

A.I. Nº - 206935.0015/10-2
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS BONAT LTDA.
AUTUANTE - UBALDO REIS RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 17/11/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0237-03/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. Lançamentos nulos por falta de certeza e liquidez. 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Demonstrado nos autos que houve pagamento do imposto a menos pelo autuado, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime do SimBahia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/9/10, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, “relacionadas nos anexos 88 e 89” [leia-se: mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS], sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.227,13, com multa de 60%;
2. falta de recolhimento de ICMS a título de antecipação parcial, “na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante” [sic], relativamente a aquisições interestaduais [de mercadorias destinadas a comercialização], sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.711,42, com multa de 50%;
3. falta de recolhimento de ICMS a título de antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.971,71, com multa de 60%;
4. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, “na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante” [sic], relativamente a aquisições interestaduais [de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária], sendo lançado imposto no valor de R\$ 9.488,81, com multa de 50%;
5. falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime do SimBahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 6.131,62, com multa de 50%.

O contribuinte defendeu-se (fls. 34-35) alegando que o fiscal se equivocou quanto aos fatos e fundamentos apresentados, por haver discrepância entre os fatos imputados, a documentação que lhe foi entregue, os relatórios, os demonstrativos e a fundamentação legal. Reclama que os valores dos lançamentos 1º, 2º, 3º e 4º não são devidos, pois todos os pagamentos foram feitos, conforme documentos anexos, tanto em relação à antecipação parcial quanto à antecipação

tributária propriamente dita. Quanto ao 5º lançamento, alega que o fiscal não observou que o seu entendimento não corresponde à realidade dos fatos, conforme comprovam as planilhas anexadas à impugnação e a documentação correspondente também apresentada. No que se refere à cobrança do SimBahia, alega que o autuante não foi claro quanto aos valores levantados, uma vez que eles divergem dos que estão sendo apresentados na defesa. Considera que a empresa fez os cálculos e pagamentos conforme prevê a legislação. Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente. Aduz que a documentação cujas cópias foram apresentadas está à disposição do fisco no endereço que indica. Requer a determinação de revisão fiscal para depuração da verdade. Seguem-se relatórios pontuando os aspectos a serem verificados relativamente a cada item do Auto de Infração. Juntou documentos.

O fiscal autuante, ao prestar a informação (fls. 294/297), indicou os pontos em que concorda com a defesa e refez os demonstrativos fiscais (fls. 298/309), juntando outros documentos (fls. 310/332).

Informa que, no tocante ao item 1º, excluiu os valores relativos a farinha de trigo. Quanto à alegação da defesa relativamente a macarrão, diz que nas Notas Fiscais consta tratar-se de talharim e massas diversas, tais como, lasanha, sopa, espaguete, furadinho, parafuso, instantâneo, etc., envolvendo itens que contêm ingredientes, temperos, cozimentos, massas frescas ou preparos qualificados e ricos em sêmola e ovos, embalados em pequenos pacotes, de modo que a alíquota é de 7%, haja vista que as mercadorias integrantes da cesta básica se diferenciam das mercadorias em questão pela sua composição de massas consideradas básicas ou comuns e preparadas puramente à base de farinha de trigo, sendo adquiridas em grandes quantidades e vendidas a granel ou empacotadas pelo próprio revendedor-varejista. Quanto a biscoito e bolacha, o fiscal considera que só se aplica a redução da base de cálculo quando a mercadoria é produzida por estabelecimentos industriais situados neste Estado e os destinatários são microempresas, empresas de pequeno porte ou ambulantes, não sendo este o caso do autuado, e além disso tais mercadorias, para terem o benefício, não podem estar no regime de substituição tributária, e é preciso que se comprove o recebimento do desconto em função da redução da alíquota. Informa que o autuado é do regime normal de apuração do imposto, e as mercadorias são procedentes do Espírito Santo, Minas e Sergipe, além de fazerem parte do regime de substituição tributária. Concorde com o autuado em relação ao leite em pó, cabendo por isso a ajuste quanto à alíquota. Também concorda com ele em relação a absorventes, cabendo igualmente o reajuste do lançamento. Considera correta a autuação no tocante a bebidas alcoólicas, observando que o benefício só se aplica às mercadorias procedentes de indústria estabelecida neste Estado e por ela produzidas.

Quanto ao 2º lançamento, informa o autuante que no tocante às Notas Fiscais apontadas pelo contribuinte todos os recolhimentos relativos àqueles documentos já foram considerados no levantamento fiscal. Com relação aos derivados de leite, informa que somente é beneficiada a operação quando o fabricante é estabelecido na Bahia. Quanto a charque, o fiscal especifica as Notas Fiscais que foram excluídas do levantamento. No tocante às demais, diz que não se trata de charque, e sim de cortes de carne bovina, que são mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, na condição de produtos resultantes do abate de gado bovino. No tocante a arroz, por se tratar de mercadoria da cesta básica, informa que excluiu os valores correspondentes. Diz que também excluiu os valores relativos a vinagre. Com relação aos produtos farmacêuticos, diz que estes fazem parte do regime de substituição tributária, porém tendo redução de 10% na base de cálculo, não podendo ter redução de alíquota menor que 7%, e sendo assim procede a alegação da defesa, cabendo a alteração do lançamento. Quanto a sandálias, que fazem parte do gênero calçados, trata-se de mercadorias do regime de substituição tributária, estando por isso correto o lançamento. Diz que as Notas Fiscais relativas a pescada e corvina foram excluídas.

No que concerne ao lançamento dos itens 3º, o fiscal indica as Notas Fiscais que foram excluídas.

No tocante ao item 4º, diz que reitera o teor do relato dos itens 1º e 2º.

Quanto ao item 5º, argumenta o autuante que a exclusão de algumas mercadorias da lista da substituição tributária em virtude de alteração na legislação não abrangeu todo o período fiscalizado, no qual não houve incidência de substituição tributária nem de redução de alíquota ou de base de cálculo.

No tocante à antecipação parcial, o fiscal informa que seguiu o “regime de competência” da data da emissão das Notas Fiscais e de quando a mercadoria entrou no estabelecimento, sendo que os valores consignados nos DAEs não seguiram esse critério, e sim o de maior número de Notas Fiscais possível no mesmo DAE e da capacidade de pagamento do autuado no momento, haja vista que no mesmo DAE o contribuinte recolheu valores de ICMS de diversas Notas Fiscais, dentro e fora do mês de referência, inclusive de meses anteriores. Diz que o levantamento e comprovação de recolhimento só podem ser feitos através da análise dos respectivos DAEs, que permitem a conferência dos números das Notas Fiscais neles indicadas, e não simplesmente pelo seu valor total, que pode ser maior ou menor do que o valor do débito apurado no período, de modo que somente conferindo o valor apurado em cada Nota Fiscal indicada no campo “Observação” do DAE e seu valor total é que se pode chegar aos valores devidos em cada mês, e por isso, a seu ver, não procedem as alegações do autuado.

Frisa que teve dificuldade ao analisar os elementos apresentados pelo autuado em virtude de não ter sido feita a indicação dos números das Notas Fiscais associadas com o da folha do processo, bem como as respectivas mercadorias.

Juntou novos demonstrativos e cópias de textos legais.

Dada ciência do teor da informação ao contribuinte, este se manifestou (fls. 354/356) reclamando que o fiscal continua se equivocando quanto à realidade dos fatos, pois na informação prestada apresenta as mesmas irregularidades cometidas no Auto de Infração. Alega que o autuante não atentou para o tipo de responsabilidade da empresa com relação aos tributos cobrados. Chama a atenção para a previsão legal da chamada supletividade do substituído tributário, em contrapartida à solidariedade. Argumenta que as mercadorias adquiridas, em sua quase totalidade, coloca sua empresa no campo da supletividade, de modo que a responsabilidade tributária é do fornecedor. Alega que o autuante não considerou todos os valores recolhidos, pois existem pagamentos não contemplados nas planilhas fiscais.

No que se refere ao 1º lançamento, alega que relativamente a macarrão a legislação é bem clara e objetiva, pois a alínea “a” do inciso I do art. 51 do RICMS indica a mercadoria que está sujeita à alíquota de 7%, e o § 3º define o que seja o produto referido para efeito de tributação com esta alíquota, ao passo que no inciso I, alínea “a”, números 11.4 e 11.4.1, do art. 353, consta a especificação da característica própria do produto a que se refere a aplicação da alíquota de 7%, em que está devidamente enquadrada a empresa, com relação à mercadoria macarrão, NCM 1902.1, não havendo por que se falar de forma diferente do que prevê a legislação pertinente. Argumenta que a própria ANVISA, a quem os Estados recorrem para melhor definição e enquadramento dos produtos alimentícios em geral, explica os tipos deste produto em que a tributação poderá ser seguida em sua classificação, conforme informativo da ANVISA anexo. Reclama também de não terem sido excluídos os valores relativos a biscoito e bolacha, alegando que a empresa não se utilizou de qualquer benefício fiscal, notadamente, o que se refere à redução de base de cálculo, por saber que não tinha direito, procedendo ao recolhimento do tributo de forma integral, conforme prova a documentação anexa, sendo portanto improcedente a autuação. Com relação a bebidas alcoólicas, reclama que o fiscal extrapolou em seus cálculos finais, cobrando muito além dos valores devidos. Anexou planilha com os valores que alega serem os corretos.

Alega que o fiscal também está equivocado no que concerne ao 2º lançamento, porque, apesar de acatar a impugnação quanto a várias Notas Fiscais por ele citadas na informação, com relação a vinagre, sal moído, coxa e sobrecoxa de frango, sandálias, ração animal, iogurte e macarrão instantâneo, fez constá-las no novo demonstrativo de débito, cobrando um tributo que o próprio fiscal reconhece como indevido. Aduz que os documentos constantes no processo e a planilha ora juntada comprovam ser indevido o imposto. Alega que na informação prestada o fiscal, sem demonstrar segurança quanto à identidade do produto, caracteriza como sendo simples “cortes de carne bovina”, quando, na realidade, os produtos constantes nas Notas Fiscais 69813, 65783, 59400, 54794, 42640 e 62463 são um tipo de charque, conforme faz prova através de documento anexo, haja vista que o “Jerked Beef” é um produto assemelhado ao charque, classificado e aprovado pelo Ministério da Agricultura como “carne bovina salgada, curada e dessecada”, sendo portanto improcedente a autuação.

No tocante ao 3º lançamento, contesta o que foi dito pelo fiscal, pois, apesar de informar ter excluído as Notas Fiscais indicadas, os produtos em questão ainda constam no novo demonstrativo de débito, cobrando indevidamente tributo já devidamente recolhido, estando sendo juntada a legislação pertinente, para que a matéria fique clara.

Com relação ao 4º lançamento, o autuado diz não saber o que o fiscal quis dizer ao declarar “Reitero o teor do relato na infração 01 e 02, retro”. Assegura que, conforme provas existentes no processo, os recolhimentos foram efetuados.

E com relação ao 5º lançamento, diz corroborar o inteiro teor da impugnação originária, afirmando que nada deve.

Reitera o pedido de improcedência do Auto de Infração.

Juntou planilhas de cálculos, informativos, dispositivos normativos e documentos fiscais.

Em face da reclamação do autuado da persistência de erros e da juntada de planilhas e cópias de documentos, além de um CD, foi determinada a remessa dos autos em diligência (fl. 669) a fim de que o fiscal autuante analisasse os novos elementos e prestasse informação.

Em cumprimento à diligência, o fiscal informou (fls. 672/674) que não acolheu os valores que o autuado reclama que não foram considerados porque efetivamente não foram pagos. Explica que em cada planilha lançou o valor total do débito recolhido de acordo com o campo “Valor principal” de cada DAE e de cada GNRE, de modo que, analisando-se as planilhas fiscais, consta que o respectivo valor principal ou montante é lançado em uma das Notas Fiscais, restando o saldo correspondente às demais Notas Fiscais, bastando verificar a coluna “ICMS a recolher”, indicando o saldo negativo, e, uma vez “puxado” o saldo positivo dos valores devidos, este é logicamente abatido do total do débito apurado, sendo preciso ter atenção para entender a “didática”.

Quanto ao item 1º, referindo-se à alegação da defesa acerca da alíquota aplicável a macarrão, citando dispositivos do RICMS e informativo da ANVISA, o fiscal diz que já havia se manifestado sobre essa mercadoria, nada mais tendo a acrescentar.

No tocante às operações com biscoito e bolacha, em relação às quais o contribuinte alega que em momento algum se utilizou de qualquer benefício fiscal, notadamente no que se refere a redução da base de cálculo, por saber que não tinha direito, tendo recolhido o imposto de forma integral, o fiscal diz que já se manifestou sobre essas mercadorias, nada mais tendo a acrescentar.

Em face da alegação do contribuinte de que, no tocante a bebidas alcoólicas, na revisão efetuada foi extrapolado o imposto devido, conforme elementos apresentados, o fiscal reconheceu que realmente ocorreu uma majoração do valor devido, resultante das efetivas correções e ajustes efetuados a pedido do próprio autuado. Aduz que o lançamento foi questionado pelo contribuinte e por isso está sob a apreciação da “instância recursal”, sujeito a alteração, pois o seu valor ainda

não está definitivo, se por assim dizer, e portanto, a seu vê, nada impede que da mesma forma seja reduzido em algum de seus subitens ou até mesmo apenas de uma infração. Diz que bebidas alcoólicas saíram da substituição tributária e depois voltaram por pouco tempo, voltando a sair de novo, e por causa disso foram deslocadas da planilha de substituição tributária total [sic] para a planilha de substituição tributária parcial [sic]. No que tange ao restante das alegações da defesa, diz que já se manifestou, nada mais tendo a acrescentar.

Quanto ao item 2º, em relação ao qual o contribuinte alega que na informação fiscal consta que certas Notas Fiscais teriam sido excluídas mas elas fariam parte dos novos demonstrativos, o fiscal diz que já se manifestou sobre os produtos a que se refere este item, nada mais tendo a acrescentar, não sendo verdade que tivesse deixado de alterar os valores das planilhas referentes a vinagre, sal moído, produtos resultantes do abate de aves, sandálias, ração animal, iogurte, macarrão inst. [sic], ajustados ou excluídos, bastando uma visualização dos totais e comparação das planilhas anteriores com as últimas para constatar-se a ausência das Notas Fiscais e diminuição significativa dos respectivos montantes, o caso de sal moído e vinagre, sendo que, no tocante aos demais produtos, algumas das impugnações não foram acolhidas, e, prevendo o inconformismo do contribuinte, juntou cópias das Notas Fiscais para provar todo o alegado. Relativamente à mercadoria assemelhada a charque, tendo o contribuinte se reportado à classificação feita pelo Ministério da Agricultura, o fiscal diz que já se manifestou sobre aquele produto, nada mais tendo a acrescentar. Diz que, para ser charque, o produto deve ser o corretamente caracterizado e denominado, e não similar, assemelhado ou parecido com o outro.

Em face da alegação do contribuinte de que na informação fiscal haviam sido excluídas certas Notas Fiscais do lançamento do item 3º, mas os documentos em questão constariam no novo demonstrativo do débito, o fiscal contrapõe que o contribuinte não examinou a nova planilha fiscal, na qual não constam mais as referidas Notas Fiscais.

Quanto à alegação do autuado de que no caso do item 4º não entendeu o que o fiscal quis dizer com a expressão “Reitero o teor do relato na infração 01 e 02, retro”, o autuante diz que as informações prestadas são as mesmas já fornecidas para as infrações 1ª e 2ª, em virtude de terem os mesmos elementos e argumentos sustentados na defesa. Repete que já se manifestou sobre os produtos em discussão neste item, nada mais tendo a acrescentar.

Relativamente ao item 5º, o fiscal observa que as alegações do autuado são genéricas e subjetivas, sem qualquer precisão e conteúdo, repetindo as mesmas coisas, e, como já foi prestada informação a respeito dos produtos deste item, nada mais tem a acrescentar.

Reporta-se por fim à antecipação parcial, reafirmando que seguiu o “regime de competência” da data da emissão das Notas Fiscais e de quando a mercadoria entrou no estabelecimento, sendo que os valores consignados nos DAEs não seguiram esse critério, e sim o de maior número de Notas Fiscais possível no mesmo DAE e da capacidade de pagamento do autuado no momento, haja vista que no mesmo DAE o contribuinte recolheu valores de ICMS de diversas Notas Fiscais, dentro e fora do mês de referência, inclusive de meses anteriores. Diz que o levantamento e comprovação de recolhimento só podem ser feitos através da análise dos respectivos DAEs, que permitem a conferência dos números das Notas Fiscais neles indicadas, e não simplesmente pelo seu valor total, que pode ser maior ou menor do que o valor do débito apurado no período, de modo que somente conferindo o valor apurado em cada Nota Fiscal indicada no campo “Observação” do DAE e seu valor total é que se pode chegar aos valores devidos em cada mês, e por isso, a seu ver, não procedem as alegações do autuado.

Observa que houve majorações em favor da fazenda estadual. Não considera que as correções somente beneficiem o autuado. A seu ver, o que está errado deve ser corrigido, favorecendo qualquer das partes, sobretudo nesta fase de instrução do processo, em que imperam a análise,

diligência, juntada de documentos e debate, que podem vir a beneficiar mais ou menos a qualquer um dos sujeitos da relação tributária, ativo ou passivo.

Conclui dizendo que os comprovantes de recolhimentos juntados pelo autuado já foram analisados e considerados na ação fiscal, de forma incondicional.

Opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

Deu-se ciência da informação fiscal ao contribuinte (fls. 677/686), e este não se manifestou.

VOTO

O lançamento do item 1º diz respeito à falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

O autuado questionou o lançamento em relação a farinha de trigo, macarrão, biscoitos, leite em pó, absorventes e bebidas alcoólicas. Questionou também a inclusão de compras efetuadas neste Estado. Em manifestação posterior alegou que não foi observada a questão da responsabilidade supletiva.

Ao prestar a informação, o fiscal concordou em parte com o contribuinte, excluindo os valores relativos a farinha de trigo, leite em pó e absorventes. Quanto à inclusão de compras efetuadas neste Estado, o fiscal nada diz. Restam ainda as questões atinentes a macarrão, biscoitos e bebidas alcoólicas, além da questão da responsabilidade supletiva, em face da redação do § 1º do art. 125 do RICMS, vigente à época dos fatos em discussão, haja vista que quase todos os produtos listados nos demonstrativos às fls. 300/305 fazem parte de convênios ou protocolos, de forma que, com relação às mercadorias procedentes de Estados signatários dos referidos acordos interestaduais, tendo em vista as regras consubstanciadas no § 1º do art. 125 do RICMS para fins de atribuição da chamada responsabilidade supletiva, teria de ser feita prova do preenchimento dos requisitos legais para atribuição daquela modalidade de responsabilidade.

O autuado reclama que no levantamento fiscal não foi observado que a alíquota interna nas operações com macarrão é de 7%. O fiscal contrapôs que nas Notas Fiscais consta tratar-se de talharim e massas diversas, tais como, lasanha, sopa, espaguete, furadinho, parafuso, instantâneo, etc. Ao ter ciência do teor da informação, o contribuinte se manifestou observando que relativamente a macarrão a legislação é clara e objetiva, pois a alínea “a” do inciso I do art. 51 do RICMS indica a mercadoria que está sujeita à alíquota de 7%, e o § 3º define o que seja o produto referido para efeito de tributação com esta alíquota, ao passo que no inciso I, alínea “a”, números 11.4 e 11.4.1, do art. 353, consta a especificação da característica própria do produto em discussão. Juntou informativo da ANVISA para robustecer o seu ponto de vista quanto à classificação daquela mercadoria.

Foi determinada diligência para que o autuante se manifestasse sobre as novas questões suscitadas pelo contribuinte. O fiscal se pronunciou dizendo que já havia se manifestado sobre essa mercadoria – macarrão – e nada mais tinha a acrescentar.

Ocorre que ele não tinha se manifestado especificamente sobre as novas questões levantadas pelo autuado relativamente à definição regulamentar do que se considera “macarrão”, pois isso não havia sido suscitado na defesa originária. As operações internas com macarrão são tributadas à alíquota de 7% (RICMS, art. 51, I, “a”), sendo que, além do macarrão propriamente dito, tal tratamento é extensivo às operações com massas para sopa, espaguete, talharim e massas para lasanha, desde que tais produtos não se apresentem sob a forma de massa fresca ou com preparo, tempero ou cozimento de qualquer espécie. Analisando-se os documentos acostados aos autos, nada dá a entender que houvesse massas frescas ou com preparo, tempero ou cozimento.

Com relação a biscoito e bolacha, o contribuinte, ao se manifestar acerca da informação fiscal, sustentou que a empresa não se utilizou de qualquer benefício fiscal, notadamente, no que se

refere à redução de base de cálculo, por saber que não tinha direito, procedendo ao recolhimento do tributo de forma integral, conforme documentação anexa.

O fiscal, em vez de rebater o que foi alegado, caso o contribuinte não estivesse falando a verdade, se limitou a dizer que já tinha se manifestado sobre essas mercadorias, nada mais tendo a acrescentar.

Cumpra observar que o autuante não havia se manifestado sobre isso, pois ele não tinha como adivinhar que o contribuinte faria tal afirmação, já que não tinha sido exposta na defesa originária.

Com relação a bebidas alcoólicas, o autuado reclamou que a mercadoria da Nota Fiscal 128300 não estava sujeita a substituição tributária, de acordo com o Decreto nº 9.547/05, cujos efeitos vigoraram de 1.10.05 a 31.3.09.

Ao se manifestar sobre essa questão, o fiscal limitou-se a dizer que realmente bebidas alcoólicas saíram da substituição tributária e depois voltaram por pouco tempo, voltando a sair de novo, e por causa disso ele “deslocou” essa mercadoria da planilha de “substituição tributária total” para a planilha de “substituição tributária parcial”.

Ou seja, no período em discussão a mercadoria não estava sujeita ao regime de substituição tributária.

Quanto ao “deslocamento” feito pelo autuante, retirando de uma planilha e pondo em outra, tenho duas observações a fazer. A primeira é quanto à terminologia dos institutos jurídicos. Não existe “substituição tributária parcial”, como não existe também “substituição tributária total”. O que existe é “antecipação tributária parcial”, figura relativamente recente, que se diferencia em vários aspectos da antecipação tributária convencional.

A segunda observação é quanto à admissibilidade de tal “deslocamento”. Não se trata simplesmente de uma mudança de planilha. O que se dá neste caso é uma mudança substancial do fulcro da imputação. E isso não se admite no lançamento tributário.

O autuante argumenta que o que o que está errado deve ser corrigido. De fato, assim deve ser, mas não no curso do processo. Se, depois de feito o lançamento, se conclui que o fato era outro, e não aquele que foi imputado, impõe-se a anulação do lançamento, para que mediante nova ação fiscal se renove o procedimento escoimado de vícios.

Além dos valores que o fiscal já considerou indevidos, também são indevidos os valores relativos a bebidas alcoólicas no período em que essas mercadorias não estavam no regime de substituição tributária, bem como os valores relativos a macarrão propriamente dito e às operações com massas para sopa, espaguete, talharim e massas para lasanha, desde que tais produtos não se apresentem sob a forma de massa fresca ou com preparo, tempero ou cozimento de qualquer espécie. No tocante às demais mercadorias objeto do item 1º o lançamento é nulo, por total e absoluta falta de certeza e liquidez, em relação às quais a repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Passo ao exame do item 2º. Neste caso, esbarra-se logo num óbice muito grave, pois nos novos demonstrativos às fls. 306/308, na coluna “Desc. do Produto”, em vez de ser feita a descrição do tipo de mercadoria, consta na maioria dos casos a expressão “Antec.Parcial”. Evidentemente, não existe mercadoria com tal denominação.

Mas isso é pouco em relação ao problema surgido na informação prestada pelo autuante, quando este diz que “deslocou” mercadorias da planilha de “substituição tributária total” para a planilha de “substituição tributária parcial”. Ou seja, coisas que faziam parte do item 1º passaram para o

item 2º. Em virtude desse “deslocamento”, apesar de o autuante ter excluído todos os recolhimentos relativos aos documentos apontados pela defesa, além de ter excluído também alguns valores relativos a charque, e todos os valores relativos a arroz, vinagre, produtos farmacêuticos, pescada e corvina, o débito, em vez de diminuir, aumentou.

O autuante fez uma grande confusão acerca da natureza dos institutos da antecipação tributária propriamente dita e da chamada antecipação tributária parcial. Este item 2º cuida de falta de recolhimento de ICMS a título de antecipação parcial. Na informação fiscal, depois de especificar os valores a serem excluídos, o fiscal concluiu dizendo que, quanto a sandálias, que fazem parte do gênero calçados, trata-se de mercadorias do regime de substituição tributária, estando por isso correto o lançamento.

Ora, se o lançamento deste item 2º diz respeito a “antecipação parcial”, não pode, evidentemente, conter mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Por conseguinte, ao contrário da conclusão a que chegou o autuante, o lançamento não está correto nesse aspecto.

A confusão gerada com o “deslocamento” de dados do item 1º para o item 2º, mudando o fulcro ou motivo do lançamento, torna difícil a depuração de eventual saldo de valores a serem cobrados neste item.

Porém o que vicia em definitivo este item 2º são certas considerações feitas pelo autuante na informação prestada. Ao falar da dificuldade que teve na análise dos elementos apresentados pelo autuado, em virtude de o contribuinte não ter feito a indicação dos números das Notas Fiscais associadas com o da folha do processo, bem como as respectivas mercadorias, o fiscal diz que seguiu o “regime de competência” da data da emissão das Notas Fiscais e de quando a mercadoria entrou no estabelecimento, porém os valores consignados nos DAEs não seguiram esse critério, e sim o de maior número de Notas Fiscais possível no mesmo DAE e da capacidade de pagamento do autuado no momento, haja vista que no mesmo DAE o contribuinte recolheu valores de ICMS de diversas Notas Fiscais, dentro e fora do mês de referência, inclusive de meses anteriores.

Se o contribuinte é desorganizado ou os elementos são imprecisos, deve-se intimá-lo para apresentar as demonstrações cabíveis, mas não se admite deixar de considerar o que foi pago pelo fato de a sua depuração demandar muito trabalho.

Deixo de me manifestar sobre as operações com derivados de leite e sobre a discussão acerca do conceito de charque porque não entrarei no mérito da lide.

O item 2º é nulo por falta de certeza e liquidez. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento em relação a este item. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

O item 3º refere-se a falta de recolhimento de ICMS a título de antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização. Diante das questões suscitadas pelo autuado, o fiscal refez o lançamento. O contribuinte manifestou-se alegando que, apesar de o fiscal informar que excluiu as Notas Fiscais indicadas, os produtos em questão ainda constariam no novo demonstrativo de débito. O fiscal rebateu chamando a atenção para os novos demonstrativos, nos quais não constam as Notas Fiscais assinaladas.

O problema é que, tal como ocorreu no caso do item 2º, o fiscal, ao prestar a informação, “deslocou” elementos que constavam no item 1º para o item 3º. Isso é bem visível no caso de bebidas alcoólicas. Já no tocante às demais mercadorias, a exemplo do que ocorreu no caso do item 2º, o fiscal, em vez de indicar os tipos de mercadorias objeto do levantamento, fez constar na coluna “Desc. do Produto” a expressão “Antec.Parcial”. Não existe mercadoria com tal denominação.

É nulo também o lançamento do item 3º, por falta de certeza e liquidez. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento em relação a este item. Se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

No caso do item 4º o contribuinte é acusado de ter deixado de recolher ICMS por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Este item tem correlação com o item 1º.

O autuado questionou o lançamento deste item 4º em relação a farinha de trigo, macarrão, biscoitos, leite em pó e bebidas alcoólicas. Questionou também a inclusão de compras efetuadas neste Estado. Em manifestação posterior alegou que não foi observada a questão da responsabilidade supletiva.

Ao prestar a informação, o fiscal disse simplesmente: “Reitero o teor do relato na infração 01 e 02, retro” [sic].

O contribuinte reclamou que não entendeu o que o fiscal quis dizer. Foi determinada em diligência desta Junta que o fiscal analisasse os elementos apresentados pela defesa e prestasse informação como manda o § 6º do art. 127 do RPAF, o autuante se limitou a dizer que as informações prestadas são as mesmas já fornecidas para as infrações 1ª e 2ª, em virtude de terem os mesmos elementos e argumentos sustentados na defesa, e como já se manifestou sobre os produtos em questão nada tinha mais a acrescentar.

Neste caso, embora o fiscal não tenha deixado claro o seu entendimento especificamente acerca dos pontos questionados pelo contribuinte, mas tendo em vista a semelhança deste item com o 1º, com a diferença apenas de que no caso do item 4º o contribuinte se encontrava enquadrado no regime do SimBahia, passarei ao exame dos elementos materiais do lançamento.

Conforme foi assinalado, no caso do item 1º, o fiscal ao prestar a informação concordou em parte com o contribuinte, excluindo os valores relativos a farinha de trigo, leite em pó e absorventes. Neste item 4º não existem absorventes. Quanto à inclusão de compras efetuadas neste Estado, o fiscal nada disse. Restam as questões atinentes a macarrão, biscoitos e bebidas alcoólicas, bem como a questão da responsabilidade supletiva, relativamente às mercadorias que foram objeto de convênio ou protocolo, em face da redação do § 1º do art. 125 do RICMS, vigente à época dos fatos em discussão, de forma que, com relação às mercadorias procedentes de Estados signatários dos referidos acordos interestaduais, tendo em vista as regras consubstanciadas no § 1º do art. 125 do RICMS para fins de atribuição da chamada responsabilidade supletiva, teria de ser feita prova do preenchimento dos requisitos legais para atribuição daquela modalidade de responsabilidade.

O autuado reclama que no levantamento fiscal não foi observado que a alíquota interna nas operações com macarrão é de 7%. O fiscal, com relação ao item 1º, que se assemelha ao item 4º, contrapôs que nas Notas Fiscais consta tratar-se de talharim e massas diversas, tais como, lasanha, sopa, espaguete, furadinho, parafuso, instantâneo, etc. Ao ter ciência do teor da informação, o contribuinte se manifestou observando que relativamente a macarrão a legislação é clara e objetiva, pois a alínea “a” do inciso I do art. 51 do RICMS indica a mercadoria que está sujeita à alíquota de 7%, e o § 3º define o que seja o produto referido para efeito de tributação com esta alíquota, ao passo que no inciso I, alínea “a”, números 11.4 e 11.4.1, do art. 353, consta a especificação da característica própria do produto em discussão. Juntou informativo da ANVISA para robustecer o seu ponto de vista quanto à classificação daquela mercadoria.

Foi determinada diligência para que o autuante se manifestasse. O fiscal se pronunciou dizendo que já havia se manifestado sobre essa mercadoria – macarrão – e nada mais tinha a acrescentar.

Ocorre que ele não tinha se manifestado especificamente sobre as novas questões levantadas pelo autuado relativamente à definição regulamentar do que se considera “macarrão”, pois isso não

havia sido suscitado na defesa originária. As operações internas com macarrão são tributadas à alíquota de 7% (RICMS, art. 51, I, “a”), sendo que, além do macarrão propriamente dito, tal tratamento é extensivo às operações com massas para sopa, espaguete, talharim e massas para lasanha, desde que tais produtos não se apresentem sob a forma de massa fresca ou com preparo, tempero ou cozimento de qualquer espécie. Analisando-se os documentos acostados aos autos, nada dá a entender que houvesse massas frescas ou com preparo, tempero ou cozimento.

Com relação a biscoito e bolacha, o contribuinte, ao se manifestar acerca da informação fiscal, sustentou que a empresa não se utilizou de qualquer benefício fiscal, notadamente, no que se refere à redução de base de cálculo, por saber que não tinha direito, procedendo ao recolhimento do tributo de forma integral, conforme documentação anexa.

Por sua vez, o fiscal, em face disso, em vez de rebater o que foi alegado, caso o contribuinte não estivesse falando a verdade, se limitou a dizer que já tinha se manifestado sobre essas mercadorias, nada mais tendo a acrescentar.

Cumprir observar que o autuante não havia se manifestado sobre isso, pois ele não tinha como adivinhar que o contribuinte faria tal afirmação, que não tinha sido exposta na defesa originária.

Com relação a bebidas alcoólicas, o autuado reclamou que a mercadoria da Nota Fiscal 128300 não estava sujeita a substituição tributária, de acordo com o Decreto nº 9.547/05, cujos efeitos vigoraram de 1.10.05 a 31.3.09.

Ao se manifestar sobre essa questão, o fiscal limitou-se a dizer que realmente bebidas alcoólicas saíram da substituição tributária e depois voltaram por pouco tempo, voltando a sair de novo, e por causa disso ele “deslocou” essa mercadoria da planilha de “substituição tributária total” para a planilha de “substituição tributária parcial”.

Ou seja, no período em discussão a mercadoria não estava sujeita ao regime de substituição tributária.

São indevidos os valores relativos a bebidas alcoólicas no período em que essas mercadorias não estavam no regime de substituição tributária, bem como os valores relativos a macarrão propriamente dito e às operações com massas para sopa, espaguete, talharim e massas para lasanha, desde que tais produtos não se apresentem sob a forma de massa fresca ou com preparo, tempero ou cozimento de qualquer espécie. No tocante às demais mercadorias objeto do item 4º o lançamento é nulo, por total e absoluta falta de certeza e liquidez, em relação às quais a repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

O 5º lançamento refere-se à falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime do SimBahia.

O autuado alegou falta de clareza da autuação, dizendo que, de acordo com os elementos de que dispunha, não seria devido o débito levantado. Foi determinado mediante diligência que o fiscal examinasse os elementos acostados aos autos. O autuante concluiu que as alegações do autuado são genéricas e subjetivas.

O contribuinte tem alguma razão, pois o fato foi descrito como sendo falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, quando a rigor deveria ser dito que se tratava de recolhimento efetuado a menos. Porém isso não acarreta a nulidade do lançamento, pois os demonstrativos fiscais deixam evidente que se tratava de refazimento dos cálculos do imposto devido pelo autuado na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime do SimBahia.

Mantenho o lançamento do item 5º, pois o autuado não provou ser indevido o valor lançado.

Farei uma observação visando evitar que fato idêntico se repita. É que o fiscal autuante, ao prestar a informação, elaborou um demonstrativo com o título de “Novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração” (fls. 298-299), contemplando os itens 1º, 2º, 3º e 4º, fazendo constar ao final a declaração de que aqueles são os valores das infrações, totalizando R\$ 14.970,00. Isto poderia induzir a erro o órgão julgador ou as pessoas encarregadas do refazimento do demonstrativo de débito. Embora o referido demonstrativo se intitule “Novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração”, ele não é o novo demonstrativo do débito do Auto de Infração, mas apenas o demonstrativo dos itens 1º, 2º, 3º e 4º, na visão do fiscal autuante.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, homologando-se a quantia já paga.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206935.0015/10-2**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS BONAT LTDA.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 6.131,62**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR