

PROCESSO - A. I. N°149269.4006/06-0
RECORRENTE - TIO SAM BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ n° 0169-01/09
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 04/11/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. N° 0304-11/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Exigência de acordo com o instituído pela Lei n° 8.967/03. Infração reconhecida em parte pelo sujeito passivo. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ n° 0169-01/09), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, através da qual foram atribuídas ao sujeito passivo duas irregularidades, sendo objeto da irresignação apenas a de n° 1, a seguir descrita:

“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 de Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97 nos meses de janeiro a dezembro de 2004, janeiro a setembro de 2005, sendo exigido o valor de R\$250.052,22, acrescido da multa de 60%, conforme demonstrativo anexo;”

A Junta de Julgamento Fiscal rejeitou as preliminares suscitadas e indeferiu a diligência requerida, dirimindo, no mérito, a lide administrativa de acordo com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

“No que diz respeito à infração 01 afirmou reconhecer parcialmente o cometimento da infração recolhendo a parte reconhecida consoante guia de recolhimento colacionada aos autos, fl. 974.

Elencou diversos equívocos cometidos pela autuante apresentando, inclusive cópias das respectivas notas fiscais.

A autuante em sua informação fiscal acolheu a quase totalidade das alegações apontadas pelo sujeito passivo precipuamente as decorrentes de equívocos no enquadramento do frete, falta de lançamento do crédito na entrada, erro na inversão de notas fiscais, e falta de acatamento do ICMS pago na fronteira através da GNRE's anexa às notas fiscais cobrança em duplicidade. Não acolheu a alegações atinentes às notas fiscais coletadas pelo CFAMT, cujas mercadorias não foram consideradas pela autuado como ingressadas em seu estabelecimento, bem como as notas fiscais alegadas como sendo de mercadorias sujeitas a redução de base de cálculo por ser o vendedor fabricante ou importador atribuídas pelo autuado como sendo aplicável o art. 87 do RICMS/97. Apresentou novos demonstrativos de apuração, fls. 1222 a 1242 e de débito, fl. 1221, reduzindo o valor do débito para R\$236.675,09.

Depois de examinar toda a documentação apresentada pelo autuado constato que as correções procedidas pela autuante têm embasamento fático e corresponderam a efetivos equívocos cometidos no levantamento fiscal.

Verifico que assiste razão à autuante em não acolher as alegações defensivas relativas às Notas Fiscais n°s 616, 676, 143182 e 12039, tendo em vista que as referidas notas fiscais destinadas ao autuado e coletadas pelo CFAMT, devem ser mantidas no levantamento fiscal. Apesar da negativa do sujeito passivo de que essas mercadorias não ingressaram em seu estabelecimento, observo que o CONSEF já pacificou o entendimento de que as mercadorias que transitam nos postos fiscais com destino a estabelecimentos localizados neste Estado e têm suas notas fiscais coletadas pelo sistema, essas notas fiscais, constando dados cadastrais do contribuinte e com mercadorias atinentes a seu ramo de atividade são consideradas como prova de ocorrência o ingresso no estabelecimento destinatário, excepcionando, apenas, quando o contribuinte comprova efetivamente através do fornecedor a utilização indevida de seus dados cadastrais.

Com relação às notas fiscais de aquisição para as quais o autuado requer a redução da base de cálculo de 30% com base no inciso XXVI do art. 87 do RICMS-BA, até 01/10/2005, constato que não assiste razão ao autuado tendo em vista que a aplicação da redução da base de cálculo a que se refere o autuado no período de 29/12/04 a

05/11/05, diz respeito exclusivamente nas hipóteses em que o remetente das mercadorias forem os próprios contribuintes fabricantes ou as suas filiais atacadistas, e, a partir de 30/12/04 a 16/11/05, a redução passou também para as mercadorias diretamente importada pela adquirente estabelecida no Estado da Bahia. Como restou evidenciado nos autos através das indicações dos CFOP das operações nas notas fiscais e nas respectivas mercadorias objeto do levantamento fiscal é descabida a pretensão do autuado, conforme se verifica nas cópias das notas fiscais carreadas aos autos pelo próprio, fls. 1028 a 1211, a exemplo das Notas Fiscais nº 25788, fl. 1033 e no. 132916, fl. 1098.

Por isso, acolho o demonstrativo elaborado pela autuante, fl. 1221, com a exclusão de R\$43,42, acatada após a correção da alíquota da Nota Fiscal nº 35618, de 26/07/2004, fl. 1260, modificando-se o valor retificado de R\$ 17.154,73, para R\$17.111,31, no mês de agosto de 2004, ficando, assim o débito reduzido para R\$236.631,67, [R\$236.675,09 - R\$43,42].

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos."

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 1.283/1.298, alegando:

- I. Erro na aplicação da alíquota no tocante à Nota Fiscal nº 153285 (fl. 1.208). Aduz que a mercadoria “miolo grapa”, constante do referido documento fiscal, possui classificação fiscal nº 22082000, correspondendo ao produto aguardente, que se enquadra na alíquota de 17%, e não 25%, como julgou a JJF.
- II. Erro na aplicação da redução da base de cálculo prevista no art. 87, XXVI, do RICMS. Afirma ter percebido que algumas notas fiscais encontravam-se realmente fora do período indicado na legislação para obtenção do benefício, razão pela qual efetuará o pagamento devido. Assevera, contudo, que a autuante desconsiderou algumas operações que efetivamente se enquadram na hipótese normativa de redução da base de cálculo, consoante relação de notas fiscais que apresenta no bojo de suas razões recursais.

Diz que, em relação ao ano de 2004, no qual somente haveria redução de base de cálculo para mercadorias remetidas pelo fabricante ou suas filiais atacadistas, excluídos daí os importadores, há de ser considerado o benefício nas notas em que há mercadorias encaminhadas tanto por importadores quanto pelo fabricante/filial atacadista, na adequada proporção.

- III. Erro na inclusão das Notas Fiscais nºs 616, 676, 143182 e 12039. Aduz que as mercadorias objeto destes documentos foram devolvidas ao remetente, conforme documentos que diz anexar ao Recurso. Assim, sustenta não ter havido fato gerador do ICMS.

Com relação à Nota Fiscal nº 12039, apesar de também não reconhecer como devido o imposto lançado, afirma que efetuará o recolhimento do ICMS, uma vez que o fornecedor não encaminhou a nota fiscal de entrada correspondente à devolução.

Pugna, nestes termos, pelo Provimento do apelo ofertado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 1.318/1.319, sugere a conversão do julgamento em diligência, para que sejam averiguados os fatos apontados da seguinte forma:

- a) confirmar a classificação fiscal da mercadoria “miolo grapa”, recalculando-se o imposto com a alíquota de 17%;
- b) averiguar se as notas fiscais elencadas às fls. 1.287/1.296 referem-se a mercadorias importadas diretamente pela empresa autuada ou remetida pelos fabricantes ou suas filiais atacadistas.

Esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, consoante despacho de fl. 1.322, indeferiu a diligência no que tange ao item “a” supra, tendo em vista que a Nota Fiscal nº 153285, fl. 1.208, contém a classificação fiscal da mercadoria, o que permite a apreciação da demanda por este Órgão Administrativo; e, quanto ao item “b” acima especificado, converteu o julgamento do feito em diligência ao autuante para que verifique se as notas fiscais listadas às fls. 1.287/1.296 referem-se a operações de vendas feitas por estabelecimentos fabricantes ou suas filiais atacadistas ou se tratam de operações de importação realizadas pelo próprio autuado. Caso alguma das operações se enquadre na norma do art. 87, XXVI, do RICMS, com a redação vigente na data de ocorrência do fato gerador, elaborar novo demonstrativo contemplando a redução da base de cálculo em 30%.

A autuante, em resposta à diligência solicitada, informa que faz questão externar o seu entendimento com relação ao produto “grapa”, que é uma bebida de origem italiana feita de bagaço de uva, cuja classificação fiscal está enquadrada no NCM 2208.20.00, tributado a 27% (item 3, alínea b, inciso II, do art. 51, do RICMS), diferente da aguardente de cana, NCM 2208.40.00, taxado a 17%.

Com relação às notas fiscais elencadas pelo recorrente às fls. 1.278/1.296, diz que as mercadorias não foram importadas diretamente pelo sujeito passivo. Tratam-se de operação de vendas feitas por empresas importadoras, atacadistas e fabricantes. Afirma que, na informação fiscal de fls. 1.218/1.220, foram acatadas todas as reivindicações do sujeito passivo, tendo sido refeitas as planilhas para aplicação da redução da base de cálculo prevista no art. 87, XXVI, do RICMS.

Prossegue, afirmando que todas as notas fiscais elencadas foram passadas para uma planilha anexa à resposta da diligência, onde constam o número da nota, o fornecedor, o produto o CFOP, a situação tributária e o número da folha do processo, para facilitar as averiguações.

Às fls. 1.338/1.340, o sujeito passivo manifestou-se sobre o resultado da diligência, reafirmando teses recursais.

A autuante, às fl. 1.343, apresentou nova manifestação, aduzindo que o benefício da redução da base de cálculo é para bebidas adquiridas de industrial ou de suas filiais atacadistas e importadas diretamente do exterior, não incidindo sobre as mercadorias importadas por terceiros, consoante a literalidade do art. 87, XXVI, §12, do RICMS.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 1.347/1.348, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que o Recurso não traz argumentos suficientes à reforma da Decisão recorrida e que ficou esclarecido que as mercadorias objeto da irrisignação foram importadas por terceiros, não fazendo jus, portanto, à redução da base de cálculo a que alude o art. 87, XXVI, §12, do RICMS.

VOTO

Não prospera a alegação recursal quanto ao produto miolo grapa, uma vez que, conforme aduz o próprio sujeito passivo, trata-se de aguardente de uva com classificação fiscal nº 2208.22.00, sobre a qual incide a alíquota de 25%, por expressa previsão do art. 51, do RICMS, *in verbis*:

“Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

(...)

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

(...)

b) bebidas alcoólicas (exceto cervejas, chopes, aguardentes de cana ou de melaço e outras aguardentes simples), a saber:

(...)

3 - aguardentes de vinho ou de bagaço de uvas (conhaque, pisco, bagaceira ou graspa) ~ NCM 2208.20.00;”.

A segunda tese recursal diz respeito à aplicação do benefício da redução da base de cálculo prevista no art. 87, XXVI, §12, do RICMS, que estabelece:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXVI - em 30% (trinta por cento), nas operações internas e nas operações de importação do exterior com bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes;

Nota: O inciso XXVI do caput do art. 87 foi revogado pela Alteração nº 116 (Decreto nº 11462, de 10/03/09, DOE de 11/03/09), efeitos a partir de 01/04/09.

Nota: A redação atual do inciso XXVI do caput do art. 87 foi dada pela Alteração nº 70 (Decreto nº 9681, de 29/11/05, DOE de 30/11/05), efeitos a partir de 30/11/05.

Redação anterior dada ao inciso XXVI do caput do art. 87 pela Alteração nº 66 (Decreto nº 9547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05), efeitos de 01/10/05 a 29/11/05:

"XXVI - em 30% (trinta por cento), nas operações internas e nas operações de importação do exterior com bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, observado o disposto no § 12;"

Obs: Ficam convalidadas as operações ocorridas entre o período de 01/10/05 até 17/10/05, ressaltando-se que, a convalidação não autoriza a restituição ou compensação de importâncias já recolhidas.

Redação anterior dada ao inciso XXVI do caput art. 87 pela Alteração nº 60 (Decreto nº 9281, de 21/12/04, DOE de 22/12/04), efeitos de 22/12/04 a 30/09/05:

"XXVI - em 30% (trinta por cento), nas operações internas e nas operações de importação do exterior com bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, especificadas no item 2 do inciso II do art. 353, relativamente às operações subseqüentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada das referidas mercadorias no estabelecimento, observado o disposto no § 12;

Redação anterior dada ao inciso XXVI, tendo sido acrescentado à parte inicial do caput do art. 87 pela Alteração nº 59 (Decreto nº 9209, de 04/11/04, DOE de 05/11/04):

"XXVI - em 30% (trinta por cento), nas operações internas com bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes, especificadas no item 2 do inciso II do art. 353, relativamente às operações subseqüentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada das referidas mercadorias no estabelecimento, observado o disposto no § 12;"

(...)

§ 12. Revogado

Nota: O § 12 do art. 87 foi revogado pela Alteração nº 69 (Decreto nº 9651, de 16/11/05, DOE de 17/11/05), efeitos a partir de 17/11/05.

Redação anterior dada ao § 12 do art. 87 pela Alteração nº 61 (Decreto nº 9292, de 29/12/04, DOE de 30/12/04), efeitos de 30/12/04 a 16/11/05:

"§ 12. A redução prevista no inciso XXVI deste artigo aplica-se, exclusivamente, nas hipóteses em que as aquisições forem efetuadas diretamente do estabelecimento industrial ou de suas filiais atacadistas ou adquiridas diretamente do exterior."

Redação anterior dada ao § 12 tendo sido acrescentado ao art. 87 pela Alteração nº 59 (Decreto nº 9209, de 04/11/04, DOE de 05/11/04), efeitos de 05/11/04 a 29/12/04:

"§ 12 A redução prevista no inciso XXVI deste artigo aplica-se, exclusivamente, nas hipóteses em que os remetentes das mercadorias forem os próprios contribuintes fabricantes ou suas filiais atacadistas.""

Consoante se observa do §12, anteriormente transcrito, a redução da base de cálculo em 30% somente era aplicável quando os remetentes das mercadorias fossem os próprios contribuintes fabricantes ou suas filiais atacadistas (de 05/11/2004 a 16/11/05) ou quando as mercadorias tivessem sido adquiridas diretamente do exterior (de 30/12/2004 a 16/11/2005).

Na hipótese vertente, de acordo com as planilhas que foram refeitas pela autuante no momento de sua informação fiscal (fls. 1.221/1.242), todas as operações realizadas pelo sujeito passivo que se enquadravam na moldura legal do benefício foram contempladas com a redução da base de cálculo, que eram justamente as operações com CFOP 6.101 – Venda de produção do estabelecimento.

As operações com CFOP 6.102 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro – não fazem jus à incidência do benefício fiscal, nem mesmo aquelas vendas que são feitas pelo próprio importador, porque a redução da base de cálculo incide, apenas, na aquisição feita diretamente do exterior; *in casu*, quando o sujeito passivo compra de um importador, ele faz uma aquisição interna, e não uma aquisição de mercadoria diretamente do exterior, como equivocadamente entende.

Por derradeiro, com relação às Notas Fiscais nºs 616, 676 e 143182, acato a tese recursal, pois os documentos de fls. 1.299/1.308 de fato comprovam que as mercadorias retornaram ao estabelecimento remetente, em operações de retorno/devolução, tendo sido emitidas, na oportunidade, as notas fiscais de entrada.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir da infração 1 o valor de R\$5.990,82, resultando no valor de R\$230.640,85 (fls. 1233 e 1238), assim, a configuração fica conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO								
Seq.	Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Alíq. (%)	Vlr. Histórico	Vlr. Débito-4ª JJF	Vlr. Débito-1ª CJF	Multa %
1	2	31/10/2005	09/11/2005	0	238,37	238,37	238,37	10
2	1	31/07/2005	09/08/2005	25	6.188,05	6.188,05	6.188,05	60
3	1	31/08/2005	09/09/2005	25	6.954,45	6.370,15	6.370,15	60
4	1	30/09/2005	09/10/2005	25	21.670,85	19.152,47	19.152,47	60
5	1	31/01/2004	09/02/2004	25	6.339,18	6.339,18	6.339,18	60
6	1	29/02/2004	09/03/2004	25	16.276,85	14.950,67	14.950,67	60
7	1	31/03/2004	09/04/2004	25	7.783,03	7.749,00	7.749,00	60
8	1	30/04/2004	09/05/2004	25	5.836,85	5.836,85	5.836,85	60
9	1	31/05/2004	09/06/2004	25	14.530,28	14.530,28	14.530,28	60
10	1	30/06/2005	09/07/2005	25	18.770,84	13.416,16	9.678,59	60
11	1	31/07/2004	09/08/2004	25	1.919,82	1.919,82	1.919,82	60
12	1	30/06/2004	09/07/2004	25	16.609,42	16.609,41	16.609,41	60
13	1	31/08/2004	09/09/2004	25	17.065,93	15.843,81	15.843,81	60
14	3	31/08/2004	09/09/2004	2	1.365,27	1.267,50	1.267,50	60
15	3	31/07/2005	09/08/2005	2	495,04	495,04	495,04	60
16	1	31/05/2005	09/06/2005	25	7.481,40	7.481,40	7.481,40	60
17	1	30/09/2004	09/10/2004	25	9.107,45	8.838,53	8.838,53	60
18	1	31/10/2004	09/11/2004	25	11.179,01	11.060,05	11.060,05	60
19	1	30/11/2004	09/12/2004	25	29.461,56	29.461,56	29.461,56	60
20	1	31/12/2004	09/01/2005	25	9.660,40	9.158,79	9.158,79	60
21	1	31/01/2005	09/02/2005	25	5.328,08	4.818,10	3.008,62	60
22	1	28/02/2005	09/03/2005	25	3.073,59	3.073,59	3.073,59	60
23	1	31/03/2005	09/04/2005	25	8.230,16	8.230,16	8.230,16	60
24	1	30/04/2005	09/05/2005	25	8.062,65	8.075,43	8.075,43	60
25	3	31/08/2005	09/09/2005	2	556,36	509,61	509,61	60
26	3	30/09/2005	09/10/2005	2	1.733,67	1.532,20	1.532,20	60
27	3	31/01/2004	09/02/2004	2	507,13	507,13	507,13	60
28	3	29/02/2004	09/03/2004	2	1.302,15	1.196,05	1.196,05	60
29	3	31/03/2004	09/04/2004	2	622,64	619,89	619,89	60
30	3	30/04/2004	09/05/2004	2	466,95	466,95	466,95	60
31	3	31/05/2004	09/06/2004	2	1.162,42	1.162,42	1.162,42	60
32	3	30/06/2005	09/07/2005	2	1.501,67	1.073,29	774,28	60
33	3	31/07/2004	09/08/2004	2	153,59	153,59	153,59	60
34	3	31/05/2005	09/06/2005	2	598,51	598,51	598,51	60
35	3	30/09/2004	09/10/2004	2	728,60	707,08	707,08	60
36	3	31/10/2004	09/11/2004	2	894,32	884,80	884,80	60
37	3	30/11/2004	09/12/2004	2	2.356,93	2.356,93	2.356,93	60
38	3	31/12/2004	09/01/2005	2	772,83	732,70	732,70	60
39	3	31/01/2005	09/02/2005	2	426,25	385,45	240,69	60
40	3	28/02/2005	09/03/2005	2	245,89	245,89	245,89	60
41	3	31/03/2005	09/04/2005	2	658,41	658,41	658,41	60
42	3	30/04/2005	09/05/2005	2	645,01	646,02	646,02	60
43	3	30/06/2004	09/07/2004	2	1.328,75	1.328,75	1.328,75	60
TOTAL					250.290,61	236.870,04	230.879,22	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 149269.4006/06-0, lavrado contra **TIO SAM BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$230.640,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, “d”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$238,37**, prevista, no inciso IX do mesmo artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios estabelecidos na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS