

PROCESSO - A. I. Nº 272041.4001/08-7  
RECORRENTE - WALBERG RODRIGUES DA SILVA (MERCADINHO KABRIOLA)  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0099-04/09  
ORIGEM - INFRAZ EUNAPOLIS  
INTERNET - 20/08/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0239-11/10

**EMENTA:** ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Diferença encontrada no cotejo entre os valores informados em documentos fiscais próprios e aqueles efetivamente recolhidos. Restou comprovado que parte do débito foi paga antes do início da ação fiscal. Infração parcialmente elidida. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR LANÇADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS E O RECOLHIDO. Constatado desencontro entre o valor do ICMS recolhido pelo contribuinte e o escriturado no livro fiscal de apuração do imposto. Infração caracterizada. **c)** EXTRAVIO. MULTA. Não ficou configurada a ocorrência de extravio de livros fiscais, e sim, falta de apresentação quando regularmente intimado. Adequação da penalidade aplicada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A exigência do ICMS por antecipação parcial é legítima quando comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. O autuante acatou parcialmente as razões de defesa. Caracterizada a procedência parcial da infração. Correção, de ofício, do enquadramento da multa proposta pelo autuante para o previsto no inciso II, alínea “f”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Modificada a Decisão recorrida. **b)** PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Restou comprovado que as mercadorias adquiridas foram destinadas à comercialização. O autuante acatou parcialmente as razões da impugnação. Infração parcialmente elidida. Correção, de ofício, da multa proposta pelo autuante para a prevista no inciso II, alínea “f”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Modificada a Decisão recorrida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUITAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Incide o imposto em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado à operação ou prestação subsequente. Excluídos valores pertinentes aos produtos sacos e sacolas ]  
caracterizam como de uso  
to autuado, hipótese em q

do ICMS devido a título de diferença de alíquotas – já que os produtos em referência ou acondicionam as mercadorias revendidas pelo contribuinte ou são objeto de comercialização em si. Infração Procedente em Parte. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 4ª JJF - através do Acórdão JJF nº 0099-04/09 - após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 6 infrações, sendo objeto do presente Recurso a infração constante do item 6, abaixo descrita:

INFRAÇÃO 6 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 1.588,83, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/96.

Em Primeira Instância, o Relator da JJF assim se posicionou quanto à infração em foco, in verbis:  
“...estabelece o art. 1º, parágrafo 2º, IV do RICMS/BA que o “Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fato gerador a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes”. Na defesa apresentada, o autuado argumentou que o imposto de competências 10/2005, 03/2006 e 10/2006 foi recolhido juntamente com aquele relativo à antecipação parcial. Na informação fiscal, o autuante refutou tal argumento, dizendo não ter localizado o (s) respectivo (s) pagamento (s), o que foi contestado pelo autuado na manifestação sobre a informação fiscal. O sujeito passivo não trouxe a este PAF qualquer prova capaz de afastar a exigência sob análise. Desta forma, resta caracterizada a infração.”

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – às fls. 292 - onde alega, quanto a infração descrita no item 06, que o imposto exigido foi recolhido a título de antecipação parcial, conforme cópias de documentos de arrecadação – DAEs – que acosta à fl. 243, bem como cópias de notas fiscais de fls. 294 e 295.

A PGE/PROFIS, através de Parecer de fls. 301, solicita ao CONSEF que o processo seja convertido em diligência à Assessoria Técnica deste Conselho para que confira se efetivamente o autuado recolheu os valores que estão sendo exigidos no item contestado, devendo ser expurgados, em caso positivo, elaborando-se novo demonstrativo de débito.

Submetido o pedido da PGE/PROFIS à apreciação por parte desta 1<sup>a</sup> Câmara, à fl. 304, por unanimidade foi deliberado o seu indeferimento, tendo em vista a diligência ser desnecessária, considerando que da análise das notas fiscais acostadas os autos pelo recorrente às fls. 294 e 295 é possível verificar que os produtos nelas constantes (sacos e sacolas plásticas) são produtos que não se caracterizam como de uso e consumo do estabelecimento autuado, hipótese em que aí sim haveria a incidência do ICMS devido a título de diferença de alíquota, já que os produtos com referência ou acondicionam as mercadorias revendidas pelo comercio.

Em opinativo conclusivo, a PGE/PROFIS, às fls. 303 e 307 dos autos, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, ressaltando que assiste razão à Relatora ao indeferir o pedido de diligência, já que de fato os produtos sacos e sacolas plásticas, não se caracterizam como produtos de uso e consumo, mas sim em material para embalagem ou para comercialização, sendo que a legislação concede o mesmo tratamento dado a mercadoria para comercialização e material de embalagem, nos termos do art. 93, I, “a” do RICMS/BA, não cabendo, assim, concluiu, pagamento de diferença de alíquota, devendo ser excluídas as notas fiscais apontadas pelo recorrente – Notas Fiscais nºs 76707 e 66187.

Às fls. 309 a 314, consta Parecer da lavra do procurador assistente Dr. José Augusto Martins Júnior, proferido em outro processo administrativo fiscal, e anexado a este processo pela procuradora Sylvia Amoêdo por entender que seria como paradigma ao lançamento de ofício ora em apreciação, onde trata da aplicabilidade da penalidade prevista para a falta de recolhimento da antecipação parcial por microempresas e empresas de pequeno porte.

## VOTO

Inicialmente, devemos consignar que os fundamentos expostos no Parecer da lavra do Procurador Assistente da PGE/PROFIS não se aplicam ao presente lançamento de ofício, visto que o sujeito passivo está inscrito no Cadastro de Contribuinte na condição Normal, e não de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte.

No entanto, devemos consignar que o enquadramento correto da multa a ser aplicada para as exigências fiscais dos itens 04 e 05 da autuação, onde se imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento e o recolhimento a menor do imposto devido a título de antecipação parcial, respectivamente, é o previsto no inciso II, “f”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e não a prevista na alínea “d” do mesmo dispositivo e diploma legal, como originariamente proposto pelo autuante, posto que apenas a partir de 27/11/2007, com a edição da Lei nº 10.847/07, que alterou a Lei nº 7.014/96, passou-se a existir multa específica para a falta de recolhimento ou o recolhimento a menor do ICMS devido a título de antecipação parcial.

Quanto ao Recurso Voluntário, que se reporta unicamente ao item 06, e onde se imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo, como restou comprovado pelo recorrente que as Notas Fiscais de nºs 76707 e 66187, constantes da exigência fiscal, se reportam a sacos e sacolas plásticas, portanto produtos que se prestam como material de embalagem das mercadorias comercializadas pelo contribuinte ou como mercadoria em si, não há incidência de diferença de alíquota, apenas cabível se fossem produtos para uso e consumo do estabelecimento, o que não é o caso.

Neste sentido, devem ser excluídos deste item os valores pertinentes a tais documentos fiscais: R\$249,60 (Nota Fiscal nº 66187) Data de Ocorrência 30.10.2005 e R\$110,23 (Nota Fiscal nº 76707), Data de Ocorrência 30.10.2006, totalizando o valor de R\$359,83, remanescendo para este item o valor de R\$1.229,00, conforme Demonstrativo de Débito abaixo:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	B. DE CÁLCULO	ALIQ.%	MULTA %	ICMS DEVIDO
31/01/2005	09/02/2005	713,00	10	60	71,39
30/04/2005	09/05/2005	2.211,30	10	60	221,13
30/10/2005	09/11/2005	2.496,00	10	60	0,00
31/03/2006	09/04/2006	1.853,00	10	60	185,30
30/05/2006	09/06/2006	945,90	10	60	94,59
31/07/2006	09/08/2006	2.524,70	10	60	252,47
30/10/2006	09/11/2006	1.102,30	10	60	0,00
30/11/2006	09/12/2006	1.454,00	10		
31/12/2006	09/01/2007	2.587,20	10		
<b>TOTAL</b>					

Created with

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida quanto ao item 6, julgando-o PROCEDENTE EM PARTE, e pela correção, de Ofício, do enquadramento da multa proposta pelo autuante nas infrações descritas nos itens 4 e 5, para o previsto no inciso II, alínea “f”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 272041.4001/08-7, lavrado contra **WALBERG RODRIGUES DA SILVA (MERCADINHO KABRIOLA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$51.411,09**, acrescido das multas de 50% sobre R\$34.889,92 e 60% sobre R\$16.521,17, da Lei nº 7.014/96, previstas no artigo 42, incisos I, “a”, II, “b”, e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XX, “a” da citada lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS