

**A. I. Nº** - 21768.00011/10-5  
**AUTUADO** - CASA DAS MASSAS VESPER LTDA.  
**AUTUANTE** - CLÁUDIA MOURA PEREIRA OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 11/05/2011

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0100-02/11**

**EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. Demonstrado nos autos que foram incluídos no levantamento documentos relativos a mercadorias que são insumos, tiveram o imposto pago por substituição tributária. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Provado que os itens estão enquadrados no regime de substituição tributária. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 22/06/2010, refere-se à exigência de R\$3.112,14 do ICMS, acrescido da multa de 50%, concernentes as seguintes infrações:

1 - falta de recolhimento do imposto, referente à antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Micro e empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente as aquisições efetuadas de outros Estados; ICMS no valor de R\$ 2.452,97.

2- deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Micro e empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente as aquisições efetuadas de outros Estados; ICMS no valor de R\$ 659,17.

O autuado apresentou impugnação (fls. 319 a 321), aduzindo, inicialmente, que em uma verificação mais apurada constatou-se erros na apuração da base de cálculo pelo autuante que inevitavelmente comprometeu a legalidade da constituição do crédito.

Argumenta, em relação à infração 01, que é necessário registrar que a impugnante atua com a atividade predominante de padaria, fabricando os produtos desse ramo para posterior venda a consumidor final. Argumenta que a autuante incluiu indevidamente em seu relatório/planilha as notas fiscais que serviram de lastro/aquisições de mercadorias/materiais utilizados na indústria, isto é, no processo de fabricação de pães, biscoitos etc., operações essas livres de exoneração/tributação da Antecipação parcial do ICMS. Apresenta a relação por ordem de lançamento/cronológica na planilha apresentada pela autuante: Notas Fiscais números: 86656; 17016, 37290, 35585, 17497, 17324, 38186, 18074, 17806, 17655, 39328, 38756, 18617, 18190, 40374, 39827, 19014, 18949, 18793, 92483, 41124, 92038, 19502, 19065, 19405, 19332, 19218, 19804, 93990, 19715, 19634, 20126, 94712, 20498, 71522, 22000, 21867, 21786, 22558, 22434, 172, 22374; 22248; 952; 9312; 9270; 9713; 9616; 9418; 10211; 10129; 10029; 9924; 9929; 10706; 10347; 11034; 10988; 10554; 11259; 11782; 12125; 11947 e 11897.

Alinha que as Notas Fiscais a seguir foram integradas ao cálculo e recolhimento do ICMS – antecipação mensal, indevidamente, incluída na planilha de cálculo da autuante, pois já foi efetuado o recolhimento, conforme DAES: Notas Fiscais números: 484807, 483797, 482434, 491751, 489220, 487963, 487242, 000090, 000059, 496290, 495324, 494000, 492715; 6101 e 42808.

Apresenta as Notas Fiscais a seguir sob a alegação de que foram integradas aos cálculos recolhimento do ICMS – antecipação mensal, indevidamente, incluída na planilha de cálculo da autuante, pois se trata de operações de ICMS pago por substituição tributária: Notas Fiscais números: 512272, 511466, 517372, 516411, 144896, 515196, 513482, 524055, 522700, 521451; 660518, 520398, 519008, 19922 e 165824.

Em relação à infração 02 assegura constar nos Autos a planilha que relaciona as operações (Notas Fiscais) objeto dessa infração. Afirma que por não ter conhecimento dessas operações, ficou prejudicada a sua defesa.

Conclui que, diante da materialidade desses fatos remanesce a constatação que o lançamento promovido pela autuante está eivado de vícios e ilegalidade. Indiscutível a necessidade de revisão do lançamento, visto que carece do fato gerador.

Pede a anulação da infração.

A autuante, às fls. 328 a 330, apresenta a informação fiscal afirmando que autuada acima identificada quer, simplesmente, procrastinar o andamento do processo, haja vista que, em sua peça de IMPUGNAÇÃO às fls. 319/321, nenhum fato novo apresenta, se atendo a contestar o referido auto de infração em apreço sem, contudo, apresentar as provas do alegado.

Afirma que, em sua peça de defesa (fls. 319/321), o impugnante alinha que a autuante se utilizou de métodos que contrariam o RICMS e que o ICMS reclamado já fora objeto de pagamento.

Aduz que a impugnante não se ateve a analisar o processo para produzir a sua defesa e que simplesmente quer somente procrastinar o feito, é que informa às fl. 320 (“Infração 02-07.21.01, parágrafo inferior), que “...não consta nos Autos a planilha...”. Vê-se claramente às fls. 09/10, a identificação da planilha referida, elaborada e dentro dos termos regulamentares e legislação pertinente. Por outros e esses fatos afirma que não deve subsistir a impugnação em apreço.

Complementa que não se pode alegar fatos em proveito próprio sem a sua devida comprovação inequívoca, o que ocorrera com a impugnante em sua defesa.

Argumenta que a impugnante apenas se ateve a contestar no geral a autuação; não apresentou, sequer, uma planilha informativo-indicativa que dê sustentação ao alegado, se atendo a informar sobre notas fiscais que supostamente não deveriam ser utilizadas para utilização na base de cálculo do efetivamente devido. Isto contraria os princípios de direito e as normas regulamentares.

Assegura que nas planilhas elaboradas pela autuante (fls.09/10 e 15/20), auto-explicativas, consta o lançamento de todas as notas fiscais de aquisição de mercadorias fornecidas pela autuada, bem como os dados necessários ao levantamento do tributo devido, conforme prevê a legislação pertinente.

Alude que nas planilhas (Auditoria da Antecipação Total devida pelas Entradas – fls. 10), estão discriminados todos os dados indispensáveis à identificação do fato gerador, tais como, data, valor do produto, base de cálculo do ICMS, alíquota, crédito de origem (destacado na nota fiscal), o imposto devido, MVA, (devidamente informada às fls. 10) e o ICMS a recolher. Não consta nesta planilha, o imposto devidamente pago via DAES/GNRES e constantes dos sistemas de arrecadação da SEFAZ, porque incluído na planilha DEMONSTRATIVO SINTÉTICO DO DÉBITO (Pago ou Denunciado-RESUMO), às fls.09.

Consigna que, igualmente, na planilha (Auditoria da Antecipação Parcial devida pelas Entradas – fls. 16/20), estão discriminados todos os dados indispensáveis à identificação do fato gerador, tais

como, data, valor do produto, base de cálculo do ICMS, alíquota, crédito de origem (destacado na nota fiscal), o imposto devido, o DESCONTO (na coluna própria) previsto na legislação (20, 50, 60% e/ou sem desconto – representados pelas letras “A”, “B”, “N” e “S”) de acordo com cada situação fiscal (se de aquisição de mercadorias de indústria e/ou atacadista, etc...), e o ICMS a recolher. Contudo, o imposto já devidamente pago via DAES/GNRES, fora incluído na planilha DEMONSTRATIVO SINTÉTICO DO DÉBITO (coluna “Pago ou Denunciado”).

Anui que, na planilha (DEMONSTRATIVO SINTÉTICO DO DÉBITO – fls. 09 e 15), constam discriminados, principalmente, o débito apurado, migrado da planilha anterior e o imposto pago ou denunciado, anteriormente informado, constantes dos DAES apresentados pela autuada, fls. 163/186 e constantes dos arquivos no sistema de arrecadação da SEFAZ.

Assevera que se constatou que o impugnante deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido, tanto de Antecipação Parcial, bem como de Substituição Tributária, conforme legislação pertinente, pela aquisição das mercadorias constantes em diversas notas fiscais, dentre as quais podemos citar, a seguir, por amostragem, algumas delas: 86656, 17016, 19715, 37290; 17497, 17324, 38186, 90, 59, 92483, 92038, 92808, 93990 e etc.

Em relação à obrigatoriedade de pagar a Substituição Tributária e a Antecipação Parcial, traz à lume a previsão dos arts. 353, II, item 11.3 e 352-A do RICMS/BA (Dec. nº 6.284/97).

Alinha que a Comissão Nacional de Classificação - CONCLA ao relacionar em sua Seção G, Divisão 47, as atividades de comércio varejista incluiu a subclasse 4721-1/02 - Padarias e Confeitarias com Predominância de Revenda, compreende o comércio varejista de pães e roscas, bolos, tortas e outros produtos de padaria quando a revenda de outros produtos é predominante.

Observa, contudo, que esta subclasse não compreende as panificadoras industriais - 1091-1/00; as padarias e confeitarias com predominância de produção própria (4721-1/01); as lojas de tortas, sorvetes, doces e salgados de fabricação própria e venda ao público, com consumo no local ou não.(grupo 56.1)

Considera que a atividade de Padaria e Confeitaria com Predominância de Produção Própria-4721-1/01, predominantemente consiste na venda de mercadorias de sua produção, entendemos que nas aquisições interestaduais dos insumos destinados à produção das mercadorias resultantes do processo, não incide o ICMS antecipação parcial, visto que não se destina à comercialização ou revenda posterior, requisito este indispensável para aplicabilidade do referido regime de tributação.

Entende que, por outro lado, se o contribuinte adquirir mercadorias destinadas à revenda, fica obrigado a recolher a antecipação parcial prevista no art. 352-A do RICMS-BA.

Ressalta que o fator determinante para a incidência da antecipação parcial é a aquisição da mercadoria em outra unidade da federação, com o intuito de revenda posterior.

Dessa forma, continua a autuante, sempre que o Contribuinte revender parte dos produtos adquiridos em outras unidades da Federação, em relação a esses produtos, o que é o caso da autuada, será devido o recolhimento da antecipação parcial e, na impossibilidade de identificação dos produtos que serão efetivamente empregados na prestação do serviço de panificação daqueles que serão destinados à simples revenda, deverá ser efetuado o recolhimento do ICMS/Antecipação Parcial sobre o valor total informado na nota fiscal de aquisição, conforme prevê a legislação que regulamenta a matéria.

Requer a procedência do Auto de Infração.

A 2ª JJF, à fl. 334, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que Auditor Fiscal diligente tome as seguintes providências:

*“1 – verifique, junto ao estabelecimento do autuado, quanto à infração 01, quais os produtos constantes, das aludidas notas fiscais, são destinados, efetivamente, a insumos, tendo em vista as*

*atividades desenvolvidas pelo impugnante, bem como se são relativas a operações de ICMS pago por substituição tributária, como indicado às fls. 320;*

*2 - concluída a etapa anterior, caso sejam confirmadas as alegações do autuado, acima alinhadas, devem ser excluídas as notas por ele relacionadas concernentes aos itens acima indicados, bem como deve ser elaborado um novo demonstrativo de débito, juntamente com as planilhas de ajustes dos novos valores a serem exigidos;*

*3 – deve ser entregue ao autuado o relatório e documentos resultantes da diligência, bem como a concessão do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos;*

*4 - havendo manifestação do autuado, deve ser dada ciência ao autuante para que elabore nova informação fiscal, com base nos novos resultados e abrangendo todos os aspectos da manifestação defensiva, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.”*

O autuante, à fl. 414, responde a diligência, afirmando que o contribuinte lhe comunicou, em relação à infração 01, que os produtos relacionados nas notas fiscais, citadas à fl. 320, são insumos e que na oportunidade o contribuinte apresentou os DAES referentes ao ICMS antecipação parcial e substituição tributária.

Aproveita para informar que os produtos constantes da infração 02 são insumos.

Assim, informa a autuante que as novas planilhas foram feitas com a exclusão das notas fiscais com imposto pago por substituição tributária, antecipação parcial e exclusão dos insumos, exclusivamente, na panificação.

Apresenta planilha, à fl. 415, indicando mensalmente os valores em relação ao exercício de 2008, totalizando R\$ 531,65.

O autuado foi cientificado, conforme consta às fls. 418 e 420, não mais se manifestando nos autos.

#### **VOTO**

A presente lide se refere à impugnação do presente lançamento de ofício que reclama o crédito tributário ao sujeito passivo concernentes a duas infrações por descumprimento de obrigação principal. A primeira trata de falta de recolhimento do imposto, referente à antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições e a segunda infração é relativa a falta de recolhimento do recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Mico e empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional.

O autuado alega que as mercadorias alvo da exigência são insumos destinados a fabricação de pães, biscoitos etc., não cabíveis a antecipação parcial. Diligência destinada a elucidar a questão, efetuada pelo próprio autuante, concluiu, acertadamente, que parte dos itens alvo da exigência da infração 01 são insumos, tiveram o imposto pago por substituição tributária e por antecipação e a totalidade da infração 02, são insumos.

Assim, o autuante refez, às fls. 415 a 417 dos autos, o levantamento da infração 01, excluindo da exigência as notas fiscais com imposto pago por substituição tributária, antecipação parcial e exclusão dos insumos, utilizados exclusivamente na panificação, passando a infração 01 a exigir o valor de R\$ 531,65, conforme demonstrativo de débito à fl. 415 dos autos.

Quanto à infração 02 foi considerada procedente, pois as notas fiscais se referem a insumos previstos no inciso II, item 11.3 do art. 353 do RICMS/BA. Sendo assim, é cabível a exigência da antecipação através do regime de substituição tributária.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **21768.00011/10-5**, lavrado contra **CASA DAS MASSAS VESPER LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.190,82**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, alínea “d”, item 1 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR