

A. I. N° - 020685.5016/09-6
AUTUADO - EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S/A - EBAL
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 15. 06. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0134-01/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. No período objeto da autuação – 2005- o leite longa vida fabricado noutro Estado era tributado normalmente, isto é, a alíquota aplicável às saídas era de 17% e não 7%, conforme praticada pelo autuado. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Os produtos, vinhos enriquecidos com álcool, inclusive champanha, mostos de uvas com adição de álcool, mistelas - NCM 2204 estiveram enquadrados no regime de substituição tributária até 30/09/2005, consoante o art. 353, II, 2, 2.1 do RICMS/BA, vigente à época, tendo sido excluídos do referido regime através da Alteração nº 66, Decreto nº 9547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05, com efeitos de 01/10/05 a 31/03/09. Como a autuação diz respeito aos fatos ocorridos no mês de dezembro de 2005, deveria o contribuinte realizar as operações de saídas de “espumantes” tributadas normalmente. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/12/2009, exige ICMS no valor de R\$ 265.533,23, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89[art. 353, II do RICMS/BA], nos meses de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 169.363,65, acrescido da multa de 60%.

2. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a setembro e dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 47.826,18, acrescido da multa de 60%;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de fevereiro, abril a julho de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.637,30, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 43.706,10, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa à fl. 569, dizendo que, relativamente à infração 01, recolhe o ICMS antecipação tributária referente às mercadorias enquadradas nesse instituto em um único DAE mensal, conforme cópias anexadas aos autos (doc.1).

Afirma que dos itens listados pelo autuante, a mercadoria "biscoito kiquilho" não está sujeito ao regime de antecipação tributária, por se tratar de produto fabricado com polvilho e não derivado da farinha de trigo, estando, portanto, fora do cálculo do ICMS antecipação tributária.

No que concerne à infração 02, sustenta que a legislação vigente no período autuado – 2005 -, estabelecia a redução de base de cálculo para as operações internas para ficar com uma carga tributária efetiva de 7%, sem mencionar a origem da mercadoria, no caso, "leite longa vida", adquirido de outro Estado, com alíquota de 7% e não 17%, conforme exige a autuação.

Quanto à infração 03, reconhece a escrituração indevida de crédito do ICMS referente à aquisição de mercadoria com imposto pago por substituição tributária, no caso, refresco Tampico.

Com relação à infração 04, reconhece parcialmente o cometimento da infração, insurgindo-se contra a exigência referente ao item "espumante", sob o argumento de que o imposto foi pago por antecipação tributária, motivo pelo qual na operação de transferência não destacou o imposto correspondente a alíquota de 17%.

Finaliza requerendo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 587 a 589, na qual contesta o argumento defensivo referente à infração 01, afirmando que das dezenas de produtos listados nos demonstrativos de débito de fls. 11 a 39, o autuado impugna a exigência apenas quanto ao produto Biscoito Kikilho, alegando, sem provar, que se trata de um produto à base de polvilho e não de farinha de trigo.

Afirma que conforme pode ser visto às fls. 48, 49, 91 a 93 e 275 a 277 (memória fiscal da empresa, contendo o cálculo da antecipação tributária) o referido produto é biscoito de sequilho e não de polvilho conforme alega o impugnante, sendo o ingrediente principal da receita do biscoito de sequilho a farinha de trigo. Mantém a autuação.

Com relação à infração 02, observa que a exigência diz respeito a erro na aplicação da alíquota cabível na saída de leite longa vida fabricado noutro Estado, bem como na saída do produto deo-colônia, contudo, o autuado impugna apenas o produto leite, admitindo, tacitamente, a correção da ação fiscal quanto ao produto deo-colônia.

Consigna que no período de 23/07/00 a 31/12/02, o leite, independentemente do Estado onde tenha sido fabricado, tinha, nas saídas internas, o benefício da redução de base de cálculo de 58,825%, equivalente à alíquota de 7%. No período de 01/01/03 a 29/09/03, apenas o leite fabricado na Bahia tinha direito a referida redução. A partir de 30/09/03 – apenas o leite longa vida fabricado na Bahia era beneficiado com a redução em pauta.

Afirma que no período da infração apontada nos autos (2005) o leite longa vida fabricado noutro Estado tinha tributação normal. Ou seja, a alíquota aplicável era a de 17% e não a de 7%, conforme utilizada pelo contribuinte.

No que tange à infração 04, afirma que dos inúmeros produtos listados de fls. 485 a 556, o autuado contesta apenas o item espumante, antecipação o ICMS devido.

Afirma que não procede a alegação defensiva, tendo em vista que no período compreendido entre 01/10/05 a 31/03/2009, o referido produto tinha tributação normal. Consigna que a exigência alcança apenas as saídas de espumante ocorridas no mês de dezembro de 2005, conforme pode ser visto às fls. 545 a 554 dos autos.

Conclui mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este reconhece a infração 03 e se insurge contra as infrações 01, 02 e 04.

No que concerne à infração 01 - *Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89* , - verifico que o impugnante alega que recolhe o ICMS antecipação tributária referente às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em um único DAE mensal, conforme cópias anexadas aos autos. Argumenta que dos itens relacionados na autuação, a mercadoria "biscoito kiquilho" não está sujeita ao regime de antecipação tributária, por se tratar de produto fabricado com polvilho e não derivado da farinha de trigo, portanto, fora do cálculo do ICMS antecipação tributária.

Vejo também que o autuante contesta a alegação defensiva, dizendo que das dezenas de produtos listados nos demonstrativos de débito de fls. 11 a 39, o autuado impugna a exigência apenas quanto ao produto Biscoito Kikilho, sob a alegação de se tratar de um produto à base de polvilho e não de farinha de trigo, contudo, sustenta o autuante que o referido produto é biscoito de sequilho e não de polvilho, sendo o ingrediente principal da receita do biscoito de sequilho a farinha de trigo.

Efetivamente, constato que assiste razão ao autuante quando diz que o autuado impugna apenas a exigência relativa à mercadoria Biscoito Kikilho, pois na peça de defesa limitou-se a alegar que recolhe o ICMS antecipação tributária referente às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em um único DAE mensal, conforme cópia que apresenta.

Observo que a imputação diz respeito ao recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e não a falta de recolhimento do referido imposto. Ou seja, está sendo exigida apenas a complementação do imposto recolhido a menos pelo contribuinte, referente àquelas mercadorias relacionadas nos demonstrativos de fls. 11 a 39 que se encontram enquadradas no regime de substituição tributária.

Conforme se observa nos demonstrativos acima referidos, o Fisco apurou o ICMS devido por antecipação e deduziu os valores recolhidos pelo contribuinte, exigindo apenas a diferença não recolhida.

Quanto à mercadoria Biscoito Kikilho - a única expressamente impugnada pelo autuado -, noto que também assiste razão ao autuante, haja vista que às fls. 275 a 277 dos autos, consta no "Demonstrativo de ICMS Antecipado" elaborado pela própria empresa, o cálculo da antecipação tributária da referida mercadoria. Ademais, o impugnante não trouxe aos autos qualquer elemento que comprovasse a sua alegação.

Diante do exposto, considero integralmente subsistente esta infração.

Relativamente à infração 02 - *Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas regularmente escrituradas*-, observo que a exigência diz respeito, exclusivamente, às saídas das mercadorias leite longa vida fabricado noutro Estado cuja alíquota aplicada pelo autuado foi de 7% quando, segundo o Fisco, deveria ser 17%, e deo-colônia cujas saídas ocorreram com a alíquota de 17% quando, segundo a autuação, deveria ser de 27%.

Nota que na impugnação desta infração o autuado não rechaça a acusação fiscal referente à mercadoria deo-colônia, significando dizer que reconhece tacitamente o cometimento da irregularidade.

Quanto ao leite, vejo que o histórico apresentado pelo autuante está em conformidade com o tratamento dispensado pela legislação do ICMS/BA, nos períodos indicados, valendo dizer que a autuação se apresenta correta.

Assim é que, no período de 23/07/00 a 31/12/02, independentemente do Estado onde o leite tenha sido fabricado, nas saídas internas, o benefício da redução de base de cálculo era de 58,825%, equivalente à carga tributária de 7%.

No período de 01/01/03 a 29/09/03, exclusivamente o leite fabricado no Estado da Bahia gozava do benefício da redução acima referida.

A partir de 30/09/03, apenas o leite longa vida passou a ser beneficiado com a redução em tela.

Portanto, no período objeto da autuação – 2005- o leite longa vida fabricado noutro Estado era tributado normalmente, isto é, a alíquota aplicável às saídas era de 17% e não 7%, conforme praticou o autuado. Infração integralmente subsistente.

No respeitante à infração 04 – *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas-*, verifico que o autuado reconhece parcialmente o cometimento da infração, insurgindo-se contra a exigência referente ao item "espumante", sob o argumento de que o imposto foi pago por antecipação tributária, motivo pelo qual na operação de transferência não destacou o imposto correspondente a alíquota de 17%.

Vejo que melhor sorte não tem o autuado quanto a este item, haja vista que a autuação diz respeito apenas às saídas de espumantes ocorridas no mês de dezembro de 2005, período no qual a referida mercadoria se encontrava no regime normal de tributação, cabendo sim a exigência do imposto, conforme a autuação, por se tratar de realização de operações de saídas de mercadoria tributável normalmente.

Na realidade, os produtos vinhos enriquecidos com álcool, inclusive champanha, mostos de uvas com adição de álcool, mistelas - NCM 2204, estiveram enquadrados no regime de substituição tributária até 30/09/2005, consoante o art. 353, II, 2, 2.1 do RICMS/BA, vigente à época, sendo excluídos do referido regime através da Alteração nº 66, Decreto nº 9547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05, com efeitos de 01/10/05 a 31/03/09.

Assim, considerando que a exigência fiscal diz respeito ao mês de dezembro de 2005, a infração é integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 020685.5016/09-6, lavrado contra **EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S/A - EBAL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$265.533,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “d”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR