

A. I. Nº - 299131.0063/10-0  
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS ANDRADE LTDA.  
AUTUANTE - LUIZ MORAES DE ALMEIDA JÚNIOR  
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS  
INTERNET - 05.08.2011

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0204-02/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Argumentos defensivos não foram capazes para elidir a imputação. Excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais que não foram carreadas cópias para o processo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/12/2010, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$9.340,60, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$1.616,92, referente a aquisição de mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de junho, julho, outubro e dezembro de 2009, e julho de 2010, conforme demonstrativo e documentos às fls.16 a 27.
2. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$6.085,19, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de junho e julho de 2009, e janeiro a setembro de 2010, conforme demonstrativo e documentos às fls.27 a 43.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de fevereiro de 2010, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$1.638,49, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo e cópia da nota fiscal à fls.42 a 43.

O autuado, fls. 46 a 49, impugnou parcialmente o auto de infração expondo suas argumentações e anexando ao PAF provas para ratificar as alegações a seguir alinhadas.

Quanto a infração 01, aduz que o levantamento fiscal está baseado nas aquisições constantes nas Notas Fiscais nº 133, 1191, 4, 101 e 1492, considerando equivocadamente que os produtos Vinho Tinto 12x750 ml (NF 133), Coquetel de Vinho Mazile Bianco 12x890 ml (NF 1191), Vinho Tinto Padre Cícero 12x890 ml (NF 1191), Vinho Tinto São Jorge Pet 12x750 ml (NF 4) e Sidra Cereser 12x660 ml (nf 101) fossem produtos da substituição tributária, porém os Vinhos da NCM 2204 e 2206 e a Bebida fermentada Sidra só voltaram a ser Tributados pela Substituição Tributária a partir de 01/01/2010 por força da Alteração nº 126 (Decreto nº. 11.806, de 26/10/2009. DOE de 27/10/2009 ao Regulamento do ICMS da Bahia.

Argumenta que tem direito aos créditos fiscais, por se tratar, na época das aquisições, de mercadorias tributadas com destaque de ICMS normalmente nos documentos fiscais, conforme cópias ais das notas fiscais nº. 138, 1191, 4 e 101 anexadas às fls.50 a 53.

Assim, reconhece o equívoco na utilização do crédito do ICMS referente ao produto Vinho Tinto São Jorge Copo 24x300 ml (NF 1492), em 14/07/2010, por desencontro com a expressão “COPO”, resultando em um valor histórico, indevido de R\$80,49 (Oitenta Reais e Quarenta e Nove Centavos), que reconhece como devido.

Com relação à infração 02, observa que o autuante utilizou para a apuração do débito os arquivos magnéticos de que tratam o Artigo 708-A, do RICMS/BA (Convênio ICMS 57/95 Sintegra), onde constam no Registro 60R, a movimentação de vendas através do Emissor de Cupom Fiscal (ECF), para concluir que ocorreram vendaS de mercadoria tributada como não tributada.

Esclarece que se trata do produto Macarrão Instantâneo, diversos sabores, que no mês de 06 e 07/2009, realmente estavam com a tributação errada, porém o autuante não percebeu que a partir desse período foi corrigida a tributação desses itens (Macarrão Inst., diversos sabores).

Para comprovar essa alegação, anexou Relatórios do Registro 60R dos períodos de 01/2010 até 05/2010 (docs.fl.57 a 138), referentes a arquivos magnéticos que constam na base de informações da SEFAZ, uma vez que foram transmitidos e recepcionados normalmente, provando que vendeu as mercadorias tributadas de ICMS, com a alíquota de 17%.

Para os períodos de 06/2010 a 09/2010, aduz que houve erro flagrante por parte do Auditor, onde interpreta que deveria existir a tributação no Macarrão Inst. nesses períodos, porém, estas mercadorias foram incluídas no Regime de Substituição Tributária por meio do Decreto nº. 12.156 de 28 de Maio de 2010 (DOE 29 e 30/05/2010), Alteração nº. 135 ao Regulamento do ICMS, produzindo efeitos a partir de 01 de junho de 2010, e por conseguinte, a tributação dos referidos produtos devem ser com Substituição Tributária desde o período de 01/06/2010 até o presente dia.

Reconheceu o valor histórico de R\$356,61, referente ao período de 06 e 07/2009.

Sobre a infração 03, referente a falta de escrituração da Nota Fiscal nº 127936, emitida pelo fornecedor Nestlé Brasil Ltda, com C.N.P.J. (MF) 60.409.075/0059-79 e Inscrição Estadual nº. 63.494.701 NO em 17/02/2010, conforme DANFE à fl.55, destaca que esse DANFE foi emitido, porém, existem erros no referido documento fiscal, tais como: Valor total dos Produtos, Base de Cálculo do ICMS, Valor do ICMS, Quantidade e Valor Unitário em brancos. Esclarece que ao perceber tais erros e ultrapassado o prazo legal de cancelamento o próprio fornecedor, neste caso a Nestlé, emitiu outra Nota Fiscal de entrada nº. 139247 de 27/02/2010 com a Natureza da Operação Dev. Vda. Merc. Adq. Rec. De Terceiro, para anular a operação, visto que não tinha havido circulação de mercadoria (doc.fl.56).

Desta forma, sustenta que o procedimento adotado pelo fornecedor está dentro dos padrões legais quando não há circulação de mercadorias. Explica ainda que no dia 06/03/2010, a Nestlé enviou a mercadoria que realmente comprou, e que o Auditor informa que recebemos sem documento fiscal, emitindo a Nota Fiscal nº. 142692 de 06/03/2010, a qual, encontra-se devidamente escriturada na escrita fiscal e em seu estoque fiscal. Juntou cópia do DANFEs às fl.54 a 55.

Por fim, requer a procedência parcial do auto de infração.

O autuante, fls.144 a 145, em sua informação fiscal em relação à infração 01, concordou em parte com a defesa, reconhecendo que errou quando da aplicação do RICMS, refez o levantamento fiscal conforme planilha anexada à fl.146.

Não acolheu o pedido do autuado para cancelamento da infração 02, argüindo que foram usados os últimos arquivos magnéticos constantes na base de dados da SEFAZ. Diz que a empresa foi intimada para correção dos mesmos, (fl.15) com a concessão do prazo de 30 dias, pois os

arquivos originais solicitados na base no inicio da fiscalização estavam divergentes dos dados informados nas DMA's para os respectivos anos. Informa que foram usados os últimos arquivos corrigidos pela empresa após intimação. Quanto a alegação de que houve interpretação errada de produto tributado como não tributado, aduz que a partir de 01/06/2009 o produto "macarrão instantâneo" ingressou na substituição sendo, por isso, a exigência fiscal com base na Alteração nº 135, Decreto 12.156/2010. Observa que este Decreto não produziu efeitos, uma vez que a alteração nº 23, Decreto 7.947 com efeitos de 01/06/01 a 31/05/10 que não fazia referência a macarrão instantâneo. Manteve integralmente a infração.

Sobre a infração 03, justifica que a Nota Fiscal nº 127936 havia sido considerada como não escriturada, porém, após análise da situação descrita e apresentação da documentação comprobatória, (notas fiscais 139247 (devolução) e 142692 (venda correta e registrada), conclui pelo cancelamento desta infração.

Conclui que a infração 01 foi parcialmente considerada procedente restando o valor histórico de R\$80,49; a infração 02 sem alteração com valor R\$6.085,17; e a infração 03 fica cancelada.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.146 a 147, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.144 a 145, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls.149 a 150, argüindo o seguinte.

No tocante à infração 02, discordou da afirmação do autuante que foram usados os últimos arquivos magnéticos constantes na base de dados da SEFAZ, dizendo que os relatórios que apresentou com indicação dos itens autuados, são referentes aos últimos arquivos transmitidos, que, inclusive pode ser consultado no presente momento. Salienta que de acordo com o arquivo magnético apresentado anteriormente os Registros que identificam a tributação e a movimentação dos produtos em questão demonstram que apenas no período de 01/06 a 31/07/2009 foram emitidas vendas com tributação errada, e que a partir desse período foi feita a correção e as vendas foram tributadas normalmente.

Contestou a informação do autuante no sentido de que havia afirmado na defesa que somente a partir de 01/06/2009 o "macarrão instantâneo" ingressou na substituição, sustentando que o seu entendimento é de que a partir de 01/06/2010 o referido produto passou a ser tributado por regime de Substituição Tributária, com o advento do Decreto 12.156 de 28 de Maio 2010. Diz que antes estava previsto o prazo e os efeitos nos artigos 3º e 5º.

Reitera seu pedido de improcedência parcial das infrações 01 e 02 e total para a infração 03 do Auto de Infração.

Constam às fls. 153 a 154, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de "Detalhes de Pagamento PAF", referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$ 437,10.

## VOTO

O item 01 faz referência à utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, através lançamento de notas fiscais relacionadas na planilha à fl.16.

Analisando as notas fiscais nº 133, 1191, 4, 101 e 1492 que serviram de base a autuação, verifico que as de nº 133, 1191, 4 e 101, foram emitidas nos meses de junho, julho outubro e dezembro de 2009, e dizem respeito a aquisição de "vinho". Tem razão o autuado de que este produto só voltou ser tributado pelo regime de substituição tributária a partir de 01/01/2010, por força da Alteração nº 126 (Decreto nº 11.806, de 26/10/2009, DOE de 27/10/2009 ao Regulamento do ICMS da Bahia).

Assim, não subsistem os valores R\$267,30; R\$1.112,35; R\$105,30 e R\$51,48 lançados no demonstrativo de débito. Com relação à Nota Fiscal nº 1492, correspondente a aquisição de

“vinho”, considerando que foi emitida em 17/04/2010, fica mantida a exigência fiscal no valor de R\$80,49, visto que a partir de 01/01/2010 por força da Alteração nº 126 (Decreto nº 11.806, de 26/10/2009, este produto voltou a ser tributado pelo regime de substituição tributária.

Cumpre observar que no demonstrativo de débito à fl.01/02, foi consignada indevidamente a alíquota de 27%, quando o correto é 17%, porém o valor do débito foi lançado corretamente com base no valor efetivamente utilizado indevidamente no livro fiscal. Este equívoco não causou qualquer prejuízo a defesa, haja vista que o sujeito passivo conseguiu elidir parte da infração.

Quanto ao item 02, a acusação fiscal é de que o autuado deixou de tributar as saídas de “macarrão” nas notas fiscais relacionadas às fls.27 a 30.

Na defesa foi aduzido que a mercadoria trata-se de “macarrão instantâneo”, tendo reconhecido que realmente nos meses de junho e julho de 2009, deixou de tributar as operações de que cuida a lide, reconhecendo como devido o débito no valor de R\$356,61.

No que diz respeito ao débito dos demais períodos, janeiro a setembro de 2010, alega que o autuante se baseou em informações constantes no arquivo magnético que foi posteriormente corrigido.

Para o período de 01/2010 até 05/2010, anexou Relatórios do Registro 60R dos períodos de 01/2010 até 05/2010, referentes a Arquivos magnéticos que diz terem sido transmitidos e recepcionados pela SEFAZ, visando provar que vendeu as mercadorias tributadas de ICMS, com a alíquota de 17%.

Conforme esclarecido na informação fiscal, foram usados os arquivos magnéticos que foram corrigidos pelo autuado por força da intimação à fl. 15. Assim, não acolho o pedido do autuado para cancelamento do débito desse período.

Quanto ao período de 06/2010 a 09/2010, sustenta que as mercadorias foram incluídas no Regime de Substituição Tributária por meio do Decreto nº 12.156 de 28 de Maio de 2010 (DOE 29 e 30/05/2010), alteração nº 135 ao Regulamento do ICMS, produzindo efeitos a partir de 01 de junho de 2010.

Comungo com o entendimento do autuante no sentido de que a Alteração 135, Decreto nº 12.156/2010 não produziu efeitos, uma vez que a Alteração nº 23, Decreto 7.947 com efeitos de 01/06/01 a 31/05/10 não fazia referência a macarrão instantâneo. Logo, no citado período as mercadorias não se encontravam no regime de substituição tributária.

Nestas circunstâncias fica mantido integralmente o débito lançado neste item da autuação.

Por derradeiro, no que concerne ao item 03, referente a aplicação de multa por falta de registro de entrada de mercadoria tributável na escrita fiscal, referente à Nota Fiscal nº 127936, o autuado alegou este documento fiscal foi substituído pela Nota Fiscal nº 139247 de 27/02/2010 (doc.fl.55). Considerando que o autuante concordou que a mercadoria constante no referido documento fiscal foi devolvida através da NF 139247, conforme documentos às fls.55 e 56, e que esta se encontra devidamente registrada na escrita fiscal, considero elidida acusação fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$6.165,68, ficando o demonstrativo de débito da infração 01 modificado conforme segue:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
14/7/2010	9/8/2010	473,47	17	60	80,49	1
30/6/2009	9/7/2009	252,82	17	60	42,98	2
31/7/2009	9/8/2009	1.844,88	17	60	313,63	2
31/01/2010	09/02/2010	3.401,47	17	60	578,25	2
28/02/2010	09/03/2010	3.401,47	17	60	578,25	2
31/03/2010	09/04/2010	3.401,47	17	60	578,25	2

30/04/2010	09/05/2010	4.229,53	17	60	719,02	2
31/05/2010	09/06/2010	4.931,94	17	60	838,43	2
30/06/2010	09/07/2010	3.067,29	17	60	521,44	2
31/07/2010	09/08/2010	5.851,76	17	60	994,80	2
31/08/2010	09/09/2010	4.663,47	17	60	792,79	2
30/09/2010	09/10/2010	749,12	17	60	127,35	2
			TOTAL		6.165,68	

### 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 **299131.0063/10-0**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS ANDRADE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.165,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alínea “a”, e VII, alínea “a“, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA