

A.I. Nº - 206951.0003/20-4
AUTUADO - BOX 111 ADEGA GOURMET LTDA.
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFRAZ – SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/02/2021

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0002-02/21-VD

EMENTA: **ICMS**. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Crédito decorrente de devoluções não comprovadas. Infração subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. **a)** UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. O contribuinte aplicou alíquota sem contemplar o adicional de 2% vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Demonstrado que a autuada utilizou o benefício fiscal previsto no Decreto nº 7.799/2000, sem, atender aos requisitos exigidos no art. 1º, inc. I e art. 3º-F. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 15/06/2020, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$51.553,17, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.28 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, apurada nos períodos de janeiro, junho, agosto, novembro de 2018, março, agosto e outubro de 2019. ICMS no valor de R\$5.101,37 acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 28, 30 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 309 e 310 do RICMS/2012.

A autuante informa que o contribuinte “*Utilizou crédito de devolução irregular e de notas fiscais de saídas, conforme observação contida no Demonstrativo Anexo I do PAF*”.

INFRAÇÃO 02 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação saídas de mercadorias regularmente escrituradas, apurada nos períodos de janeiro a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$6.308,86 acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

A autuante informa que o contribuinte “*Deixou de recolher o adicional do Fundo de Pobreza, previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96, conforme Demonstrativo II do PAF*”.

INFRAÇÃO 03 – 03.02.06 – Recolheu a menor o ICMS em razão da utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo, apurada nos períodos de janeiro a dezembro de 2019. ICMS no valor de R\$40.142,94 acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29, § 8º da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 267 e 268, a depender da hipótese, do RICMS/2012.

A autuante informa que “*A empresa utilizou o benefício do Decreto nº 7.799/2000, sem, contudo, atender aos requisitos exigidos pelo referido decreto previsto no art. 1º, inc. I, conforme Demonstrativo Anexo III do PAF*”.

A autuada através de sua sócia-administradora, impugna o lançamento, fls. 400 a 404, onde inicialmente reproduz as infrações, registra que o valor exigido no Auto de Infração, incluindo imposto e multa corresponde a R\$85.226,86, e afirma que por não concordar com autuação, apresenta suas razões de defesa.

Ao tratar da infração 01, referente a utilização indevida de crédito fiscal em dez operações citadas no Anexo I, assegura que efetuou corretamente o aproveitamento do crédito conforme descreve para cada nota fiscal.

- a) 000.131 – Conforme NFC-e de venda nº 876, de 20/12/2017, a mercadoria está de acordo com a NF-e nº 131 de devolução em 31/01/2018 – Anexo 1;
- b) 001.209 – Emitida carta de correção de CFOP onde lê-se 5.202, considere-se 1.202 – Protocolo nº 129180065072782 em 06/07/2018 – Anexo 2;
- c) 001.279 – Apesar de ter copiado na nota fiscal de venda o endereço errado, o CNPJ nº 33.995.184/0001-26, indicado na nota fiscal, corresponde ao contribuinte destinatário. Para melhor validar, pode-se observar nas operações subsequentes, conforme notas fiscais números 001.283, 001.566 e 001.567 – Anexo 3;
- d) 001.334 – Produto destacado na NF-e nº 001.322 errado. Identificado o erro, foi emitida a NF-e de devolução nº 001.334 cancelando a operação – Anexo 4;
- e) 001.348 – Trata-se de emissões duplicadas das mesmas mercadorias através das notas fiscais nº 001.313 e 001.316 em anexo, emitidas em 13/10/2018. Tendo posteriormente constatado o equívoco, foi emitida a NF-e 001.348 para devolução – Anexo 5;
- f) 000.008 – Nota fiscal de devolução referente a parte dos produtos constantes na nota fiscal nº 001.566 de 22/08/2019 – Anexo 6;
- g) 001.627 – Mercadoria devolvida dentro do prazo especificado na legislação – Anexo 7.

Conclui que pelos argumentos e documentos apresentados, resta provado que se apropriou de forma equivocada de R\$200,47 em crédito de ICMS e não R\$5.101,37, como diz a fiscalização.

Ao defender-se da infração 02, argui que recolheu de forma equivocada o ICMS do Fundo de Pobreza utilizando o código de receita 2141, referente a mercadoria substituída, quando deveria utilizar o código 2036 para as mercadorias tributadas. Portanto, entende que não deixou de recolher o imposto destinado ao Fundo de Pobreza, entretanto, ao efetuar o recolhimento o fez com o código de receita equivocado.

Apresenta tabela demonstrando os valores arrecadados em 2018, no montante de R\$5.994,48, quando deveria ter recolhido o ICMS no total de R\$6.308,86, segundo o Auto de Infração, para destacar que recolheu sob o código de receita 2141, que por ser equivocado, deve ser retificado para o código 2036, deixando de recolher extraído da apuração mensal, o valor de R\$1.451,71.

Salienta que recolheu parte do valor exigido no Auto de Infração e conclui que no ano deixou de recolher o valor de R\$314,38 referente ao ICMS do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, valor que providenciará o pagamento.

Quanto a infração 03, referente ao recolhimento a menor do ICMS em razão de ter utilizado indevidamente o benefício previsto no art. 1º, inc. I do Decreto nº 7.799/2000, assevera que solicitou junto a Secretaria da Fazenda o Termo de Acordo – Decreto nº 7.799/2000, previsto no seu art. 3º-F, que reproduz, tendo a solicitação deferida através do Processo nº 172.691/2018-7, parecer nº 37470/2018, em 20/11/2018.

Solicita a improcedência parcial da infração, sob o argumento de que não se verifica a existência de vinculação entre o art. 3º-F com o art. 1º e seus incisos do Decreto nº 7.799/2000.

Reitera que o Termo de Acordo não faz referência ao art. 1º, inc. I do Decreto nº 7.799/2000 e sim, delimita tão somente ao art. 3º-F que abrange as NCMs por ela utilizadas.

Admite que no demonstrativo apresentado pela fiscalização existem algumas vendas efetuadas a pessoas físicas que não fazem jus a redução da base de cálculo do ICMS, cujo valor do imposto soma R\$329,38, que reconhece como devido.

Requer a improcedência parcial do Auto de Infração, ao tempo que aguarda a sua retificação para recolhimento dos valores efetivamente devidos.

A informação fiscal prestada às fls. 456 a 458, registra inicialmente que a defesa pede a redução do valor do crédito reclamado sob a alegação de que em parte não houve o ilícito apontado.

Frisa que apesar de arguir que as mercadorias efetivamente foram devolvidas; que o imposto destinado ao Fundo de Pobreza foi efetivamente recolhido aos cofres públicos e que possuía Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/2000, não apresenta provas que possam elidir as infrações.

Afirma que nos argumentos expostos, referentes a infração 01, a defesa não consegue provar suas alegações, pois, a nota fiscal de venda a consumidor nº 876 que afirma ter sido devolvida através da nota fiscal nº 131, não foi apresentado o documento de venda, nem mesmo está nos arquivos da SEFAZ para averiguação, além do fato da devolução ter ocorrido 41 dias depois da venda, referente a uma nota fiscal de venda ao consumidor.

Quanto a nota fiscal nº 001.209, sobre a qual a defesa alega ter errado o CFOP, apresentando uma carta de correção, afirma que neste documento, não se identifica a que nota fiscal se refere, fl. 408.

Destaca que na nota fiscal de devolução nº 001.279, o endereço não confere com a nota fiscal de saída nº 001.270, fls.17 e 18.

Referindo-se a nota fiscal nº 001.334 que, segundo a defesa, seria correspondente a devolução da nota fiscal nº 001.322, afirma que esta se refere a despesa com refeição, e foi devolvida vinte dias depois, fls. 19 e 20, além do fato que o documento de nº 001.334 apresenta saída anterior à data de emissão.

Aponta que nota fiscal nº 001.348 refere-se à devolução, 45 dias depois das notas fiscais de vendas nº 001.313 e 001.316 terem sido emitidas, cujo destinatário é um bar, conforme cópias anexadas à informação.

Enfatiza que a nota fiscal nº 001.627 refere-se a venda efetuada através do documento de nº 001.616, fls. 29 e 30, a devolução ocorreu 21 dias depois, dentro da mesma cidade.

Conclui não assistir razão a autuada nos argumentos trazidos pela defesa para elidir a infração 01.

Ao tratar dos argumentos referentes a infração 02, afirma que estes, não devem prosperar, uma vez que a autuada deveria usar a alíquota de 27% nas saídas da mercadoria e utilizou 25% como pode ser observado no livro Registro de Saídas, cujas cópias estão anexas.

Acentua que o pagamento efetuado sob o código 2141 se refere a diferença de Antecipação Tributária, enquanto o crédito reclamado nessa infração foi apurado através de Auditoria de Débito. Assim, conclui que o argumento não tem nexo com a acusação.

Na infração 03, onde a defesa alega que a autuada é detentora do benefício do Decreto nº 7.799/2000, conforme parecer da SEFAZ, aponta que o referido benefício é destinado a atacadistas, condição que a autuada não se enquadra, conforme está previsto no art. 1º inc. I do citado decreto, que estabelece como condição para que o contribuinte faça jus ao benefício, o atendimento dos seus requisitos. Ou seja, o beneficiário obrigatoriamente deve vender 65% da mercadoria no atacado, quando o faturamento do ano anterior for menor ou igual a R\$45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).

Destaca que apesar de atender ao requisito do montante faturado, conforme demonstrativo, fl. 82, observa-se que a autuada não atinge o percentual exigido.

Ressalta que a Ordem de Serviço, emitida para a fiscalização do contribuinte, indica que deve ser verificada e apurada justamente esse procedimento.

Conclui, diante do exposto e de todas as provas que compõe o processo ratifica o procedimento fiscal, requerendo que seja o Auto de Infração julgado procedente, por ser da mais legítima justiça fiscal.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise, imputa ao sujeito passivo a acusação de três infrações à legislação do ICMS, todas tempestivamente impugnadas de forma parcial.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual, atualmente na condição de MICROEMPRESA, optante do SIMPLES NACIONAL, desde 01/01/2020, condição que se encontrava também no período de 25/06/2013 a 31/01/2017. Ou seja, entre 01/02/2017 a 31/12/2018, estava inscrito na condição NORMAL, apurando o ICMS no regime de conta corrente fiscal, tudo conforme registros do SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO CONTRIBUINTE – INC.

A atividade econômica desenvolvida pela autuada, está cadastrada no CNAE-FISCAL 4635-4/99 - COMÉRCIO ATACADISTA DE BEBIDAS NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE e secundárias de comércio varejista de bebidas e produtos alimentícios em geral, além de serviços de alimentação para eventos e recepções – bufê.

O contribuinte tomou conhecimento do início da ação fiscal, através da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, fl. 08 encaminhada via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, mensagem 157423, postada em 23/04/2020, lida no mesmo dia.

Às fls. 33 a 390, foram anexados os demonstrativos analíticos acompanhada de vasta documentação que comprovam a integridade dos dados constantes nos citados demonstrativos elaborados de forma clara e didática, fato que permitiu ao contribuinte conhecer as acusações que estão lhe sendo imputadas.

Preliminarmente, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara; é possível determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o lançamento, portanto, a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Não tendo a defesa arguido preliminar de nulidade passo a analisar o mérito das acusações.

A infração 01 acusa o contribuinte de ter utilizado crédito fiscal indevidamente, repercutindo na redução do ICMS a recolher, decorrente de operações classificadas como devoluções.

Em sua defesa, a autuada argumenta que os créditos são legítimos, porquanto as operações que deram origem a estes, tidos pela fiscalização como indevidos, efetivamente decorreram de operações de devoluções de mercadorias, apresentando para cada operação as razões que entendeu justificar a apropriação dos créditos, admitindo ser procedente apenas uma parte da exigência.

A autuante, em sede de informação fiscal rebateu pontualmente cada argumento, com base em dados, fatos e evidências constantes nos próprios documentos apresentados pela defesa como provas da validade dos créditos exigidos, demonstrando de forma clara e cabal que as provas trazidas pela defesa, não validam seus argumentos.

Constatou, que contrariamente, os documentos apresentados pela defesa terminaram por corroborar com a acusação, e sendo as informações prestadas pela autuante comprovadas pelos documentos trazidos aos autos, considero a infração 01 subsistente.

Em relação a infração 02, a acusação repousa no fato de ter a fiscalização constatado a falta de recolhimento do adicional de dois pontos percentuais, cuja arrecadação é inteiramente vinculada

ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96.

A defesa argumenta que procedeu parte do recolhimento do imposto, contudo, utilizou o código de receita 2141, referente a mercadoria substituída, quando deveria utilizar o código 2036 para as mercadorias tributadas.

Apresenta tabela relacionando todos os valores recolhidos com o código 2141 e cotejando com os valores apurados pela fiscalização, afirma que resta a recolher o montante de R\$314,38, referente ao ICMS do FUNCEP.

A autuante contesta os argumentos da defesa, afirmando que a autuada deveria usar a alíquota de 27% nas saídas da mercadoria, tendo utilizado 25% como pode ser observado no livro Registro de Saídas, cujas cópias estão anexas, sendo que os recolhimentos apresentados com a utilização do código de receita 2141, se refere a diferença de antecipação tributária, enquanto o crédito reclamado trata de imposto devido nas saídas.

Ao analisar detidamente o levantamento analítico elaborado pela autuante, anexo às fls. 34 a 60, verifica-se que as mercadorias relacionadas deveriam ter sido tributadas na saída, também com o adicional de dois pontos percentuais destinados ao FUNCEP, uma vez que se trata de mercadorias sujeitas a tributação normal, sendo também devido o ICMS – antecipação parcial, que foi recolhido, conforme constata-se ao examinar a relação de pagamentos efetuados em 2018 e janeiro de 2019.

Quanto aos recolhimentos efetuados com o código de receita 2141 – ICMS Antecipação Tributária Anexo 01 – Adicional Fundo Pobreza, a autuante assegura tratar-se de pagamento de valores referentes a diferença de antecipação tributária, não tendo relação com os valores exigidos na infração 02.

Verifico que a autuada não comprova sua alegação de que tais valores correspondem ao recolhimento do adicional de 2% destinado ao FUNCEP, não existindo nos autos qualquer evidencia que tal alegação seja consistente, e, assim não pode ser acolhida.

Quanto ao pedido de retificação do código de receita, esclareço que tal pedido deverá ser providenciado pelo contribuinte através de procedimento apartado, junto a unidade fazendária de sua circunscrição fiscal, por não ser cabível a sua apreciação neste processo administrativo fiscal.

Pelo exposto, considero procedente a exigência dos valores a recolher, sendo a infração 02 subsistente.

A infração 03, exige o ICMS recolhido a menor em razão da utilização indevida de benefício previsto no Decreto nº 7.799/2000, sem atender aos requisitos exigidos no seu art. 1º, inc. I.

A defesa argui que a autuada detém Termo de Acordo – Decreto nº 7.799/2000, concedido conforme Parecer nº 37470/2018, de 20/11/2018 e não se verifica a existência de vinculação entre o art. 3º-F com o art. 1º e seus incisos do citado decreto e não faz referência ao art. 1º, inc. I e sim, delimita tão somente a aplicação do art. 3º-F que abrange as NCMs por ela utilizadas.

Admite ser devido a exigência de R\$329,38 em virtude de vendas efetuadas a pessoas físicas que não fazem jus a redução da base de cálculo do ICMS, prevista no citado decreto.

A autuante, em sede de informação fiscal, mantém a infração, admitindo que a autuada é detentora do benefício, contudo, necessariamente, para usufruir do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, deve vender 65% do montante das mercadorias comercializadas no atacado para contribuintes do ICMS devidamente inscritos no Cadastro Estadual, quando o faturamento do ano anterior for menor ou igual a R\$45.000.000,00, que é o caso da autuada.

É fato que a autuada estava acobertada pelos benefícios do citado Decreto, uma vez que o Termo de Acordo assinado em 20/11/2018, conforme Parecer 37470/2018, teve vigência até 31/12/2019, período que contempla as ocorrências arroladas na infração 03.

Oportuno esclarecer que o Decreto nº 7.799/2000, concede a redução da base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do seu anexo, poderá ser reduzida em 41,176%, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, ao percentual de faturamento de 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais), consoante art. 1º, inc. I, perfil que se enquadra o contribuinte conforme demonstrativo, fl. 82.

Importante frisar, que para usufruto do benefício de redução da base de cálculo o contribuinte deverá observar o que dispõe o art. 1º, inc. I, cuja redação foi dada pelo Decreto nº 9.547/2017, com efeitos a partir de 20/09/2005:

Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

I - 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais);

Ressalto ser equivocado o entendimento da autuada, ao interpretar que o art. 1º, inc. I do Decreto nº 7.799/2000, “...não se aplica ao solicitado Termo de Acordo DEFERIDO pela Secretaria do Estado da Bahia., e que “...não existe nenhuma vinculação do art. 3º-F do o art. 1º e seus incisos.”, uma vez que tendo assinado o Termo de Acordo, o contribuinte submete-se a todas as condicionantes previstas no citado decreto, inclusive ao que prevê o seu art. 7º, *in verbis*:

Art. 7º A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H, 3º-I e 3º-J fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através do titular da Diretoria de Estudos Econômico-Tributários e Incentivos Fiscais, e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.

(Redação dada pelo Decreto nº 14.372/2013 com efeitos de 29/03/2013 até 06/05/2019.)

Da intelecção do dispositivo transscrito, conclui-se que o benefício concedido ao contribuinte atacadista nos termos do citado decreto é circunscrito a este estabelecimento, devendo este, se submeter integralmente às exigências e formalidades previstas no decreto, dentre as quais a celebração do Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda, que se constitui em mero instrumento de formalização para fruição do benefício fiscal, não podendo ultrapassar, tampouco limitar as condicionantes do Decreto nº 7.799/2000.

O demonstrativo, fl. 82, aponta que no período de 2019, abrangido pela fiscalização, em nenhum mês o percentual de faturamento de 65% do valor global das saídas, exigido para usufruto do benefício da redução da base de cálculo, foram destinadas a contribuintes do ICMS, portanto, a autuada, neste período, não fez jus ao benefício.

Assim, considero subsistente a infração 03.

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 206951.0003/20-4, lavrado contra **BOX 111 ADEGA GOURMET LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$51.553,17** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE
JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR
VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR