

PROCESSO	- A. I. N 299131.0063/10-0
RECORRENTE	- DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS ANDRADE LTDA. (ALADIO DISTRIBUIDOR)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0204-02/11
ORIGEM	- INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET	- 27.12.2012

### 3<sup>a</sup> CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0100-13/12

**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 parcialmente 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. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os autos da apreciação do Recurso Voluntário à Decisão, correspondente ao Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/2010, para exigência de débito no valor de R\$9.340,60, sob acusação do cometimento de três infrações sendo objeto do recurso apenas as seguintes:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$1.616,92, referente à 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.

O julgamento efetuado pela JJF, transcorreu de conformidade ao relatório seguinte:

*Presente aos autos, a i. JJF menciona que a infração 1 acusa da utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e correspondentes as notas fiscais relacionadas na planilha à fl.16.*

*Da análise dessas Notas Fiscais nºs 133, 1191, 4, 101 e 1492 que serviram de base a autuação, verificam a emissão das de nºs 133, 1191, 4 e 101, nos meses de junho, julho outubro e dezembro de 2009, e todas essas relativas ao produto “vinho”. Destacam 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.*

*Concluem pela não subsistência dos valores R\$267,30; R\$1.112,35; R\$105,30 e R\$51,48 lançados no demonstrativo de débito. Observam ficar mantida a exigência fiscal para a Nota Fiscal nº 1492, referente ao mesmo produto, entretanto adquirida/datada de 17/04/2010, no valor de R\$80,49 tendo em vista que a partir de 01/01/2010 esse produto voltou a ser tributado pelo regime de ST (Alteração nº 126 Decreto nº 11.806, de 26/10/2009).*

*Ressaltam que no demonstrativo de débito à fl. 01/02, é indicada indevidamente a alíquota de 27%, quando o correto é 17%; mas como o débito foi lançado corretamente com base no valor efetivamente utilizado indevidamente no livro fiscal, o engano não causou qualquer prejuízo à defesa, haja vista que o sujeito passivo conseguiu elidir parte da infração.*

*Passam à analise da infração 2, na qual a acusação fiscal é de que o autuado deixou de tributar as saídas de “macarrão” nas notas fiscais relacionadas às fls.27 a 30.*

*Citam que a mercadoria trata-se de “macarrão instantâneo”, tendo a defesa reconhecido que realmente nos meses de junho e julho de 2009, deixou de tributar essas operações, e como devido resultaria o valor de R\$356,61.*

*Em relação aos demais períodos, janeiro a setembro de 2010, observam a defesa informar que o autuante se baseou em dados constantes no arquivo magnético, que foi posteriormente corrigido.*

*Observam ainda que para o período de 01/2010 até 05/2010, foram anexados 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%.*

*Aduz a i. JJF, de conformidade à informação fiscal, ter havido a utilização dos arquivos magnéticos que foram corrigidos pelo autuado por força da intimação à fl. 15, e em consequência não acolhe o pedido do autuado para cancelamento do débito desse período.*

*Voltam-se à sustentação do autuado quanto ao período de 06/2010 a 09/2010, no qual 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, e confirmam 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 nº 7.947 com efeitos de 01/06/01 a 31/05/10 não fazia referencia a macarrão instantâneo. Logo, no citado período as mercadorias não se encontravam no regime de substituição tributária.*

*Indicam a manutenção integral do débito lançado neste item da autuação.*

*Finalizando seu julgamento adentram a infração 03, relativa à aplicação de multa por falta de registro de entrada da Nota Fiscal nº 127936, mercadoria tributável, tendo o autuado alegado que esta nota foi substituída pela Nota Fiscal nº 139247 de 27/02/2010 (doc.fl.55). Como o agente autuante verificou a devolução daquelas mercadorias (fls.55 e 56) e o adequado registro na escrita fiscal, consideram elidida esta acusação.*

#### DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	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	

Julgam pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$6.165,68.

O Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente inicia por afirmar que os arquivos magnéticos enviados com retificações apos intimação, possuem valores iguais referentes às vendas efetuadas. Informam com relação à infração 02, que a autuação não percebeu que a retificação dos arquivos magnéticos contemplou a mudança para tributação, do macarrão instantâneo, compreendendo grande parte do período autuado, ou seja, de 01/2010 até 05/2010. Em sendo os produtos tributados, como o foram, a exigência fiscal diz redundar em cobrança dupla.

Assim, solicita diligência para a respectiva apuração, dado a instância primeira ter recusado este procedimento com base nas alegações do autuante e não apontando os fatos concretos.

Realça a inoportuna alegação de que a Alteração 135 do Decreto 12156/10 não produziu efeitos, sem, entretanto atentar que a Alteração 136, Decreto 12158/10 acrescentou o item 11.4.3 – macarrão instantâneo com efeitos a partir de 01/06/2010.

Às fls. 172 a 175, transcrevem mencionados Decretos, interpostos com comentários questionários e indicações de Parecer nº 10603/2010 de 17/06/2010 acerca do assunto, ditando procedimentos para mudança desse produto para o regime de ST.

O recorrente peticiona pela improcedência total do saldo restante relativo a infração 02

Opinativo da PGE/PROFIS aborda ao início a afirmação do autuado quanto à utilização dos dados constantes dos arquivos magnéticos apresentados pela empresa; não concorda com essa alegação haja vista nos autos não estarem presentes arquivos magnéticos mais atuais.

Cita a i. Procuradora que a redação do art. 353 do RICMS/BA demonstra claramente que o produto “macarrão instantâneo” não foi incluído dentre os produtos sujeitos à ST, pois a alteração nº 135 não surtiu efeitos, valendo a redação dada pela alteração nº 23 (até 31/05/2010). E para os fatos posteriores àquela data, a alteração nº 136 não incluiu o produto “macarrão instantâneo”.

Transcreve o citado art. 353, II, 11.4.1 do RICMS/BA, e comparativos acerca das citadas Alterações nºs 23, 135 e 136, com indicações da legislação pertinente.

Emite Parecer pelo Não Provimento do Recurso.

## VOTO

Ao início cumpre destacar restar pacificado o entendimento emanado pelo recorrente, da igualdade de valores informados pelos arquivos magnéticos, tanto na remessa primeira quanto na que foi retificada, de forma a não terem influência qualquer que pudesse comprometer a análise do PAF em testilha.

A acusação fiscal referente à infração 1 foi de:

*“Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$1.616,92, referente a aquisição de mercadorias sujeitas à ST, nos meses de junho, julho, outubro e dezembro de 2009, e julho de 2010, conforme demonstrativo e documentos às fls.16 a 27.”*

Mantendo nesta infração 01, a exigência fiscal para a Nota Fiscal nº 1492, no valor de R\$80,49 referente ao mesmo produto, pois sendo datada de 14/07/2010, já em pleno vigor da Alteração nº 126 (Decreto nº 11.806, de 26/10/2009), a partir de 01/01/2010 esse produto foi submetido ao regime de Substituição Tributária, portanto indevida a utilização do crédito do ICMS.

Quanto à infração 2, que trata de falta de recolhimento de ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, verifico, no tocante à classificação do produto “macarrão instantâneo”, em questão, vejo resultar claro o entendimento, pois que a Alteração 136, Decreto 12158/10 acrescentou ao regime de substituição tributária, o item 11.4.3 – macarrão instantâneo com efeitos a partir de 01/06/2010. Desta forma, os lançamentos desse produto correspondentes a essas datas, nos valores de R\$521,44 (30/06/10), R\$994,80 (30/07/2010), R\$792,79, (30/08/2010) e R\$127,35 (30/09/2010) são improcedentes. Da mesma sorte, o suporte da acusação desta infração 2, a planilha apensa às fls. 27 a 30 dos autos, indica diversos informes que não levam a identificar substância para essa acusação. Sob a rubrica de Vendas Através de ECF são apontados diversos itens do produto macarrão instantâneo, mas sem disponibilizar documentos ou informes pertinentes que tivessem o condão de seguramente demonstrar e materializar a acusação. Ao contrário, foram apensadas NF de Entradas, imprestáveis para este mister. Portanto, de ofício, decreto a nulidade de parte da infração 2, mantendo apenas os lançamentos originados em 06/2009 (R\$42,98) e em 07/2009 (R\$313,63), totalizando R\$ 356,61, reconhecidos pelo recorrente.

Não acato a argüição do recorrente para a realização de diligência, eis que não conduziram ao PAF elementos, levantamentos, ou outros quaisquer dados concretos que evidenciassem a necessidade de deslinde.

Às fls. 153 a 154 dos autos, o SIGAT detalha Pagamentos relativos a este PAF, referente à parcela reconhecida, no valor de R\$ 437,10.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, para manter o débito referente à infração 1 no valor de R\$80,49, e de ofício, declaro a nulidade de parte da infração 2, remanescendo o débito deste item na quantia de R\$356,61, devendo ser homologados os valores recolhidos.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar a nulidade parcial da infração 2, para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299131.0063/10-0, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS ANDRADE LTDA. (ALADIO DISTRIBUIDOR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$437,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, homologando-se os recolhimentos efetuados.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO - PRESIDENTE

OSWALDO IGNACIO AMADOR - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUEURQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS