772,97, acrescido da multa de 60%;

Consta como suplemento: “VENDAS A CONTRIBUINTES DESABILITADOS - O estabelecimento auditado, signatário do Termo de Acordo previsto no Artigo 7º do Decreto nº 7.799/2000, promoveu operações de saída de mercadorias tributáveis para contribuintes desabilitados no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia, reduzindo indevidamente a base cálculo de tais operações em 41,176%, em desacordo com o disposto no Artigo 1º, do referido Decreto, resultando em determinação do ICMS em valor menor do que o devido. As operações acham-se elencadas no Demonstrativo Anexo III, parte integrante do presente Auto de Infração.” Demonstrativo às fls. 16 a 54;

Infração 04 - 07.02.03. Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$1.296,24, acrescido da multa de 60%;

Consta como suplemento: “FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS EM OPERAÇÕES DE SAÍDA PARA CONTRIBUINTES DESABILITADOS - O estabelecimento auditado, signatário do Termo de Acordo previsto no Artigo 7º do Decreto nº 7.799/2000, promoveu operações de saída de mercadorias tributáveis para contribuintes desabilitados no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia, omitindo-se de proceder à retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária. As operações acham-se evidenciadas no Demonstrativo Anexo IV, parte integrante do presente Auto de Infração.” Demonstrativo às fls. 55 a 117;

O sujeito passivo, através de advogado, procuração à fl. 157, ingressa com impugnação às fls. 148 a 154, depois de reproduz o teor das infrações que lhe foram imputadas e destacar a tempestividade da defesa, articula os argumentos abaixo enunciados.

Em relação à infração 01, revela que a descrição atribui classificação errônea das mercadorias arroladas no levantamento fiscal como “normais”, deixando de fazer a antecipação total pela entrada, razão pela qual foi cobrado na autuação o imposto por antecipação.

Ressalta que verificando os termos do Anexo I do Auto de Infração nota-se que o autuante realizou a cobrança da Antecipação Total, durante todo o período de 2011, sobre a aquisição interestadual de balas, pirulitos, caramelos e dropes, olvidando-se a exclusão do regime de substituição tributária: gomas de mascar, bombons, balas, confeitos, caramelos, pastilhas, dropes e pirulitos, consoante redação do item 8 do Anexo 88 do RICMS-BA/97 alterada pelo Dec. nº 11.289, de 30/10/2008, publicado em 31/10/2008, e com vigência a partir de 01/01/2009.

Arremata firmando que procedeu corretamente ao tributar tais mercadorias normalmente pela saída, tal como constatado pela fiscalização na descrição da infração.

No que diz respeito à infração 02, diz reconhecer sua procedência e que será paga.

Quanto às infrações 03 e 04 observa que antes de conceder a autorização de uso das notas fiscais eletrônicas, a Secretaria Estadual da Fazenda analisa uma série de requisitos imprescindíveis, dentre os quais se destaca a regularidade fiscal do destinatário.

Explica que se o destinatário não estiver em situação fiscal regular, a Fazenda denega a autorização de uso da NF-e, conforme se depreende da leitura do item 4.1.10 do Manual de Integração do Contribuinte, versão 2.0 de junho/2008, disponibilizado no Portal da Nota Fiscal Eletrônica (<http://www.nfe.fazenda.gov.br/PORTAL/listaConteudo.aspx?tipoConteudo=jX820xdYiQU=>). Tal dispositivo é repetido no Manual de Integração do Contribuinte, versão 3.0 de março/2009.

Esclarece que, no mesmo sentido, o art. 231-G, inciso II, alínea “b”, do RICMS-BA/97 dispõe que a irregularidade fiscal da empresa destinatária sediada na Bahia ocasionaria a denegação da nota fiscal eletrônica. Prossegue frisando que caso o destinatário da mercadoria não esteja cadastrado, a Fazenda denega a autorização de uso da NF-e, impedindo a sua regular emissão. Arremata que tal fato, todavia, não ocorrerá.

Assinala que, não obstante os destinatários das mercadorias estivessem com irregularidades no cadastro, esse fato não lhe fora sinalizado, permitindo a emissão das notas fiscais normalmente.

Sustenta que, com a vigência das notas fiscais eletrônicas e com fulcro nos aludidos dispositivos, convicto que o Estado não autorizaria notas fiscais com destino a contribuintes desabilitados, deixou de conferir tal situação, tendo sido levado a erro pelo Estado e pela legislação tributária estadual. Reafirma que foi levada a crer, pela própria SEFAZ, que os destinatários das mercadorias se encontravam em situação de regularidade cadastral e, justamente por esta razão, aplicou a alíquota de 7% às operações de saída e deixou de recolher o ICMS ST - obrigatório apenas nas saídas para contribuintes em situação de irregularidade cadastral. Afirmo que agiu fundamentada no princípio da boa-fé, confiando nos atos da própria Administração Pública.

Reproduz trecho da ementa do acórdão do TJ-SC - AC: 751149 SC 2008.075114-9, para ilustrar que em casos análogos, o Poder Judiciário vem reconhecendo a procedência do direito do contribuinte.

Requer o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal como “*custus legis*”, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária, para enriquecer esta lide, o que certamente poderá fazer com suas sempre judiciosas manifestações.

Conclui, conforme razões expostas, pugnando para que seja homologado o pagamento da multa relativa à infração 01 com redução legal, conforme razões expostas e julgadas improcedentes as infrações 03 e 04.

A autuante presta informação, fls. 161 a 170, depois resumir as alegações da defesa, alinha suas ponderações na forma a seguir sintetizada.

Em relação à infração 01, sustenta que não prospera o argumento defensivo. Inicialmente destaca que defesa labora em erro ao afirmar que se exige o ICMS devido por antecipação total. Explica que a fiscalização ao constatar que o autuado não adimpliu a obrigação tributária devida por antecipação, mas tributo normalmente a saída dos produtos elencados, aplicou-se o art. 42, inciso II, alínea “d” e §1º da Lei 7.014/96, ou seja, a exigência circunscreve-se à multa formal proporcional pela falta de pagamento do imposto por antecipação tributária, sem olvidar seu pagamento pelo regime normal, conforme determinação expressa do aludido dispositivo regulamentar.

Registra que destituída de fundamento é também a afirmação do impugnante de que o fisco está a exigir ICMS por antecipação tributária total sobre a aquisição interestadual de balas, pirulitos, caramelos e drops, “olvidando-se que a redação do item 8 do Anexo 88 foi alterada pelo Dec. nº 11.289, de 30/10/2008, publicado em 31/10/2008 e com vigência a partir de 01/01/2009, excluiu do regime de substituição tributária: gomas de mascar, bombons, balas, confeitos, caramelos, pastilhas, drops e pirulitos”.

Diz que não houve e não há desconhecimento desta importante particularidade. Observa que a hipótese considerada não é esta e sim a prevista no art. 353, inciso II, item 8.5, do RICMS-BA/97, então vigente, cujo teor reproduz.

Sustenta que se verificando o “Demonstrativo Anexo I”, base analítica da infração, constata-se de plano que todos os códigos NCM dos produtos ali elencados estão presentes no dispositivo citado e, como tal, seu regime de apuração e recolhimento deveria ser por antecipação tributária total, e não pelo regime normal como operado pelo estabelecimento fiscalizado. Arremata asseverando a procedência da infração

No tocante às infrações 03 e 04, frisa que o argumento da defesa é de que não pode ser penalizada uma vez que, emitente de Nota Fiscal Eletrônica, teve franqueada a sua emissão para contribuintes desabilitados no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia, quando segundo o Manual de Integração do Contribuinte disponibilizado pelo Ministério da Fazenda, tal emissão deveria ser coibida. Diz que o impugnante também alega que o art. 231-G, inciso II, alínea “b”, do RICMS-BA/97 dispunha que a irregularidade fiscal da empresa destinatária sediada na Bahia ocasionaria a denegação da nota fiscal eletrônica, fato não ocorrido no caso em epígrafe, e que sua boa-fé e confiança no controle por parte da SEFAZ o teria levado a não conferir a situação cadastral dos destinatários, tendo sido levado a erro pelo Estado e pela legislação tributária estadual.

Assinala que o Estado da Bahia, não obstante a sugestão presente no Manual de Integração Contribuinte elaborado pelo Ministério da Fazenda desde 2008, não interditava a emissão da nota fiscal eletrônica quando os destinatários estavam em situação cadastral irregular. Diz que o argumento, no seu entendimento, era que não poderia haver a restrição ao comércio, já que bastava ao remetente promover a tributação pelo regime normal padrão e a subsequente substituição tributária quanto às operações seguintes, para tornar plenamente regular a operação.

Relata que o Estado da Bahia, com fundamento na sua autonomia federativa, não considerava plausível a restrição ali sugerida, pois, apenas a irregularidade cadastral do remetente é que interditava na Bahia a emissão da Nota Fiscal Eletrônica até 30/09/2011. Explica que só a partir de 01/10/2011 é que o RICMS-BA/97 passou a restringir a emissão por irregularidade cadastral do destinatário, consoante teor do seu art. 231-G que reproduz.

Assinala que a partir de 01/10/2011 prevalece o argumento defensivo. Destaca que desta data em diante, o mero fato de emitir a Nota Fiscal Eletrônica já deveria sinalizar a regularidade cadastral do destinatário, desonerando o emitente da responsabilidade por substituição, já que esta não poderia mais ser exercida pela própria impossibilidade de emissão da nota fiscal eletrônica. Prossegue ressaltando que antes, tal responsabilidade subsistia, qual seja o emitente poderia promover operações com desabilitados no cadastro, uma vez tributando-se pelo regime normal padrão e assumida a responsabilidade por substituição.

Afirma que, desse modo, é de se considerar elidida a tributação levada a efeito nos Demonstrativos Anexo III - infração 03 e Anexo IV - 04, quanto aos fatos geradores 10/2011, 11/2011 e 12/2011, pelos fundamentos acima expostos.

Conclui opinando pela procedência parcial do lançamento.

VOTO

Cuida o presente lançamento de ofício de quatro infrações a legislação do ICMS, conforme teor explicitado no preâmbulo do Relatório.

A infração 02 teve seu cometimento expressamente reconhecido pelo autuado, portanto, inexistindo lide, resta mantida a autuação.

A infração 01 cuida da exigência de multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime Substituição Tributária, e devidamente registrado na escrita

fiscal, com saída posterior tributada normalmente, consoante demonstrativo acostado às fls. 08 às 11.

Em sede de defesa, o impugnante asseverou que o Auto de Infração realizou a cobrança da “Antecipação Total” no exercício de 2011 sobre a aquisição interestadual de balas, pirulitos, caramelos e dropes, olvidando-se que, a redação do item 8 do Anexo 88 do RICMS-BA/97 foi alterada pelo Dec. nº. 11.289, de 30/10/2008, publicado em 31/10/2008, e com vigência a partir de 01/01/2009 excluiu do regime de substituição tributária: gomas de mascar, bombons, balas, confeitos, caramelos, pastilhas, dropes e pirulitos. Sustentou a improcedência da acusação fiscal sob o fundamento de que procedera corretamente ao tributar normalmente as mercadorias arroladas no levantamento fiscal.

De plano, deve ser consignado o equívoco cometido pelo autuado ao afirmar que este item da autuação “está sendo exigida a cobrança da “Antecipação Total” no exercício de 2011 sobre a aquisição interestadual de balas, pirulitos, caramelos e dropes,” tendo em vista resta nitidamente evidenciados na acusação fiscal e no demonstrativo integrante do Anexo I, fls. 09 a 11, que a exigência se constitui explicitamente de multa percentual sobre o valor do imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária com saída posterior tributada normalmente. Logo, em perfeita consonância com a expressa determinação do §1º, da alínea “d”, do inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96. Como, aliás, afigura-se devidamente consignando na infração 01 - 07.01.03.

No tocante alegação do impugnante de que procedera corretamente ao tributar normalmente nas saídas as mercadorias goma de mascar, bombons, balas, confeitos, caramelos, pastilhas dropes e pirulitos se estribando na exclusão destas mercadorias do item 08 do Anexo 88 do RICMS-BA/97, promovida pela alteração consoante Dec. nº 11.289/08, constato que também não deve prosperar a pretensão da defesa, uma vez que todas as mercadorias arroladas no levantamento fiscal identificadas com o NCM 1806.90.00 e 1806.31.20, referem-se a produtos que se encontram devidamente contemplados no item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97, *in verbis*:

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:

[...]

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

[...]

8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00;

Nestes termos, fica demonstrado que as mercadorias elencadas no levantamento fiscal estão sujeitas à antecipação do tributo relativo à operações subsequentes a serem realizadas pelo adquirentes neste Estado e, por consequência, resta subsistente a infração 01.

No que pertine às infrações 03 e 04, que tratam, respectivamente, do recolhimento a menos do ICMS em razão de utilização indevida de benefício fiscal da redução da base de cálculo e da falta de retenção e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, ambas decorrentes de operações realizadas pelo impugnante com contribuintes desabilitados no CAD-ICMS, o autuado refutou o cometimento desses itens da autuação sob a alegação de que lhe deveria ser denegada a Autorização de Uso da NF-e em virtude de irregularidade fiscal da empresa destinatária localizada neste Estado e caberia à SEFAZ lhe cientificar a ocorrência.

Como lastro da alegação o impugnante apontou como fundamento a previsão constante do art. 231-G do RICMS-BA/97 e do item 4.1.10 do Manual de Integração do Contribuinte disponibilizado no Portal da Nota Fiscal Eletrônica.

O autuante ao proceder à informação fiscal concordou parcialmente com a alegação da defesa ponderando que a determinação regulamentar para a SEFAZ informar ao contribuinte emitente de NF-e de que o destinatário neste Estado se encontrava irregular no CAD-ICMS, somente entrou em vigor com a Alteração nº 147 (Decreto nº 13165, de 11/08/11, DOE de 12/08/11), efeitos a partir de 01/10/11, que incluiu a alínea “b” no inciso II do art. 231-G do RICMS-BA/97, a denegação da Autorização de Uso da NF-e, em virtude de irregularidade fiscal da empresa destinatária localizada neste Estado.

Depois de examinar os elementos que compõem esses dois itens da autuação, constato que, de fato, somente nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2011, assiste razão autuado uma vez que passou a vigorar a obrigação do fisco em informar a regularidade cadastral dos destinatários neste Estado aos emitentes de NF-e, desonerando o autuado da responsabilidade por substituição tributária, já que não poderia ser exercida pela impossibilidade de emissão da nota fiscal eletrônica.

No que tange aos demais meses anteriores à vigência, o autuado somente poderia promover operações com contribuintes desabilitados no CAD-ICMS tributando pelo regime normal e assumindo responsabilidade por substituição.

É patente que nas operações envolvendo benefícios fiscais que exige o atendimento de condições para sua fruição deve o contribuinte consultar sempre as bases de dados da SEFAZ no portal da internet onde são disponibilizadas as informações quanto aos contribuintes com inscrições desabilitadas no CAD-ICMS-BA (<http://www.sefaz.ba.gov.br>, canal Inspetoria Eletrônica, seção Download, item Arquivos, CNPJ de Ativos e Inativos).

Uma vez demonstrado que os clientes do autuado se encontravam com suas inscrições desabilitadas, há que se convir que nesses casos o autuado não poderia usufruir do tratamento tributário diferenciado previsto no Dec. nº 7.799/00.

Assim, concluo pela subsistência parcial das infrações 03 e 04 que, com a exclusão das exigências atinentes aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2011 ficam reduzidas, respectivamente, para R\$1.383,16 e R\$784,46.

No tocante ao pleito do impugnante para o concurso da Procuradoria Fiscal nos presentes autos, fiscal indeferido, uma vez que, além de inexistir previsão legal de funcionamento da PGE-PROFIS na Primeira Instância do CONSEF, não vislumbro nos presentes autos qualquer aspecto de natureza jurídico-tributária que suscite a oitiva deste órgão especializado.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração **nº 269358.0052/14-0**, lavrado contra **CABRAL & SOUSA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.275,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “d” e “e” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multa pelo descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$2.186,39**, prevista no artigo 42, incisos II, “d”, §1º da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA