

A. I. N°. - 020747.0106/07-7
AUTUADO - MERCANTIL HS LTDA.
AUTUANTE - MARIA HELENA DA SILVA RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 19. 11. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0347-01/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AJUSTE ÀS REGRAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INTELIGÊNCIA DO DECRETO N°. 8.413/02. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º da Lei nº. 7.014/96. A exclusão de mercadorias tributadas à alíquota de 7% e de outras enquadradas na substituição tributária reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A comprovação do recolhimento de parte do valor apurado reduz o montante do débito. Infração mantida parcialmente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE SAÍDAS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença nas quantidades de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. A adequação da penalidade aplicada gera a redução da exigência concernente à infração 04, enquanto que a infração 05 é mantida integralmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 18/06/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 1.608,69 e aplicadas multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$ 3.233,10, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – deixou de recolher o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de

substituição tributária, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Consta que foi aplicada a multa percentual de 60% sobre o valor do imposto apurado, correspondente aos meses de março de 2005 e de janeiro a abril e setembro de 2006, resultando no valor de R\$ 2.289,16;

02 – 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 no anexo 88 [inciso II do art. 353 do RICMS/97], em relação aos meses de janeiro e abril de 2006, sendo exigido imposto no valor de R\$ 1.327,91, acrescido da multa de 60%;

03 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2005, com a exigência do imposto no valor de R\$ 280,78, acrescido da multa de 70%;

04 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2005, sendo aplicada a multa de 10%, no valor de R\$ 769,04. Consta que as notas fiscais foram arrecadadas pela Gerência de Trânsito;

05 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2006, sendo aplicada a multa de 1%, no valor de R\$ 174,90. É informado que as notas fiscais foram arrecadadas pela Gerência de Trânsito.

O autuado apresentou impugnação às fls. 237 a 240, discordando parcialmente do lançamento, sob o entendimento de que a autuante cometera alguns equívocos, passando a tratar a respeito de cada uma das infrações, utilizando-se de dispositivos do RICMS/97, conforme segue.

Infração 01 – em relação ao mês de março de 2005, a autuante, ao calcular o valor do ICMS referente à antecipação parcial, não considerou que os produtos “flocão” e “flocos de milho” têm carga tributária de 7% (art. 51, I, “a”) e que têm redução de base de cálculo de 100% (art. 87, XXX); já em relação ao produto “chocolate granulado”, não observou que o mesmo está sujeito ao regime da substituição tributária (arts. 352 e 353).

Salienta que, de acordo com os §§ 1º, inciso III e 2º do artigo 352-A, a antecipação parcial não encerra fase de tributação, além de não se aplicar às mercadorias cujas operações internas sejam acobertadas por antecipação ou substituição tributária. Acrescenta que nos casos em que a base de cálculo do imposto relativo à operação subsequente for reduzida, o benefício será estendido no cálculo do imposto antecipado.

No que se refere ao exercício de 2006, afiança que foram cometidos os seguintes equívocos:

a) óleo de peroba, lustra móveis e macarrão instantâneo – estes produtos estão sujeitos ao regime da substituição tributária (arts. 352 e 353);

b) leite pasteurizado integral e desnatado – produtos isentos de ICMS (arts. 14, XII e 465, I e II);

c) bacon defumado em tiras – houve retenção do imposto por substituição tributária pelo emitente da Nota Fiscal nº. 34.465, de 01/02/2006;

d) vinho tinto mesa suave – produto sujeito à alíquota de 27% (art. 51-A, II), com redução de base de cálculo em 30% (art. 87, XXVI), em relação ao qual não se aplicava em abril de 2006 o disposto no art. 3º-F do decreto nº. 7.799/2000. Assim, refez os cálculos, afirmando que o valor do ICMS devido seria no valor de R\$ 10,59.

e) jerked beef cupim – trata-se do produto charque, tributado à alíquota de 17%, porém tem uma redução de base de cálculo de forma que a carga tributária resulte em 7% (art. 87, XXXI);

f) bebidas alcoólicas e selos – o pagamento do ICMS correspondente à antecipação parcial relativo à Nota Fiscal nº. 370.907, de 01/09/2006, foi efetuado em 30/08/2006 (fl. 241).

Infração 02 – em relação ao mês de janeiro de 2006, a autuante não considerou o pagamento do ICMS antecipado referente ao produto “frango congelado”, conforme documento de arrecadação à fl. 242. Ressalta que este pagamento consta na “Relação de DAES – ano 2006”, apresentada pela fiscal autuante.

No que se refere ao mês de abril de 2006, frisa que foi lançado imposto concernente ao produto charque, que é tributado à alíquota de 17%, porém tem uma redução de base de cálculo de forma que a carga tributária resulte em 7% (art. 87, XXXI), sendo que este produto foi excluído do regime de substituição tributária em 01/10/2005, conforme decreto nº. 9.547/2005.

Infração 03 – não tem o que impugnar.

Infração 04 – alega que os produtos constantes das Notas Fiscais de nº.s 103.441, 84.374 e 97.490 se encontravam sujeitos ao regime da substituição tributária, caso em que o imposto devido foi retido pelo fornecedor. Observa que a multa aplicada, que está prevista no artigo 42, inciso IX da Lei nº. 7.014/96 somente se aplica a mercadorias tributadas, enquanto que no caso de produtos sujeitos à substituição tributária aplica-se a multa de 1%, prevista no inciso XI do mesmo artigo. Dessa forma, entende que as notas fiscais em referência devem ser excluídas desta infração.

Infração 05 – sugere que as notas fiscais excluídas da infração anterior devem ser inseridas nesta infração.

Acosta aos autos planilhas que indicam os valores corrigidos de acordo com as alegações correspondentes a cada infração (fls. 244 a 250). Reconhece a infração 03 e parcialmente as demais infrações, efetuando o pagamento dos valores reconhecidos através do documento de arrecadação constante à fl. 251. Acrescenta que existem diferenças entre os valores inicialmente reconhecidos e aqueles objeto do recolhimento, relacionando-os por período de ocorrência, resultando em uma diferença de R\$ 53,72 em relação à ocorrência 03/2005 (infração 01) e de R\$ 46,01 em relação à ocorrência 04/2005 (infração 05).

Requer que seja observado o disposto no § 1º, do artigo 18 do RPAF e solicita que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, conforme valores apresentados em sua impugnação.

A autuante apresentou informação fiscal às fls. 254 a 256, ratificando a infração 03, não contestada pelo sujeito passivo, e retificando os demais lançamentos.

Infração 01 – em relação à ocorrência de 03/2005, elaborou novo demonstrativo (fl. 257), excluindo mercadorias da cesta básica e da substituição tributária, reduzindo o valor correspondente à base de cálculo de R\$ 430,03 para R\$ 311,73. Em relação ao exercício de 2006, procedeu às seguintes modificações: nos meses de janeiro e fevereiro, excluiu as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária; no mês de abril, retirou o produto “charque”, considerando que o mesmo tem a carga tributária de 7%, além de ter retificado os valores referentes ao produto “vinho tinto de mesa suave”; no mês de setembro, excluiu “bebidas” e “selos”, considerando que o recolhimento correspondente à antecipação parcial fora comprovado.

Manteve o lançamento referente à mercadoria “leite”, sob o entendimento de que o “leite” contemplado pela isenção é aquele com teor de gordura previsto no Convênio nº. 25/83 e cuja saída seja promovida por estabelecimento varejista. Observa que o autuado desenvolve o comércio atacadista, efetuando vendas principalmente para pessoas jurídicas; acrescenta que a mercadoria objeto da autuação foi o “leite longa vida”, conforme se vê nas notas fiscais anexadas às fls. 262 a 264.

Entende que deve ser mantido também o lançamento relativo ao produto “macarrão instantâneo Maggi”, constante na Nota Fiscal nº. 313.336 (fl. 265), por se tratar de mercadoria com NCM diferente daquele previsto no artigo 353, inciso II, item 11.4.1 do RICMS/97, além de se referir a produto pré-cozido, não incluído na substituição tributária. Apresentou demonstrativos às fls. 258

a 260, informando os novos valores de base de cálculo correspondentes a cada período de ocorrência, que passaram a ter a seguinte configuração:

OCORRÊNCIA	VALOR LANÇADO	VALOR CORRIGIDO
01/2006	629,22	495,69
02/2006	349,63	344,16
03/2006	593,83	593,83
04/2006	264,49	128,50
09/2006	1.548,12	1.067,82

Infração 02 – acata o comprovante de recolhimento do ICMS, excluindo do demonstrativo o produto “frango congelado” e acrescentando as mercadorias “óleo de peroba” e “lustra móveis”, que haviam sido retirados da infração 01, resultando em um débito para 01/2006 de R\$ 945,48. Suprimiu o produto “charque”, considerando que o mesmo foi excluído da substituição tributária a partir de 10/2005, zerando o débito relativo ao mês de 04/2006.

Infração 04 – considerando que as Notas Fiscais nºs 103.441, 84.374 e 97.490 tiveram a fase de tributação encerrada, devem ser excluídas desta infração, cabendo a multa de 1%, o que reduz o valor do débito desta infração para R\$ 308,85.

Infração 05 – acrescentou as notas fiscais excluídas da infração anterior, o que gerou um aumento do débito originalmente efetuado de um montante de R\$ 174,90 para R\$ 220,91.

Apresentou novos demonstrativos relativo às infrações 04 e 05 à fl. 266.

Sendo cientificado (fls. 267/268) quanto ao teor da informação fiscal e seus anexos, o autuado se manifestou às fls. 271 a 276, discordando apenas do lançamento referente ao produto “leite pasteurizado”. Para tanto, transcreve diversos dispositivos do RICMS/BA, asseverando que desde a Alteração nº. 36, de 23/11/2002, o referido regulamento não mais faz qualquer distinção entre o “leite pasteurizado” e o “leite tipo longa vida”, dando a ambos o mesmo tratamento tributário, desde quando os dois são pasteurizados. Tece comentários sobre o processo de pasteurização.

Afirma que com a nova redação dada ao artigo 465, não é mais necessária a análise da condição do estabelecimento comercial, pois tanto nas saídas do varejista como do atacadista, as operações com as mercadorias aqui em discussão passaram a gozar do benefício da isenção, quando destinadas a consumo final. Salienta, ainda, que com a alteração regulamentar referida, a concessão da isenção, que antes dependia de que o produto fosse destinado ao consumidor final, passou a se observar que o destino fosse o consumo final, isto é, enquanto antes se observava a condição do adquirente (consumidor final), hoje se analisa se a finalidade a ser dada ao leite será para o consumo final.

Enfatiza que, deste modo, todas as operações internas com “leite pasteurizado” estão amparadas pela isenção de ICMS. Objetivando dirimir qualquer dúvida quanto ao teor de gordura, anexa à fl. 277 embalagens do produto leite Ibituruna integral e desnatado.

Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

A autuante se manifestou à fl. 280, ratificando os termos da informação fiscal.

VOTO

Através do Auto de Infração em lide foram imputadas ao sujeito passivo cinco infrações, das quais ocorreu concordância integral no que se refere à infração 03, que decorreu da presunção legal de ocorrência de saídas anteriores não contabilizadas, tendo sido apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque. Verifico que o procedimento fiscal ocorreu de forma correta, estando amparado nos demonstrativos correspondentes, pelo que a infração resta caracterizada.

Na infração 01 foi aplicada a multa de 60% sobre o valor do imposto apurado, referente a mercadorias devidamente registradas na escrita fiscal, cujas saídas foram normalmente tributadas. Observo que apesar de constar na descrição da infração que os produtos objeto da imposição fiscal estariam sujeitos ao regime da substituição tributária, na realidade se referem a mercadorias em relação às quais é devido o recolhimento do imposto concernente à antecipação parcial. Esta conclusão está em consonância tanto com os dispositivos legais enquadrados (artigos 352-A; 61, IX; e 125, II, §§ 7º e 8º do RICMS/97), como com a denominação dos demonstrativos correspondentes, que se referem à “antecipação parcial”; ademais, o contribuinte, tendo entendido que a exigência tributária assim se referia, pleiteou a exclusão dos itens relacionados com o referido regime, no que foi acatado pela autuante.

Noto que a autuante, além dos produtos acima referenciados, de forma correta procedeu às seguintes adequações: excluiu as mercadorias relacionadas na cesta básica, assim como o produto “charque”, que tem tributação interna reduzida para 7%, considerando que não é devido o recolhimento do ICMS nesses casos; ainda retificou o cálculo referente ao item “vinho tinto de mesa suave”, tendo em vista que é tributado à alíquota de 27%; excluiu as mercadorias “bebidas” e “selos”, considerando a comprovação de que o imposto correspondente havia sido pago.

Concordo, igualmente, com a manutenção da exigência em relação às mercadorias “leite” e “macarrão instantâneo”. No caso do leite, porque a isenção prevista no inciso XII do art. 14 do RICMS/97 se restringe ao leite pasteurizado tipo especial, com 3,2% de gordura ou ao leite pasteurizado magro, reconstituído ou não com 2,0% de gordura ou, ainda, ao leite tipos “A” e “B”. Enquanto isso, a mercadoria aqui em análise se refere a “leite longa vida”, dos tipos “integral” e “desnatado”. Pela verificação dos códigos da NCM correspondentes, vejo que se referem a produtos com índices de gordura entre 1% e 6%, no caso do primeiro e com 1% tratando-se do segundo, o que comprova que são diferentes daqueles beneficiados pela isenção interna.

Concordo, igualmente, com a manutenção da exigência relativa à mercadoria “macarrão instantâneo”, considerando que a sua apresentação se refere a classificação diversa daquela concernente ao produto incluído na substituição tributária, sendo devido o recolhimento correspondente à antecipação parcial.

Deste modo, mantenho parcialmente a infração 01, no valor de R\$ 1.765,03, conforme tabela a seguir. Considerando, no entanto, que foram excluídas da presente exigência os valores concernentes à denominada “antecipação total”, recomendo à autoridade competente que verifique se existe a possibilidade da referida penalidade ser apurada mediante uma nova ação fiscal.

OCORRÊNCIA	BASE DE CÁLCULO	VALOR JULGADO
03/2005	311,73	187,04
01/2006	495,69	297,41
02/2006	344,16	206,50
03/2006	593,83	356,29
04/2006	128,50	77,10
09/2006	1.067,82	640,69
TOTAL		1.765,03

No que se refere à infração 02, foi exigido o ICMS não recolhido por antecipação, relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97.

Neste caso, a autuante excluiu do lançamento referente à ocorrência 01/2006, corretamente, a cobrança referente à Nota Fiscal nº. 110.962, relativa ao produto “frango”, cujo imposto já tinha sido recolhido, conforme comprovante apresentado pelo impugnante. Observo que no novo

demonstrativo elaborado foi incluída a mercadoria “óleo de peroba”, que houvera sido suprimida da infração anterior. Considerando que esse procedimento implica em agravamento do valor do lançamento original, não poderá ser exigida através do Auto de Infração em lide, tendo em vista o disposto no art. 156 do RPAF/99, devendo essa diferença ser objeto de nova ação fiscal, a ser determinada pela autoridade competente, a salvo de falhas. Registro, porém, que antes de iniciado o novo procedimento fiscal, aqui recomendado, o sujeito passivo poderá efetuar o pagamento do imposto, acaso devido, de forma espontânea. Assim, o valor do débito referente a esse mês fica alterado para R\$ 289,13.

Acompanho o procedimento adotado pela autuante, que em relação à ocorrência 04/2006, excluiu o produto “charque”, considerando que essa mercadoria foi excluída da substituição tributária interna a partir de 01/10/2005 (Dec. nº. 9.547/05).

Desta forma, a infração 02 é mantida parcialmente, no valor de R\$ 289,13, correspondente ao mês de janeiro de 2006.

As infrações 04 e 05 se referem à comprovação de terem ocorrido aquisições pelo contribuinte sem o devido registro em sua escrita fiscal, sendo a primeira relativa a mercadorias tributáveis e a outra a não tributáveis, com a aplicação das multas de 10% e 1%, respectivamente.

No que se refere à infração 04, o sujeito passivo demonstrou que as Notas Fiscais de nº.s 103.441, 84.374 e 97.490 foram objeto de retenção do ICMS devido ao Estado da Bahia pelos fornecedores, sendo cabível, nesses casos, a aplicação da multa de 1% e não de 10%, conforme apontado inicialmente. Por esta razão e considerando que a autuante, equivocadamente, efetuou o lançamento integralmente no mês de dezembro de 2005, refaço os cálculos, adequando a aplicação da penalidade relativa às citadas notas fiscais.

OCORRÊNCIA	NOTA FISCAL	MULTA	BASE DE CÁLCULO	VALOR JULGADO
01/2005	1.588	10%	726,00	72,60
02/2005	103.441	1%	3.185,38	31,85
02/2005	12.320	10%	2.362,50	236,25
TOTAL 02/05				268,10
08/2005	84.374	1%	711,51	7,12
11/2005	97.490	1%	705,01	7,05
TOTAL				354,87

Com base nesses ajustes, mantenho parcialmente a infração 04, no valor de R\$ 354,87.

Em relação à infração 05, não acompanho o entendimento da autuante, que sugeriu a agregação do débito relativo às notas fiscais acima referidas, considerando a explicação acima, pelo que mantenho esta infração no mesmo valor apontado na autuação.

Por todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, mantendo parcialmente as infrações 01, 02 e 04 e integralmente as infrações 03 e 05.

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 **020747.0106/07-7**, lavrado contra **MERCANTIL HS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 569,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 289,13 e de 70% sobre R\$ 280,78, previstas no art. 42, incisos II, alínea “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$ 2.294,80**, previstas nos incisos II, alínea “d”, c/c o § 1º, IX e XI do artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, representando-se à autoridade

competente para instaurar novo procedimento fiscal, visando a apuração da complementação da exigência tributária relativa às infrações 01 e 02, conforme art. 156 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR