

PROCESSO - A. I. Nº 232954.0003/10-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. (SUPERMERCADO G.BARBOSA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0031-04/11
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 27/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0368-11/11

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações 2, 3, 4 e 8 parcialmente elididas após revisão fiscal efetuada pelo autuante. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. É entendimento já assentado neste Conselho, emanado inclusive do Acórdão CJF Nº 0355-12/08, que os produtos de informática devem ter suas operações realizadas sob a alíquota de 7%, não existindo, portanto, relativamente às mesmas, diferenças a recolher. Quanto às demais aquisições, restaram parcialmente elididas após revisão fiscal efetuada pelo autuante. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 4ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0031-04/11, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 8 infrações, sendo objeto do presente Recurso de Ofício as infrações constantes dos itens 2, 3, 4, 7 e 8 da peça inicial da autuação, abaixo descritas:

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento, em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis (regularmente escrituradas). Valor lançado de R\$ 80.379,29 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 – Utilização indevida de crédito, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Valor lançado de R\$ 3.233,66 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – Falta de recolhimento, relativo às saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita, apurado através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado. “Omissão verificada na comparação das mercadorias relacionadas no Livro Registro de Inventário de 2004, que serviram como estoque inicial do exercício de 2005, observando-se

que não foram mais movimentadas e não foram relacionadas no Registro de Inventário de 2005”. Valor lançado de R\$ 79.402,27 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 7 – Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor lançado de R\$ 12.685,03 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 8 – Recolhimento a menor do imposto devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/97. Refere-se às entradas de charque, cuja base de cálculo do ICMS por antecipação foi encontrada com a aplicação de margem de valor adicionado, sem considerar a pauta fiscal. Valor lançado de R\$ 37.510,82 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Em Primeira Instância, inicialmente o Relator da JJF informou que o sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações que lhe foram imputadas nos itens 01, 05 e 06 da peça inicial da autuação, devendo, assim, serem mantidas, nos termos do art. 140 do RPAF/99, por inexistir lide quanto às mesmas. Em relação às demais infrações contestadas pelo sujeito passivo, assim se manifestou a JJF, “in verbis”:

INFRAÇÃO 2:

“... A infração 02 refere-se à falta de recolhimento, em virtude de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis (regularmente escrituradas). O sujeito passivo defendeu-se alegando que o produto TODDYNHO está submetido ao regime de substituição previsto no art. 353, RICMS/97, item 3.4, tendo anexado nota fiscal de fornecedor, com o fim de comprovar a comercialização sob o NCM 2202.9000 (doc. 04), com o que concordou o autuante (demonstrativo às fls. 675 e 676). De fato, o item 3.4 do inciso II do caput do art. 353, revogado pela Alteração nº 66 (Decreto nº 9547, de 20/09/05, DOE de 21/09/2005), estabelecia à época dos fatos geradores o regime de substituição tributária para bebidas alimentares à base de leite ou de cacau com a NCM 2202.9000. Portanto, com a retirada das quantias relativas ao produto em comento, o valor lançado na infração 02 deve ser modificado de R\$ 80.379,29 para R\$ 74.513,04, de acordo com a planilha abaixo. Infração 02 parcialmente elidida.

MÊS	VALOR INICIAL (R\$)	VALOR REVISADO (R\$)
JAN_2005	5.170,09	4.875,81
FEV_2005	4.909,92	4.644,18
MAR_2005	6.022,92	5.512,72
ABR_2005	5.926,66	5.495,48
MAI_2005	6.612,11	5.856,02
JUN_2005	8.530,06	7.616,76
JUL_2005	7.143,65	6.207,81
AGO_2005	6.244,87	5.387,27
SET_2005	6.575,00	5.672,98
OUT_2005	6.425,97	6.425,97
NOV_2005	5.923,47	5.923,47
DEZ_2005	10.894,57	10.894,57
TOTAL	80.379,29	74.513,04

INFRAÇÃO 3:

“...No que é relativo à infração 03 (utilização indevida de crédito, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária), após a defesa houve concordância entre autuante e autuado quanto ao fato de os produtos ALGODÃO JOHNSON BOLA e SALGADINHO não serem tributados pelo regime de substituição tributária. Em razão disso, o auditor fiscal elaborou novo demonstrativo às fls. 676 a 682, onde os valores da coluna “Saldo Devido” são resultantes da diminuição entre aqueles constantes do Auto de Infração e os comprovados (originários desses produtos). Quanto ao produto ALGODÃO JOHNSON BOLA, o autuado juntou documento fiscal comprovando que o NCM do mesmo é 5601 (fls. 597/598), enquanto o item enquadrado no regime de substituição tributária traz o NCM 3005. Idêntica situação para SALGADINHO, cujas operações se deram com o NCM 1905, enquanto a legislação que rege a substituição prevê 1904. Acolho o levantamento de fls. 676 a 682, elaborado pelo autuante, de forma que a quantia exigida na infração 03 seja diminuída de R\$ 3.233,66 para R\$ 959,82. Infração 03 parcialmente elidida.”.

INFRAÇÃO 4:

“...Na impugnação da infração 04 (omissão verificada na comparação das mercadorias relacionadas no livro Registro de Inventário de 2004, que serviram como estoque inicial do exercício de 2005, observando-se que não foram mais movimentadas e não foram relacionadas no Registro de Inventário de 2005), o sujeito passivo comprovou que o autuante errou ao valorar os produtos, pois, ao tomar o valor unitário de cada um para multiplicar pelas respectivas quantidades, usou números que elevaram o imposto a pagar, conforme levantamento de fl. 556. Também demonstrou que foram indevidamente relacionados itens destinados ao uso e consumo, assim como outros usados no fabrico de mercadorias vendidas na padaria do estabelecimento autuado, que por isso não figuram no inventário final questionado pelo autuante. O auditor fiscal concordou com tais argumentações e excluiu os produtos que considerou fossem destinados a esses dois fins, seja pelo volume de cada unidade, para aqueles enviados à padaria, seja pelas peças de vestuário (fardas de funcionários), seja pela aplicabilidade como uso e consumo, restando os indicados no levantamento de fls. 682 a 689, o qual acolho, de modo que o valor lançado nesta infração seja modificado de R\$ 79.402,27 para R\$ 4.550,71. Infração 04 parcialmente descaracterizada.”

INFRAÇÃO 7:

“... No tocante à infração 07, a redação do art. 87, V, RICMS/97 vigente à época dos fatos geradores, inserida pelo Decreto nº 6.379, de 25/04/97, tratava das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), bem como com suprimentos para armazenamento de dados e outros de uso exclusivo em informática, inclusive automação, com redução de base de cálculo em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente correspondesse a 07%. Já é entendimento assentado neste Conselho, emanado inclusive do Acórdão CJP 0355-12/08, que os produtos de informática devem ter suas operações realizadas sob a alíquota de 07%, não existindo, portanto, relativamente às mesmas, diferenças a recolher. Os demais valores – não originados de transações com produtos de informática (material gráfico, denúncia espontânea etc.) – foram acatados pelo autuante na revisão fiscal e retirados dos demonstrativos, restando uma quantia residual de R\$ 39,21, que reputo procedente, paga pelo sujeito passivo, com períodos de referência de 01/2005 (R\$ 1,57) e 05/2005 (R\$ 37,64). Infração 07 parcialmente elidida, de R\$ 12.685,03 para R\$ 39,21.”

INFRAÇÃO 8:

“...Quanto à infração 08 (recolhimento a menor do imposto devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/97), o contribuinte comprovou o erro cometido pelo autuante, que, no mês de abril de 2005, considerou o valor de março de 2005 (R\$ 2.811,20) acrescido daquele de abril (R\$ 2.028,95), que resultou em R\$ 4.840,16, quando o correto seria R\$ 2.028,95, com o que concordou a autoridade fiscal. Assim, os valores lançados nesta infração devem ser todos mantidos, com exceção daquele relativo ao mês de abril de 2005, que deve ser modificado de R\$ 4.840,16 para R\$ 2.028,95. Infração 08 parcialmente elidida, de R\$ 37.510,82 para R\$ 34.699,61.”

Ao final do seu voto, a Junta recorre de Ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Da análise dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer reparos o Julgado de Primeira Instância, quando desonerou os valores relativos às infrações objeto do presente Recurso de Ofício, porquanto exarada em estrita consonância com a legislação pertinente e com a documentação e demais elementos acostados aos autos.

E, de fato, no pertinente à **infração 2** – onde se imputa ao sujeito passivo a prática de operações tributáveis como não tributáveis – foram excluídos corretamente pela JJF os valores pertinentes ao produto *Toddynho*, conforme demonstrativo elaborado pelo Relator em seu voto, produto este que, à época dos fatos geradores, submetia-se ao regime de substituição tributária – bebidas alimentares à base de leite ou de cacau – NCM 2202.90.00 - portanto a saída subsequente do produto deveria ocorrer sem destaque do imposto, por conta do encerramento da sua fase de tributação, conforme reconheceu o próprio autuante posteriormente ao lançamento, nos termos do art. 353, item 3.4 do RICMS/BA, na redação então vigente, somente tendo sido excluído deste regime de tributação através do Decreto nº 9547, de 20/09/05, publicado no DOE de 21/09/2005, com efeitos a partir de 01/10/2005, através da Alteração nº 66 ao referido diploma regulamentar;

Quanto à infração constante do **item 3**, onde se imputa ao recorrido a utilização indevida de crédito, na aquisição de mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, restou comprovado que os produtos *Algodão Johnson bola* - NCM 5601 - e *Salgadinho* - NCM 1905 - não são tributados pelo regime de substituição tributária, o que foi reconhecido pelo próprio autuante e gerou a exclusão dos valores pertinentes no demonstrativo de débito lançado originariamente lançado, reduzindo o referido débito, conforme demonstrativo de fls. 676 a 682, elaborado pelo autuante.

Registre-se que apenas a partir de 01/11/09, foi incluído a NCM 5601 correlatos ao produto Algodão no regime da substituição tributária, não alcançando, portando, os fatos autuados, que são do período de 2005. Também em relação a salgadinhos, o referido regime apenas alcançava os produtos com NCM 1904.10.00 e 1904.90.005, conforme abaixo transcrito:

RICMS\BA:

Art. 353, inciso II, itens 13.3 e item 29.1

13.3 - algodão, atadura, esparadrapo, haste flexível ou não, com uma ou ambas extremidades de algodão, gazes, pensos, sinapismos, e outros, impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas ou acondicionados para venda a retalho para usos medicinais, cirúrgicos ou dentários, bem como para higiene ou limpeza – NCM 3005 e 5601;

Nota: A redação atual do subitem 13.3, do inciso II do caput do art. 353 foi dada pela Alteração nº 126 (Decreto nº 11806, de 26/10/09. DOE de 27/10/09), efeitos a partir de 01/11/09:

Redação anterior dada ao item 13.3, do inciso II do caput do artigo 353 pela Alteração nº 39 (Decreto nº 8435, de 03/02/03, DOE de 04/02/03), efeitos de 31/10/09 a 31/07/10:

“13.3 - Algodão, atadura, esparadrapo, haste flexível ou não, com uma ou ambas extremidades de algodão, gazes, pensos, sinapismos, e outros, impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas ou acondicionados para venda a retalho para usos medicinais, cirúrgicos ou dentários - NCM 3005;”

29 - salgados industrializados (Lei nº 7667/00):

Nota: O item 29 com seus itens foram acrescentados ao inciso II do caput do art. 353 pela Alteração nº 17 (Decreto nº 7824, de 17/07/00, DOE de 18/07/00).

29.1 - salgados produzidos à base de cereais - NCM 1904.10.00 e 1904.90.00;

Em relação à **infração 4** - Falta de recolhimento, relativo às saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita, apurada através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado – o fiscal autuante reconheceu o cometimento de equívocos no levantamento quantitativo que elaborou como base para o lançamento, o que foi corroborado pela JJF, relacionados ao valor unitário de alguns produtos, a inclusão de produtos destinados ao uso e consumo bem como utilizados como insumos no fabrico de produtos de panificação, como mercadorias destinadas à comercialização, itens que de fato não poderiam embasar a exigência fiscal em tela, o que reduziu o débito de R\$ 79.402,27 para R\$ 4.550,71, conforme demonstrativo de fls. 682 a 689.

No pertinente à **infração 7** – exigência de diferença de alíquotas na aquisição de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento - a correta desoneração efetuada pela JJF refere-se à exclusão de produtos de informática, cujas operações internas se beneficiam com redução de base de cálculo – nos termos do art. 87, inciso V do RICMS/BA, na redação então vigente – com carga tributária corresponde a 7%, o que importa na inexistência de recolhimento de diferença de alíquotas (diante das alíquotas interestaduais de 7% e 12%). Ainda a desoneração ocorreu por conta da exclusão de valores já objeto de denúncia espontânea, de valores devidamente recolhidos, bem como valores relativos a material de embalagens (etiquetas para precificação e identificação), situações reconhecidas pelo autuante em sua informação fiscal, o que reduziu o débito originariamente lançado de R\$ 12.685,03 para R\$ 39,21.

Por fim, quanto à **infração 8** – onde se exige ICMS recolhido a menor devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de charque, cuja base de cálculo apurada pelo contribuinte foi aplicada com utilização de margem de valor adicionado, sem considerar a pauta fiscal – a desoneração refere-se tão-somente ao mês de abril de 2005, pois o contribuinte comprovou que equivocou-se na soma do valor relativo a este mês, o qual foi somado com o valor de março do mesmo ano, resultando em cobrança indevida do valor de R\$4.840,16, quando o valor correto seria R\$2.028,95, o que redundou na redução do valor total devido para este item de *R\$ 37.510,82 para R\$ 34.699,61*.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epígrafado, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232954.0003/10-5**, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. (SUPERMERCADO G.BARBOSA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$173.979,38**, acrescido das multas de 70% sobre R\$4.550,71 e 60% sobre R\$169.428,67, previstas no art. 42, incisos III, VII, alíneas “a” e “b”, II, alíneas “a”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS