

**PROCESSO** - A. I. Nº 149269.0006/11-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0071-04/12  
**ORIGEM** - INFRAZ ATACADO  
**INTERNET** - 04/10/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0286-12/12

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração reconhecida. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. VENDA A CONTRIBUINTES INAPTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA. Valores reduzidos por: **i)** Comprovação de alguns destinatários em situação de aptos na data da emissão de algumas notas fiscais; **ii)** Inclusão indevida de notas fiscais com imposto recolhido na origem; **iii)** erros na apuração dos valores exigidos. Infrações parcialmente elididas. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Valor reduzido mediante comprovação de que parte da mercadoria é sujeita ao regime normal de tributação. Infração parcialmente elidida. 5. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. ENTRADA DE MERCADORIA CUJA SAÍDA SUBSEQUENTE OCORRE COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Infração reconhecida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício decorrente da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 31/08/2011, tendo em vista a modificação do montante lançado no valor de R\$ 1.332.714,84 para R\$ 1.229.244,11, em razão da desoneração das infrações 02, 04 e 06, abaixo descritas.

INFRAÇÃO 2. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado. Valor: R\$ 20.413,09. Período: janeiro a outubro 2010. Multa: 60%;

INFRAÇÃO 4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor: R\$ 7.034,31. Período: Janeiro, abril e novembro 2010. Multa: 60%;

INFRAÇÃO 6. Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Valor: R\$ 1.285.192,02. Período: janeiro a dezembro 2010. Multa: 60%.

A referida Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“(...)*Havendo reconhecimento da total procedência das infrações 01, 03 e 05 pelo impugnante, não tendo reparo a fazer quanto aos aspectos formais do procedimento fiscal e estando as mesmas caracterizadas, devem ser mantidas. Infrações procedentes.*

*Para a infração 02, originalmente suportada pelo demonstrativo de fls. 13 a 22, o impugnante pediu a exclusão de R\$ 6.094,89, relativo às notas fiscais de venda para os clientes de inscrição estadual 063.251.547 e 064.297.178, sob o argumento de que estavam aptas quando as notas fiscais foram emitidas. Para tanto, juntou à defesa: a) cópia do demonstrativo da infração marcando as notas fiscais emitidas para esses destinatários (fls. 389 a 397); b) informação da situação cadastral dessas inscrições na SEFAZ (fls. 398 e 400).*

*Por sua vez, considerando que, de fato, a inscrição estadual 063.251.547, estava ativa no tempo em que a única nota fiscal foi emitida, como se vê no novo demonstrativo da infração que elaborou por ocasião da informação fiscal (fls. 539 a 546), acertadamente, a autuante a excluiu da infração. Do mesmo modo, com exceção das notas fiscais 21.958 a 21.960 emitidas em 25/09/2010 (depois da inaptidão processada em 10/09/2010), agiu com relação à inscrição estadual 064.297.178. Desse modo, da infração foi excluído R\$ 5.076,76, restando nela devido o valor de R\$ 15.336,31.*

*Considerando que esse valor foi levado ao conhecimento do contribuinte autuado e sobre ele não se pronunciou, não observando qualquer irregularidade no ajuste efetuado, com fundamento no art. 140 do RPAF, o acolho como correto, razão pela qual, caracterizada, a infração resta subsistente no valor ajustado de R\$ 15.336,31, e, por isso, é procedente em parte.*

*A infração 04 exige ICMS sob a acusação de uso indevido de crédito fiscal referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição.*

*Para essa infração, o impugnante pediu a exclusão das notas fiscais de entradas 2829, 2832, 2835 e 2836 (fls. 434 a 437) emitidas por Chocolates Garoto, cujo ICMS destacado totaliza R\$ 2.835,16, arguindo o direito ao crédito fiscal por se tratar de aquisição de chocolate em barra para manipulação como cobertura na atividade de confeitoraria, doces, e não consumo imediato.*

*Como bem acolhido pela autuante por ocasião da informação fiscal, o pedido do autuado é pertinente, pois além de o imposto não ter sido pago por substituição tributária, conforme a disposição do art. 353, II, item 8.5, por não ser chocolate pronto para o consumo, a mercadoria constante das notas fiscais citadas não está sujeita à substituição tributária. Portanto, é legal o uso do crédito fiscal decorrente da operação de sua aquisição.*

*Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

*8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoraria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00;*

*Pelo exposto, a infração resta subsistente no valor de R\$ 4.199,15, em face da exclusão do valor do ICMS destacado nas citadas notas fiscais, tido inicialmente como crédito indevido. Infração procedente em parte.*

*A infração 06, que trata de recolhimento a menor de ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, inicialmente sustentava-se no demonstrativo de fls. 39 a 47. Sem contestar seu aspecto substancial, pois a reconheceu na quase totalidade, o impugnante limitou-se a apontar alguns equívocos do autuante no que diz respeito à indevida inclusão de algumas notas fiscais que tiveram o ICMS substituído na origem, equívocos na apuração do ICMS exigido em face de incorreção na MVA para algumas mercadorias e indevida inclusão de notas fiscais de mercadorias não sujeitas à antecipação tributária por substituição. Essas incorreções estão destacadas no demonstrativo de fls. 439 a 447 e, corretamente, a autuante ajustou a exigência fiscal acatando as razões defensivas na informação fiscal (fls. 533/534), reduzindo a exigência fiscal pela infração de R\$ 1.285.192,02 para R\$ 1.189.633,23, valor que acolho subsistente para a infração.*

*Assim, considerando todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter o demonstrativo de débito de fls. 534 e 535 elaborado pela autuante por ocasião da informação fiscal, devendo ser homologado o valor já recolhido.”*

A 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, em face da Decisão acima exarada, recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de

20/12/2011, tendo os autos sido encaminhados à Secretaria do CONSEF para apreciação do Recurso de Ofício, conforme Acórdão.

## VOTO

O Auto de Infração envolve seis infrações, tendo sido objeto do Recurso de Ofício apenas as infrações 2, 4 e 6, face a desoneração que elas sofreram a partir da Decisão da 4ª JJF. Após compulsar os autos, verifico que reparo algum merece a Decisão recorrida, pelas razões que passo a expor.

No que se refere à infração 2, a mesma deve-se a falta de retenção do ICMS e do seu necessário recolhimento pelo recorrido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado. O valor do lançamento de ofício original foi de R\$ 20.413,09.

Todavia, na defesa inicial o recorrido arguiu que não era devido o valor de R\$ 6.094,89 relativo às notas fiscais de vendas destinadas aos clientes de Inscrição Estadual nº<sup>os</sup> 063.251.547 e 064.297.178, sob o argumento de que estavam aptas quando as notas fiscais foram emitidas e juntou a informação da situação cadastral dessas inscrições na SEFAZ, de acordo com os documentos acostados às fls. 398 e 400.

Da análise documental, verifica-se que o próprio autuante reconhece o fato da Inscrição Estadual nº 063.251.547 estar ativa à época da emissão da Nota Fiscal com esta inscrição, como demonstra na sua informação fiscal, acostada às fls. 539 a 546, excluindo-a da infração. Com relação à Inscrição Estadual nº 064.297.178, também procedeu neste sentido, excetuando-se da exclusão as Notas Fiscais nº<sup>os</sup> 21.958 a 21.960, vez que foram emitidas em 25/09/2010, portanto após a inaptidão processada em 10/09/2010. Por conseguinte, o valor lançado passou a ser de R\$ 15.336,31, como bem decidiu a 4ª JJF.

No que tange à infração 4, a mesma trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor originalmente lançado de R\$ 7.034,31, referente ao período de: janeiro, abril e novembro 2010. De igual modo constato que o valor foi lançado a maior como o próprio autuante reconhece em sua informação fiscal.

Pude verificar que o recorrido pediu, em sede de defesa, a exclusão das Notas Fiscais de Entradas nº<sup>os</sup> 2829, 2832, 2835 e 2836, acostadas às fls. 434 a 437 dos autos. Tais notas foram emitidas pela empresa industrial Chocolates Garoto, cujo ICMS destacado totaliza R\$ 2.835,16, o que dá ao recorrido o direito ao crédito fiscal por se tratar de aquisição de chocolate em barra para manipulação como cobertura na atividade de confeitoraria, doces, e não consumo imediato, ou seja, tais produtos não são chocolate prontos, não estando sujeitos à substituição tributária, por já tê-los recebido com o ICMS antecipado, nos termos estabelecidos no art. 353, II, item 8.5, do RICMS/BA, que transcrevo abaixo para melhor elucidar este entendimento:

*“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

*8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoraria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00” (grifo meu)*

Assim sendo, o valor correto a ser lançado atinente a esta infração é de R\$ 4.199,15, devido a justa exclusão do valor do ICMS destacado nas citadas notas fiscais, tido inicialmente como crédito indevido, como bem acatou a 4ª JJF.

No que se refere à infração 6, a mesma trata de recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, referente ao período de janeiro a dezembro 2010, no valor lançado de R\$ 1.285.192,02.

Constatou que o recorrido na sua peça exordial de defesa assinala equívocos do autuante ao incluir no lançamento de ofício algumas notas fiscais que tiveram o ICMS substituído na origem, ao apurar o ICMS exigido com a incorreção na MVA para algumas mercadorias, bem como ao incluir notas fiscais de mercadorias não sujeitas à antecipação tributária por substituição. Em face desses apontamentos, o próprio autuante procedeu às devidas correções nos termos postos na sua informação fiscal acostada às fls. 533/534 dos autos. Por conseguinte, o valor correto da imputação fiscal passa a ser de R\$ 1.189.633,23, acolhido pela 4ª JJF, com a qual me alinho.

Por tudo quanto exposto, à luz dos documentos acostados e da legislação aplicável, voto para NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo assim a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 149269.0006/11-2, lavrado contra DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.229.244,11, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “b”, “e”, “a” e “d” e VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS