

A. I. Nº - 222567.0004//10-2
AUTUADO - MORAES COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ELMON CARVALHO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 27.04.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0087-04/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. Valor reduzido por força de comprovação de recolhimento antes da ação fiscal e exclusão de notas fiscais de mercadorias não sujeitas à antecipação parcial. Infração parcialmente elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS. Infração elidida com comprovação do competente recolhimento antes da ação fiscal. b) FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração parcialmente elidida com comprovação do competente recolhimento antes da ação fiscal. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 08/06/2010, exige ICMS no valor de R\$6.175,82, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS de antecipação parcial no valor de R\$1.366,72, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Período: julho a outubro de 2007, janeiro, fevereiro, junho a dezembro de 2008. Multa de 50%;

Infração 02: Recolhimento a menos de ICMS por antecipação e ou substituição tributária, no valor de R\$2.446,03, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Período: julho a dezembro de 2007, maio a dezembro de 2008. Multa de 50%;

Infração 03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação e ou substituição tributária, no valor de R\$2.363,07, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Período: setembro e outubro de 2007, fevereiro, abril e maio de 2008. Multa de 50%.

Na Impugnação de fls. 202 a 214, o autuado contesta as acusações da seguinte forma:

Infração 01:

Notas Fiscais 44769, 45795, 46171 e 46170. Competência 07/2007. Produto: Macarrão, alíquota interna 7%.

Questiona como recolher ICMS antecipação parcial de um produto constante do Anexo 88. Diz que fez o cálculo bem como o recolhimento como determina o RICMS, anexando cópia das notas fiscal e DAE autenticado.

Nota Fiscal 798769. Competência 10/2007. Produto: Sabonete. Alíquota interna 17%.

Diz que este valor foi recolhido juntamente com as demais notas fiscais anotadas no DAE, porém por equívoco não fora anotado o número desta nota fiscal na guia. Informa que o valor recolhido para o mês 10/2007 foi maior que o apurado nas notas fiscais anotadas no DAE em anexo, bem como solicita que no valor recolhido a mais seja compensado o valor da referida nota fiscal. Anexa cópia do livro Registro de Entradas desta competência e cópia da nota fiscal e DAE autenticado.

Nota Fiscal 156515. Competência 10/2007. Produto: Vinho tinto suave. Alíquota interna 25%.

Alega que o produto foi devolvido dentro do mesmo mês através da nota fiscal de devolução 0040, de 30/10/2010, não necessitando recolher ICMS. Anexa cópia da nota fiscal de entrada e devolução.

Notas Fiscais 004210, 076204 e 076205. Competência 02/2008. Produto: diversos. Alíquota interna 17%.

Diz que o valor foi recolhido juntamente com as demais notas fiscais do mês 02/2008, tendo em vista que a data de sua emissão foi 30/01/2008 e 31/01/2008 e chegada na empresa em 04/02/2008 e 12/02/2008.

Anexa cópias das notas fiscais e comprovante de recolhimento do site da SEFAZ com os dados do recolhimento e livro Registro de Entradas do mês 02/2008.

Notas Fiscais 40433, 639092, 92978, 273699, 93229, 24144, 94281, 94280, 239933 e 93631. Competência 06/2008. Produto: Macarrão comum. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante entendeu que o produto não se tratava de macarrão comum e fez o cálculo de forma equivocada, vez que o macarrão é antecipado conforme Anexo 88 do RICMS.

O valor desta nota fiscal foi retido pelo fornecedor como contribuinte substituto (IE 72.735.009). Aduz que não existe necessidade do fornecedor anexar GNRE bem como recolher através de DAE, pois é contribuinte do ICMS na Bahia. Anexa cópia da nota fiscal.

Nota fiscal 213684. Competência 07/2008. Produto: Macarrão, alíquota interna 7%.

Diz que o autuante entendeu que o produto não se tratava de macarrão comum e fez o cálculo de forma equivocada, vez que o macarrão é antecipado conforme Anexo 88 do RICMS.

O valor desta nota fiscal foi retido pelo fornecedor como contribuinte substituto (IE 72.735.009). Aduz que não existe necessidade do fornecedor anexar GNRE bem como recolher através de DAE, pois é contribuinte do ICMS na Bahia. Anexa cópia da nota fiscal.

Nota Fiscal 216587. Competência 08/2008. Produto: Macarrão, alíquota interna 7%.

Diz que o autuante entendeu que o produto não se tratava de macarrão comum e fez o cálculo de forma equivocada, vez que o macarrão é antecipado conforme Anexo 88 do RICMS.

O valor desta nota fiscal foi retido pelo fornecedor como contribuinte substituto (IE 72.735.009). Aduz que não existe necessidade do fornecedor anexar GNRE bem como recolher através de DAE, pois é contribuinte do ICMS na Bahia. Anexa cópia da nota fiscal.

Nota Fiscal 221532. Competência 09/2008. Produto: Macarrão, alíquota interna 7%.

Diz que o autuante entendeu que o produto não se tratava de macarrão comum e fez o cálculo de forma equivocada, vez que o macarrão é antecipado conforme Anexo 88 do RICMS.

O valor desta nota fiscal foi retido pelo fornecedor como contribuinte substituto (IE 72.735.009). Aduz que não existe necessidade do fornecedor anexar GNRE bem como recolher através de DAE, pois é contribuinte do ICMS na Bahia. Anexa cópia da nota fiscal.

Nota Fiscal 000835. Competência 09/2008. Produto: Vinagre – paladarte. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante entendeu que o produto não era vinagre a base de álcool e calculou o ICMS indevidamente, pois a alíquota interna é 7% e o produto vem do Espírito Santo, não existindo antecipação parcial. Anexa cópia da nota fiscal.

Nota Fiscal 222789. Competência 10/2008. Produto: Macarrão, alíquota interna 7%.

Diz que o autuante entendeu que o produto não se tratava de macarrão comum e fez o cálculo de forma equivocada, vez que o macarrão é antecipado conforme Anexo 88 do RICMS.

O valor desta nota fiscal foi retido pelo fornecedor como contribuinte substituto (IE 72.735.009). Aduz que não existe necessidade do fornecedor anexar GNRE bem como recolher através de DAE, pois é contribuinte do ICMS na Bahia. Anexa cópia da nota fiscal.

Nota Fiscal 230161. Competência 11/2008. Produto: Macarrão, alíquota interna 7%.

Diz que o autuante entendeu que o produto não se tratava de macarrão comum e fez o cálculo de forma equivocada, vez que o macarrão é antecipado conforme Anexo 88 do RICMS.

O valor desta nota fiscal foi retido pelo fornecedor como contribuinte substituto (IE 72.735.009). Aduz que não existe necessidade do fornecedor anexar GNRE bem como recolher através de DAE, pois é contribuinte do ICMS na Bahia. Anexa cópia da nota fiscal.

Infração 02

Notas Fiscais 117656 e 117654. Competência 09/2007. Produto: Bebida Energética. Alíquota interna 17%.

Diz que o autuante não verificou a GNRE que anexa, contendo a nota fiscal e ICMS recolhido pelo fornecedor. Anexa os citados documentos.

Notas Fiscais 0009618, 0037409. Competência 10/2007. Produto: Isqueiros e lâminas de barbear. Alíquota interna 17%.

O valor do ICMS das notas fiscais foi retido pelo fornecedor inscrito na Bahia sob nº 46.595.344-CS, pelo que não há necessidade de anexar a GNRE bem como recolher através de DAE. Anexa cópia das notas fiscais.

Nota Fiscal 092305. Competência 01/2008. Produto: Salgadinhos Chips. Alíquota interna 17%.

Diz que o autuante não verificou a GNRE em anexo constando a nota fiscal.

Nota Fiscal 116393. Competência 02/2008. Produto: Salgadinhos Chips. Alíquota interna 17%.

O valor do ICMS foi recolhido em 25/03/2008 juntamente com demais notas fiscais em anexo a mesma, conforme pesquisa junto ao histórico de recolhimento do site da SEFAZ, tendo em vista que o DAE de recolhimento foi extraviado, conforme podem verificar com cópia do DAE da SEFAZ. Anexa documentos citados.

Nota Fiscal 193839. Competência 02/2008. Produto: Macarrão comum. Alíquota interna 7%.

O valor desta nota fiscal foi retido pelo fornecedor como contribuinte substituto (IE 72.735.009). Aduz que não existe necessidade do fornecedor anexar GNRE bem como recolher através de DAE, pois é contribuinte do ICMS na Bahia. Anexa cópia da nota fiscal.

Nota Fiscal 000350. Competência 05/2008. Produto: Bebida energética red-rot. Alíquota interna 17%.

Diz que o autuante não verificou a GNRE em anexo constando a nota fiscal.

Nota Fiscal 204548. Competência 05/2008. Produto: Macarrão comum. Alíquota interna 7%.

O valor desta nota fiscal foi retido pelo fornecedor como contribuinte substituto (IE 72.735.009). Aduz que não existe necessidade do fornecedor anexar GNRE bem como recolher através de DAE, pois é contribuinte do ICMS na Bahia. Anexa cópia da nota fiscal.

Infração 03

Nota Fiscal 598790. Competência 07/2007. Produto: Açúcar. Alíquota interna 7%.

Reconhece devido o valor de R\$2,34 apurado pelo fisco. Diz anexar cópia da nota fiscal e GNRE.

Nota Fiscal 0045794. Competência 07/2007. Produto: Macarrão. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante apurou sobre o valor total da nota fiscal, antecipando também o macarrão instantâneo que não é objeto de antecipação total, conforme Anexo 88 do RICMS, bem como utilizou de alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Diz que o valor desta nota fiscal foi calculado e recolhido conforme DAE em anexo, não tendo mais nada a recolher. Os demais produtos desta nota fiscal se referem à infração 01, conforme detalhamento acima no item I da defesa. Anexa documentos citados.

Notas Fiscais 0046601, 6933610 e 702226. Competência 08/2007. Produto: Macarrão e Toddy. Alíquota interna 7%.

O autuante apurou as NF 00046601 e 693361 – macarrão sobre o valor total da nota, antecipando com a alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Do mesmo modo, apurou a NF 00706226, Toddy reforçado, sobre o valor total do produto.

Diz que o valor da antecipação complementar destas notas fiscais foi calculado e recolhido conforme DAE em anexo à nota fiscal, não tendo mais nada a recolher. Diz anexar documentos citados.

Notas Fiscais 0048684 e 003315. Competência 09/2007. Produto: Macarrão e Açúcar. Alíquota interna 7%.

O autuante apurou a NF 00048864 de Macarrão comum sobre o valor total da nota, antecipando com a alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Do mesmo modo, apurou a NF 0033315, Açúcar, sobre o valor total do produto.

Diz que o valor da antecipação complementar destas notas fiscais foi calculado e recolhido conforme DAE em anexo à nota fiscal, não tendo mais nada a recolher. Diz anexar documentos citados.

Nota Fiscal 626294. Competência 10/2007. Produto: Macarrão. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante apurou sobre o valor total da nota fiscal, antecipando com alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Diz que o valor desta nota fiscal foi calculado e recolhido conforme GNRE em anexo, não tendo mais nada a recolher. Anexa documentos citados.

Nota Fiscal 631010. Competência 10/2007. Produto: Macarrão. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante apurou sobre o valor total da nota fiscal, antecipando com alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Diz que o valor desta nota fiscal foi calculado e recolhido conforme GNRE em anexo, não tendo mais nada a recolher. Anexa documentos citados.

Nota Fiscal 636145. Competência 12/2007. Produto: Macarrão. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante apurou sobre o valor total da nota fiscal, antecipando com alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Diz que o valor desta nota fiscal foi calculado e recolhido conforme GNRE em anexo, não tendo mais nada a recolher. Anexa documentos citados.

Nota Fiscal 660050. Competência 05/2008. Produto: Macarrão. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante apurou sobre o valor total da nota fiscal, antecipando com alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Diz que o valor desta nota fiscal foi calculado e recolhido conforme GNRE em anexo, não tendo mais nada a recolher. Anexa documentos citados.

Notas Fiscais 666824 e 668318. Competência 06/2008. Produto: Macarrão. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante apurou sobre o valor total da nota fiscal, antecipando com alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Diz que o valor desta nota fiscal foi calculado e recolhido conforme GNRE em anexo, não tendo mais nada a recolher. Anexa documentos citados.

Nota Fiscal 001352. Competência 06/2008. Produto: Aparelho de barbear. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante não verificou o GNRE em anexo a nota fiscal, devidamente calculado e recolhido o ICMS pelo fornecedor. Anexa documentos citados.

Nota Fiscal 673852. Competência 07/2008. Produto: Macarrão. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante apurou sobre o valor total da nota fiscal, antecipando com alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Diz que o valor desta nota fiscal foi calculado e recolhido conforme GNRE em anexo, não tendo mais nada a recolher. Anexa documentos citados.

Notas fiscais 678631 e 736621. Competência 08/2008. Produto: Macarrão. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante apurou sobre o valor total da nota fiscal, antecipando com alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Diz que o valor desta nota fiscal foi calculado e recolhido conforme GNRE em anexo, não tendo mais nada a recolher. Anexa documentos citados.

Nota Fiscal 683532. Competência 09/2008. Produto: Macarrão. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante apurou sobre o valor total da nota fiscal, antecipando com alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Diz que o valor desta nota fiscal foi calculado e recolhido conforme GNRE em anexo, não tendo mais nada a recolher. Anexa documentos citados.

Nota Fiscal 002310. Competência 06/2008. Produto: Macarrão. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante apurou a NF – MACARRÃO COMUM sobre o valor total da nota fiscal, antecipando com alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Diz que o valor desta nota fiscal foi calculado e recolhido conforme GNRE em anexo, não tendo mais nada a recolher. Anexa documentos citados.

Nota Fiscal 002310. Competência 10/2008. Produto: Açúcar. Alíquota interna 17%.

Diz que o valor complementar apurado pelo fiscal (R\$66,40), devido a ser recolhido no auto. Diz anexar cópia da nota fiscal e GNRE.

Notas Fiscais 693877 e 783331. Competência 11/2008. Produto: Macarrão. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante apurou a NF – MACARRÃO COMUM, sobre o valor total da nota fiscal, antecipando com alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Diz que o valor desta nota fiscal foi calculado e recolhido conforme GNRE em anexo, não tendo mais nada a recolher. Anexa documentos citados.

Notas Fiscais 698800, 787131 e 787729. Competência 12/2008. Produto: Macarrão. Alíquota interna 7%.

Diz que o autuante apurou a NF – MACARRÃO COMUM, sobre o valor total da nota fiscal, antecipando com alíquota incorreta de 17% ao invés de 7% por ser produto da cesta básica.

Diz que o valor desta nota fiscal foi calculado e recolhido conforme GNRE em anexo, não tendo mais nada a recolher. Anexa documentos citados.

Seguindo solicita a elucidação dos fatos a critério do fisco para apurar possíveis débitos.

Às fls. 323 a 333, o autuante produz sua Informação Fiscal, dizendo:

No item I da defesa:

Sobre as Notas Fiscais 44769, 45795, 46171 e 46170, da ocorrência 07/2007 e 47336 de 08/2007, diz concordar em parte por tratarem de imposto da Antecipação Tributária Total (macarrão) que consta no Anexo 88 e estorna seus valores em um total de R\$100,80. Entretanto, aduz que o pagamento efetuado (DAE de fl. 290) foi R\$75,79, sendo suficiente para quitar o débito das notas do mês de 07/2007 (44769, 45795, 46171 e 46170), mas faz uma tabela de cálculo da antecipação total dessas notas apurando ICMS devido de R\$136,12, pelo que discorda da lisura do pagamento ainda

levando em conta que a Nota Fiscal 689130 que consta indicada no DAE, não foi apresentada durante os trabalhos da fiscalização. Diz que no DAE citado constam as Notas Fiscais 45794, 689130, 44769, 46170, 46171 e 45795, chamando atenção para a nota fiscal 45794, que calculou como imposto de Antecipação Tributária Total e creditado o valor do DAE de R\$75,79 (fl. 20), não podendo o DAE ser utilizado como quitação de qualquer outro débito. Apresenta novo demonstrativo relativo à nota fiscal 45794 (macarrão) ajustando para ela devido o valor de R\$25,01.

Quanto à Nota Fiscal 798769 que o autuado diz ser de sabonete, não foi apresentada na ação fiscal e, por isso não aparece no rol de notas fiscais elencadas.

Por último, concorda com a alegação de devolução da mercadoria da Nota Fiscal 156515, pelo que deve ser excluída da exigência fiscal.

Sobre as Notas Fiscais 4210, 76204, 76205, 404433, 639092, 92978, 273699, 93229, 24144, 94281, 94280, 239933 (239993), 93631, 207420, 213684, 213587 (216857), 221532, 222789, 230161, 117656, 117654, 9618, 37409, 92305, 116393, 193839, 202440, 204548, 350, 598790 acolhem os argumentos defensivos para exclusão da exigência por constarem de pagamento no mês referência 02/2008.

Em relação à mercadoria ‘Vinagre à base de álcool’ em que a empresa questiona a cobrança do imposto parcial, pelo erro na aplicação da alíquota interna que foi 17%, quando deveria ser 7%, mantém a exigência fiscal porque, conforme o disposto no art. 87, XXXI do RICMS/BA, menciona que a carga tributária será de 7% e não a alíquota de 7%.

Em relação à Nota Fiscal 45794 mês referência 07/2007, produto macarrão, concorda que o macarrão instantâneo pode ser conceituado como massas preparadas de outro modo e, neste caso, não é matéria de Antecipação Tributária Total. Entretanto, o macarrão instantâneo é realmente tributado com a alíquota de 17%, conforme IN 5/94, pelo que não é produto da ‘cesta básica’.

No que se refere ao macarrão comum, consta na nota fiscal a ‘NCM 1902.1900’ outras massas alimentícias, não cozidas, não recheadas, etc, em consonância com o art. 353, 11.4.1 do RICMS/BA. Neste caso, entende que seria cobrado como Antecipação Tributária Total. Porém, como a cobrança desta nota não contempla a sua totalidade no que se refere ao imposto da Antecipação Tributária Total, sugere o estorno do imposto no valor de R\$151,20, fazendo o demonstrativo respectivo, com resto a recolher de R\$25,01.

Em relação às Notas Fiscais 46601, 693361, 48684, 626294, 631010, 636145, 6600050, 666824, 666824, 668318, 673852, 678631, 736621, 683532, 693877, 783331, 698800, 787131 e 787729 em que a defesa diz relativas a macarrão da cesta básica, pelo fato de nelas constar a NCM 1902.1900, outras massas alimentícias, não cozidas, não recheadas, etc, que está em consonância com o art. 353, 11.4.1 do RICMS/BA., entende deve ser cobrado o imposto.

Quanto à Nota Fiscal 706226, informa que foi creditado o valor pago pela empresa. Reproduz demonstrativos destas notas com a exigência original.

Sobre as Notas Fiscais 3315, 2310, sugere exclusão porque o remetente é signatário do Protocolo 35/91, embora a defesa não tenha pleiteado.

Diz que no item III da fl. 212 o autuado questiona cobrança do imposto Antecipação Total da nota fiscal 350 (sic, 1352) mas foi creditado o valor pago e o R\$0,01 que resta deve ser desconsiderado por erro do sistema.

VOTO

O presente auto cuida das seguintes infrações: 1. Falta de recolhimento do ICMS de antecipação parcial na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado; 02: Recolhimento a menos de ICMS por antecipação e ou substituição tributária na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referentes às

aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado; 03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação e ou substituição tributária na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Na defesa, o autuado apresentou diversas notas fiscais e DAEs que foram parcialmente acolhidas pelo autuante por ocasião da informação fiscal.

Em relação à infração 01 (Falta de recolhimento de ICMS por antecipação parcial), o autuado disse que as Notas Fiscais 44769, 45795, 46171, 46170 e 47336, por se referirem aquisição de macarrão cuja alíquota interna é 7% não há antecipação parcial.

À sua vez, o autuante por entender que a mercadoria ‘macarrão’ codificada nas notas fiscais com a NCM 1902.1900 Outras massas alimentícias, não cozidas, não recheadas, por estarem em consonância com o art. 353, 11.4.1 do RICMS/BA, de fato não se sujeitam à Antecipação Parcial, mas à Antecipação Tributária Total e, por isso, as excluiu da infração 01. Também excluiu dessa infração a Nota Fiscal 156515 cuja mercadoria teve a comprovação de devolução pela Nota Fiscal 0000040 (fl. 295). Do mesmo modo, foram excluídas as Notas Fiscais 4210, 4210, 76204, 76205, 404433, 639092, 92978, 273699, 93229, 24144, 94281, 94280, 239933 (239993), 93631, em face da comprovação do pagamento temporâneo da antecipação parcial que o Impugnante apresentou.

Do mesmo modo, embora tenha também incluído no demonstrativo da antecipação parcial as Notas Fiscais 207420, 213684, 216857, 221532, 222789, 230161, que se referem a macarrão, também as excluiu do levantamento original tendo em vista que em tais documentos estão destacados o ICMS por substituição (fls. 311 a 314, 316 e 317). Analisando os autos, em relação às exclusões, acertadamente agiu o autuante.

Isto posto, conforme demonstrativo ajustado de fl. 344, da infração 01 restaram as notas fiscais 738769 (sabonete), 835 (vinagre fermentado de álcool) e 701977 (macarrão). Analisemo-las, então.

Em relação à nota fiscal 738769 (sabonete) vendo a nota fiscal de número de fl. 293, creio que pelos dados coincidentes e pouca legibilidade da sua numeração é a mesma nota fiscal que o Impugnante anotou como 798769, alegando que o ICMS de sua antecipação parcial fora recolhido juntamente com outras notas fiscais no DAE que a ela segue (fl. 294), embora, por equívoco no documento de arrecadação não fora anotada. À sua vez, o autuante informa que não relacionou a Nota Fiscal 798769, pois esta não lhe fora apresentada na ação fiscal. A despeito dessa polêmica e mesmo admitindo a coincidência documental, de fato, nos autos não há prova de que o imposto por ela exigido fora, de fato, recolhido. Assim, pertinente é a exigência fiscal a ela relativa.

Quanto à Nota Fiscal 835 cujo produto ‘vinagre à base de álcool’ foi atestado pelo autuante na informação fiscal, razão assiste ao contribuinte, pois, reduzindo-se a sua base de cálculo para as operações internas de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento), de fato não há ICMS por antecipação parcial na operação acobertada pela Nota Fiscal 835, pelo que a excluo da infração 01.

Em relação à Nota Fiscal 701977 (macarrão comum), embora o Impugnante sobre ela nada tenha registrado, por similaridade, ao que se passou em relação às Notas Fiscais 44769, 45795, 46171, 46170 e 47336, que se referem à aquisição da mesma mercadoria (macarrão), tendo o autuante às excluído da infração por entender que a mercadoria ‘macarrão’ codificada nas notas fiscais com a NCM 1902.1900 ‘Outras’ não ser sujeita à Antecipação Tributária Parcial, mas à Antecipação Tributária Total, oficiosamente a excluo dessa infração.

Desse modo, resta nessa infração um ICMS devido de R\$7,43.

No que diz respeito à infração 02 (Recolhimento a menor de ICMS Antecipação Total), observo o seguinte:

a) Na informação fiscal o autuante corretamente excluiu as Notas Fiscais 598790, 3315 e 2310,

relativas à aquisição de açúcar, tendo em vista o Protocolo 35/91 que tem também como signatário as Unidades Federadas dos remetentes, uma vez que a responsabilidade tributária do autuado é supletiva, dele podendo ser exigida a diferença não recolhida apenas e sempre quando esgotadas todas as possibilidades de exigência do imposto do sujeito passivo por substituição, essa cobrança se tornar impossível (art. 372, § 3º, III do RICMS/BA);

b) Em relação à nota fiscal 45794 (fl. 238), no valor de R\$3.000,00, o autuado alegou que se exigiu ICMS antecipado também sobre o macarrão instantâneo que, segundo ele, não é objeto de Antecipação Total bem como o produto por compor a ‘cesta básica’ se sujeita à alíquota interna de 7%. Disse que o valor da antecipação desta nota fiscal foi recolhido com o DAE de fl. 239 no valor de R\$75,79, no qual essa nota se acha relacionada.

O autuante diz concordar em parte com o autuado dizendo que o macarrão instantâneo pode ser conceituado como massas preparadas de outro modo e como tal não é matéria de Antecipação Total, mas conforme a IN 5/94 entende ser tributado pela alíquota de 17%. Assim, na nova planilha da informação fiscal ajustou a exigência do ICMS considerando apenas o valor de R\$1.200,00 relativo a ‘MAC DUPRATO COMUM 500g x 20’, deduzindo no cálculo o valor de R\$75,79 constante do DAE de fl. 239.

Em relação à exigência tributária relativa à NF 45794, faço as seguintes considerações:

- 1) Na NF constam as seguintes mercadorias: MAC DUPRATO COMUM, MAC NUTRISSIN INST CARNE e MAC NUTRISSIN INST GAL CAIP;
- 2) A IN 5/94 diz que a conceituação de ‘macarrão’, para fins de aplicação da alíquota de 7% deve ter nomenclatura de “macarrão propriamente dito, massas para sopa, espaguete, talharim e massas para lasanha, todos de farinha de trigo” e não “poderão se apresentar sob a forma de ‘massa fresca’, ou com preparo, tempero ou cozimento de qualquer espécie”. Ora, desse modo, vejo que da NF a mercadoria MAC DUPRATO COMUM no valor de R\$1.200,00 subsume-se nas condições de tributação à alíquota de 7%.
- 3) Assim, tendo em vista que o próprio autuante excluiu da infração as mercadorias MAC NUTRISSIN INST CARNE e MAC NUTRISSIN INST GAL CAIP, o valor devido de Antecipação Total para a Nota Fiscal 45794 é R\$ 16,80, valor que está composto no DAE de fl. 239 que, além desta, relaciona outras notas fiscais.

Em relação às Notas Fiscais 46601, 693361, 48684, 626294, 631010, 636145, 660050, 666824, 666824, 668318, 673852, 678631, 736621, 683532, 693877, 783331, 698800, 787131 e 787729 (fls. 240, 243, 247, 249, 251, 253, 255, 257, 259, 262, 264, 266, 268, 272, 274, 276, 278 e 280, respectivamente), o autuado alegou que se exigiu ICMS antecipando sobre macarrão com alíquota de 17% quando deveria utilizar alíquota de 7% por ser produto da cesta básica. Diz, também, que o valor da antecipação das notas foram calculados e recolhidos, conforme DAEs que anexa.

Por sua vez, o autuante entende que pelo fato de nelas constar a NCM 1902.1900, outras massas alimentícias, não cozidas, não recheadas, etc, que está em consonância com o art. 353, 11.4.1 do RICMS/BA., entende deve ser cobrado o imposto por Antecipação Total.

Analisando os autos, mais especificamente os documentos carreados pelo Impugnante, constato o seguinte:

- 1) que há recolhimentos de ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PRODUTOS ANEXO 88 relativos a todas elas (fls. 239, 242, 244, 248, 250, 252, 254, 256, 258, 260, 263, 265, 267, 269, 271, 273, 275, 277, 279 e 282);
- 2) que as notas fiscais em que há exigência de ICMS no demonstrativo ajustado por ocasião da informação fiscal (fls. 342 e 343) se referem a “macarrão” que identifico como “propriamente dito, massas para sopa, espaguete, talharim e massas para lasanha, todos de farinha de trigo”, nos termos da IN 5/94, de modo a subsumir-se sob tributação interna à alíquota de 7%;
- 3) que não há nos documentos fiscais codificação das mercadorias na NCM 1902.1900, como

informa o autuante;

- 4) que os valores dos recolhimentos da Antecipação Total trazidos aos autos e relativos a esses documentos correspondem aos valores devidos nas operações.

Assim, nada restando devido em relação às notas fiscais citadas e nada restando devido em relação à Nota Fiscal 45794, tenho a infração 02 como totalmente elidida.

Quanto à infração 03 (Falta de recolhimento do ICMS por Antecipação Tributária Total), por ocasião da informação fiscal o autuante acolheu as comprovações de recolhimento do tributo exigido em relação a todas as notas fiscais originalmente relacionadas na planilha de fl. 18, remanescendo apenas a exigência fiscal relativa à Nota Fiscal 257026, conforme demonstrativo ajustado de fl. 341, sobre a qual o Impugnante nada mencionou nem comprovou qualquer recolhimento. Deste modo, resta devido ICMS de R\$80,44, na infração 03.

Deste modo, por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data vencto	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	ICMS devido
Infração 01					
31/10/2007	09/11/2007	43,71	17	50	7,43
Total da Infração					7,43
Infração 03					
30/09/2007	09/10/2007	473,18	17	50	80,44
Total da Infração					80,44
Total Geral					87,87

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **222567.0004/10-2**, lavrado contra **MORAES COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 87,87**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INACIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR