

A. I. N° - 148714.0010/04-8
AUTUADO - ST COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DA CONCEIÇÃO MACIEL PAOLILO
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 15/07/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0229-03/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a.)** ATRAVÉS DE DOCUMENTO FISCAL FALSO; **b)** EM AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EM CONTRIBUENTES INSCRITOS NA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Comprovado que parte dos créditos estão regulares por serem originários de estabelecimentos industriais. Subsiste, em parte, a acusação fiscal. **c)** MERCADORIA COM A FASE DE TRIBUTAÇÃO ENVERRADA. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a mercadoria adquirida com imposto antecipado. Excluída a exigência fiscal pertinentes a mercadorias que à época da ocorrência dos fatos não estavam enquadrados no regime de substituição tributária. Infração parcialmente subsistente. **d)** DESTINADA A CONTRIBUINTE DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. **e)** SEM APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL; **f)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Itens “a”, “d”, “e” e “f” não impugnados. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o destinatário deve efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado, com base na tabela de preços ao consumidor fornecido pelo fabricante, no prazo regulamentar. Infração elidida em parte. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/12/2004, exige ICMS de R\$201.890,76 acrescido das multas de 100% e 60% relativamente às seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. Consta, no campo da descrição dos fatos, que o contribuinte creditou-se indevidamente, sem apresentação das Notas Fiscais com exceção da NF n° 0262 da firma Frigorífico Pólo que comprovou-se a inidoneidade através da AIDF. Todas as notas fiscais listadas da firma Indústria de Cocos Itapoan, Inscrição Estadual n° 31.003.094 - NO e Mercantil Rodrigues Ltda., Inscrição Estadual n° 30.062.259 - NO encontram-se com a documentação da inidoneidade anexada ao Auto de Infração, com valor de R\$74.938,77.

02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto a microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, com valor de R\$11.103,93.
03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação, com valor de R\$13.509,13.
04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal, com valor de R\$841,66.
05. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 86, com valor de R\$14.374,91.
06. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, com valor de R\$65.560,20.
07. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, com valor de R\$21.562,16.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 1050 a 1053) através do seu representante legalmente constituído (fl. 1055), inicialmente descreveu as infrações e suscitou a nulidade da autuação porque a mesma apresenta diversos erros que indicou:

- 1) Que a glosa de créditos utilizados em compras de microempresas e EPP, trata-se de empresas que exercem atividades industriais e que é legal o crédito fiscal utilizado nos termos do art. 408, “e”, § 2º do RICMS/BA;
- 2) Foram glosados também os créditos fiscais relativos as aquisições de massas adquiridas das empresas Periquito e La Pastina Importação e Exportação Ltda, nos meses de julho de 1999 e abril, outubro e dezembro de 2000, sendo que estas mercadorias só foram incluídas no regime de substituição tributária a partir de 02/05/2001;
- 3) Que foi considerado indevido o crédito fiscal relativo à nota fiscal de nº 058609 da Cooperativa Agro Pecuária Vale do Rio Doce Ltda., e que pode se constatar à vista da folha 17 do livro de Registro de Entradas de nº 06 que não houve uso do crédito fiscal;
- 4) Que foi exigido ICMS por antecipação relativo às mercadorias constantes das notas fiscais de nºs. 105278, 129792 e 144488 emitidas pela empresa Massas Periquitos S.A e nºs. 27125, 31087, 33005, 32643, 344963, 33614 e 33799 emitidas pela empresa La Pastina, todas emitidas antes de 02/05/01 quando as mercadorias (massas e macarrão) foram incluídas no regime de substituição tributária;
- 5) Que as mercadorias constantes das notas fiscais de nºs. 29049, 31286 e 33255, emitidas pela empresa Emílio Pieri nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2000, só foram incluídas no regime de substituição tributária a partir de 18/07/2000.
- 6) Que foi exigido indevidamente o imposto relativo à nota fiscal de nº 1134 emitida pela empresa Ascex Comércio Importação e Exportação Ltda. e 73317 da Usina Caeté, sem considerar que o imposto foi recolhido através de GNRE;
- 7) Que foi exigido o imposto por antecipação relativo às mercadorias constantes da nota fiscal de nº 5500 emitida pela Copersucar, sem considerar que o imposto já havia sido retido conforme indicado na própria nota fiscal.

Conclui dizendo que são tantos os erros cometidos pela autuante que não resta outra alternativa senão requerer a nulidade do Auto de Infração.

A autuante, na informação fiscal prestada (fls. 1064 a 1067) inicialmente diz que, não tendo o autuado se manifestado na defesa apresentada em relação às infrações de nº 1, 4, 6 e 7, tais infrações devem ser mantidas.

Ressalta em relação às infrações não defendidas:

- a) A primeira trata da utilização indevida de crédito fiscal relativo a documentação fiscal inidônea no valor de R\$74.983,77;
- b) A quarta refere-se à utilização de crédito fiscal referente a mercadorias destinadas à outro contribuinte no valor de R\$841,66;
- c) A sexta decorre da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação dos documentos fiscais comprobatórios no valor de R\$65.560,20 e,
- d) A sétima trata de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documento fiscal.

Destaca que o valor total das infrações não defendidas corresponde a aproximadamente 80% do valor do imposto exigido na autuação, motivo pelo qual entende que não pode ser considerada a alegação defensiva de que o processo seja julgado nulo.

No que se refere à infração 02, diz que acata parte das alegações defensivas, de que os créditos fiscais utilizados são originários de microempresas industriais, exceto os créditos fiscais utilizados no mês de janeiro de 1999 provenientes de compras efetuadas da firma Cerealista Carolissa, Inscrição Estadual nº 45.482.926, cujo hard copy juntado à fl. 153, com prova que não se trata de microempresa industrial, prevalecendo o valor exigido de R\$2.296,83.

Relativamente à infração 03 diz que, em face das alegações defensivas:

- a) Acata as relativas ao crédito fiscal destacado nas notas fiscais emitidas nos meses de 07/99; 04/00; 10/00 e 12/00 (itens 2 e 4 da defesa), referente à aquisição de macarrão das empresas Massas Periquito e La Pastina, tendo em vista que estas mercadorias só foram incluídas no regime de substituição tributária a partir de junho/01. Apresentou um demonstrativo à fl. 1065, indicando os valores a serem deduzidos do demonstrativo de débito original;
- b) Não acata a alegação que se refere à nota fiscal de nº 58609 (fl. 159), cujo crédito no valor de R\$40,50 foi glosado, “tendo em vista tratar-se de mercadoria sujeita à antecipação tributária” (bebida Láctea), cujo crédito foi lançado à fl. 84 do livro de Registro de Entrada de nº 05 (fl. 781);
- c) Não acata a alegação do autuado em relação ao crédito indevido das NF 73317 e 5500, tendo em vista que os créditos foram utilizados indevidamente, já que o produto “açúcar” é enquadrado no regime de substituição tributária.

No que se refere à infração 05, falta de recolhimento do ICMS por antecipação, diz que:

- 1) Acata as alegações defensivas, quanto aos valores exigidos relativos às notas fiscais emitidas pelas empresas Massas Periquito e La Pastina, tendo em vista que se referem a compra de macarrão, que conforme explicado na infração 02, não estava incluído ainda nos exercícios de 1999 e 2000 no regime de substituição tributária. Apresentou um demonstrativo à fl. 1066, indicando os valores a serem deduzidos do demonstrativo de débito original;
- 2) Em relação às notas fiscais de nº 29049, 31286 e 33255 emitidas pela firma Emílio Pieri, acata as alegações defensivas quanto aos valores relativos a produtos classificados na

NCM 1806 3220 e entende que devem ser mantidos os valores exigidos em relação aos demais produtos que se enquadram no regime de substituição tributária, conforme demonstrativo juntado à fl. 1068;

- 3) Acata a alegação quanto ao valor de R\$130,25, no mês 06/00, cujo imposto foi recolhido através de GNRE;
- 4) Acata a alegação defensiva em relação aos valores exigidos de R\$620,49 e R\$1.512,48 no mês 10/00 relativo às notas fiscais de n.ºs. 73.317 e 5500, que tiveram o imposto retido na fonte.

Finaliza dizendo que acata parte das alegações defensivas e pede que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento dos documentos anexados ao Auto de Infração, conforme documentos juntados às fls. 1069 e 1070, concedendo prazo de 10 (dez) dias para se manifestar caso quisesse. Não tendo o autuado se manifestado, o processo foi encaminhado ao CONSEF para julgamento.

VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada sob a alegação de que de que o processo está "eivado de numerosos e incontestáveis erros", haja vista que tais equívocos se referem ao mérito da atuação que será aqui apreciado, não havendo motivação para a declaração de nulidade do Auto de Infração.

No mérito o presente processo faz exigência de ICMS relativo a utilização indevida de créditos fiscais (infrações 01, 02, 03, 04, 06 e 07) e pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação (infração 05).

O autuado não se defendeu das infrações 01, 04, 06 e 07, o que implica tacitamente no reconhecimento destas infrações, devendo ser mantidos os valores originariamente exigidos, conforme demonstrativos às fls. 01 a 06.

Quanto à infração 02, o autuado alegou que a autuante glosou créditos utilizados referente a compras efetuadas em microempresas e EPP que exercem atividades industriais.

A autuante acatou tais alegações, exceto o ICMS destacado nas notas fiscais de n.º 58, 59, 60, 61 e 77 emitidas pela Cerealista Carolissa no mês de janeiro de 1999.

Verifico que, conforme cópias das notas fiscais acostadas pela autuante às fls. 73 a 152, as referidas notas fiscais foram emitidas por estabelecimentos industriais e é legal a utilização do seu crédito fiscal nos termos do art. 408, "e", § 2º do RICMS/BA.

Quanto às notas fiscais emitidas pela Cerealista Carolissa Ltda, constato que, conforme documento juntado pela autuante à fl. 153, a empresa tem como atividade o comércio atacadista de frutas e verduras e não atividade industrial, sendo, portanto, vedada a utilização do crédito fiscal, conforme disposto no art. 97, XI do RICMS.

Dessa forma, acato o demonstrativo apresentado pela autuante à fl. 67, devendo ser mantida a exigência no valor de R\$2.296,83 relativa ao mês de janeiro de 1999 da infração 02.

No que se refere à infração 03, utilização de crédito fiscal de mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação, o autuado alegou que foram glosados indevidamente os créditos fiscais relativos a aquisições de macarrão, haja vista que estas mercadorias foram incluídas no

regime de substituição tributária a partir de 02/05/2001 e que não houve lançamento de crédito em relação à nota fiscal de nº 58609, tendo juntado às fls. 1057 e 1058 cópia da fl. 17 do livro de Registro de Entrada.

A autuante por sua vez, acatou as alegações relativas a utilização de crédito fiscal relativo a compra de macarrão, tendo apresentado um novo demonstrativo à fl. 1065.

Verifico que, em relação a nota fiscal de nº 58609, a autuante indicou no demonstrativo juntado à fl. 159, a base de cálculo de R\$337,50 e crédito indevido de R\$40,50 relativo a bebida láctea.

Constato que, cópia da nota fiscal acostada à fl. 194, indica a compra daquela produto que é enquadrado no regime de substituição tributária e a cópia da folha do livro de Registro de Entrada de nº 05, cuja cópia foi juntada pela autuante à fl. 781, indica que foi utilizado o crédito integral destacado na nota fiscal de R\$354,59. Portanto, está devidamente comprovado que foi utilizado o crédito de R\$40,50 relativo à aquisição de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

Observe que a cópia do livro juntado pelo autuado às fls. 1057 e 1058 se refere ao livro de Registro de Entrada de Mercadorias do mês de junho/00 e não há escrituração da nota fiscal de nº 58609 que foi lançada no mês de março/00.

Com relação às notas fiscais de aquisição de macarrão, tendo em vista que este produto só foi incluído no regime de substituição tributária a partir de junho/01 (Dec. 7.947/01), tomo como base o demonstrativo apresentado pela autuante à fl. 1065 e faço as exclusões dos valores exigidos, relativos a aquisição de macarrão nas empresas Massas Periquito e La Pastina, o que resulta em valor devido de R\$ 12.672,56, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorr.	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Valor/Autuado	(-)Exclusão	NF nº/fl.	Valor Devido
31/01/99	09/02/99	985,47	17,00	60,00	167,53			167,53
28/02/99	09/03/99	1.113,76	17,00	60,00	189,34			189,34
31/03/99	09/04/99	669,88	17,00	60,00	113,88			113,88
30/04/99	09/05/99	1.693,41	17,00	60,00	287,88			287,88
31/05/99	09/06/99	422,47	17,00	60,00	71,82			71,82
30/06/99	09/07/99	285,88	17,00	60,00	48,60			48,60
31/07/99	09/08/99	1.060,94	17,00	60,00	212,00	31,64	105278/1065	180,36
31/08/99	09/09/99	625,12	17,00	60,00	106,27			106,27
30/09/99	09/10/99	1.376,06	17,00	60,00	233,93			233,93
31/10/99	09/11/99	2.439,82	17,00	60,00	414,77			414,77
30/11/99	09/12/99	666,35	17,00	60,00	113,28			113,28
31/12/99	09/01/00	3.211,24	17,00	60,00	545,91			545,91
31/01/00	09/02/00	2.955,41	17,00	60,00	502,42			502,42
28/02/00	09/03/00	4.295,29	17,00	60,00	730,20			730,20
30/03/00	09/04/00	6.138,82	17,00	60,00	1.043,60			1.043,60
30/04/00	09/05/00	2.050,53	17,00	60,00	515,96	167,37	129792/1065	348,59
30/05/00	09/06/00	3.451,00	17,00	60,00	586,67			586,67
30/06/00	09/07/00	1.349,88	17,00	60,00	229,48			229,48
30/07/00	09/08/00	2.307,47	17,00	60,00	392,27			392,27
30/08/00	09/09/00	6.534,24	17,00	60,00	1.110,82			1.110,82
30/09/00	09/10/00	3.904,94	17,00	60,00	663,84			663,84
30/10/00	09/11/00	14.082,71	17,00	60,00	2.605,27	211,21	144488 e 27125/1065	2.394,06
30/11/00	09/12/00	1.646,12	17,00	60,00	279,84			279,84

31/12/00	09/01/01	11.277,65	17,00	60,00	2.343,55	426,35	33005, 32643,34496, 33614 e 33799/1065	1.917,20
Total					13.509,13			12.672,56

No que se refere à infração 05, falta de recolhimento do ICMS por antecipação, o autuado alegou que foi exigido imposto indevidamente relativo às:

- aquisições de macarrão nos exercícios de 1999 e 2000 quando este produto ainda não era enquadrado no regime de substituição tributária;
- as notas fiscais de nº 73317 e 5500 que teve o imposto pago através de GNRE da primeira e o imposto retido na fonte da segunda;
- notas fiscais de nºs. 29049, 31286 e 33255, emitidas pela empresa Emílio Pieri nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2000 cujos produtos só foram incluídos no regime de substituição tributária a partir de 18/07/2000.

A autuante acatou totalmente a primeira e a segunda alegações defensivas e quanto à terceira acatou parte dela, no que se refere aos produtos classificados na NCM 1806 3220, e manteve os valores exigidos em relação aos demais produtos que estão enquadrados no regime de substituição tributária.

O autuado tomou conhecimento da informação fiscal e não se manifestou dentro do prazo que lhe foi concedido, portanto não há mais nenhuma controvérsia. Tomo como base os demonstrativos apresentados pela autuante às fls. 274 a 279 e faço as exclusões conforme demonstrativo juntado à fl. 1066 e 1068, o que resulta em valor devido de R\$ 9.958,93, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorr.	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Valor autuado	(-) Exclusão	NF nº/fl.	Valor devido
31/01/99	09/02/99	1.248,29	17,00	60,00	212,21			212,21
28/02/99	09/03/99	1.248,76	17,00	60,00	212,29			212,29
31/03/99	09/04/99	686,53	17,00	60,00	116,71			116,71
30/04/99	09/05/99	2.405,06	17,00	60,00	408,86			408,86
31/05/99	09/06/99	535,12	17,00	60,00	90,97			90,97
30/06/99	09/07/99	200,12	17,00	60,00	34,02			34,02
31/07/99	09/08/99	1.181,88	17,00	60,00	273,01	72,09	105278/1066	200,92
31/08/99	09/09/99	554,24	17,00	60,00	94,22			94,22
30/09/99	09/10/99	1.743,00	17,00	60,00	296,31			296,31
31/10/99	09/11/99	2.836,24	17,00	60,00	482,16			482,16
30/11/99	09/12/99	1.060,06	17,00	60,00	180,21			180,21
31/12/99	09/01/00	5.760,18	17,00	60,00	979,23			979,23
31/01/00	09/02/00	1.939,24	17,00	60,00	355,58	25,91	29049/1066	329,67
28/02/00	09/03/00	2.035,35	17,00	60,00	493,47	147,46	31286/1066	346,01
30/03/00	09/04/00	4.813,06	17,00	60,00	883,38	65,16	33255/1068	818,22
30/04/00	09/05/00	1.348,18	17,00	60,00	537,39	308,20	129792/1066	229,19
30/05/00	09/06/00	2.821,82	17,00	60,00	479,71			479,71
30/06/00	09/07/00	1.719,65	17,00	60,00	422,59	130,25	1134/277	292,34
30/07/00	09/08/00	2.886,76	17,00	60,00	490,75			490,75
30/08/00	09/09/00	5.985,71	17,00	60,00	1.017,57			1.017,57
30/09/00	09/10/00	2.567,47	17,00	60,00	436,47			436,47
						388,93	144488/27125/ 1066	
						620,49	73317/278	
						1.512,48	5500/277	
31/10/00					2.990,37	2.521,90		468,47

30/11/00	09/12/00	1.819,47	17,00	60,00	669,23	359,92	31087/1066	309,31
31/12/00	09/01/01	8.430,06	17,00	60,00	2.218,20	785,09	33005, 32643, 34496, 33614 e 33799/ 1066	1.433,11
Total					14.374,91			9.958,93

Diante do 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 n.º **148714.0010/04-8**, lavrado contra **ST COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$187.831,11** acrescido das multas de 100% sobre R\$74.938,77 e 60% sobre R\$112.892,34 previstas no art. 42, IV, “j”; VII, "a" e II, "d" da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA-JULGADOR