

A. I. N° - 018184.0501/12-1
AUTUADO - SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.
AUTUANTE - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 12 . 12 .2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0288-01/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO ICMS A MENOS. Restou comprovado descaber o pagamento do imposto por antecipação parcial de parte das mercadorias arroladas neste item da autuação, em razão de estar amparada por isenção ou redução da base de cálculo. Infração parcialmente subsistente. **2.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA O ATIVO IMOBILIZADO. **c)** IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. **d)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações reconhecidas. **3.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO. Incabível a exigência de pagamento do ICMS referente à diferença de alíquotas, haja vista que os bens arrolados na autuação não foram adquiridos pelo autuado, pertencendo, na realidade, ao seu fornecedor. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/05/2012, exige ICMS no valor de R\$39.402,74, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas para fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$29.826,84, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de fevereiro a dezembro de 2007 e outubro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$195,80, acrescido da multa de 60%;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de junho e setembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.100,04, acrescido da multa de 60%;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, nos meses de abril e outubro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$573,56, acrescido da multa de 60%;

5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de março, setembro, novembro e dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.079,15, acrescido da multa de 60%;

6. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de novembro e dezembro e 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.627,35, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 2.707 a 2.713), consignando quanto à infração 01 que, dois são os fatos descritos e que, neste momento, são impugnados, pois a autuante laborou em um lamentável equívoco ao apurar um montante de R\$29.826,84, incluindo nesta apuração produtos como óleo de soja que possui redução de base de cálculo, bem como maçã e pêra, conforme planilhas em anexo nos doc 01 e 02, que são produtos isentos, conforme dispõe o RICMS-BA/97, no seu art. 87, VII, art.352-A, §2º, cujo teor reproduz.

Frisa que para justificar a ação fiscal a autuante alega que a empresa adquiriu o produto com a NCM diversa da legislação, por isso não fazia jus à redução da base de cálculo de 17% para 12% sendo assim devida a antecipação parcial.

Afirma que a disposição do RICMS-BA/97 diz respeito à NBM (Nomenclatura Brasileira de Mercadorias) nomenclatura essa que já está em desuso desde a criação do Mercosul onde passou-se a usar NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul) que está descrita em todas as notas fiscais que adquiriu, em anexo doc. 01, mas nem por isso a mercadorias adquiridas deixaram de ser “Óleo de Soja Refinado”.

Assevera que o óleo de soja possui redução de base de cálculo nas operações internas de forma que a sua carga tributária resulte no percentual de 12% e a referida compra possui um crédito de 12%, portanto, não sendo devida à antecipação parcial do produto no valor de R\$8.343,42 incluído na apuração.

Registra que para fins ilustrativos tomou a liberdade de elaborar um quadro fazendo uma correlação entre NBM X NCM, observando-se que o RICMS/97 descreve um código que não consta nem da NBM.

Quanto às mercadorias pera e maçã invoca e reproduz o art. 14, bem como o art. 352-A, ambos do RICMS/97, para afirmar que novamente a autuante incorreu em equívoco ao incluir nos seus levantamentos notas fiscais de aquisição, conforme doc. 02 em anexo, isto porque desde 11/12/2007 essas operações estão amparadas por isenção do ICMS de acordo com Decreto nº 10654, de 10/12/07, DOE de 11/12/07 – Alteração nº 96. Portanto indevido o montante de R\$18.243,06. Acrescenta que relativamente às demais infrações apontadas no montante de R\$3.240,36, deixa de impugná-la, inobstante estar certo de que, se infração alguma houve, o que ventila apenas para efeito de argumentação, esta se deve a simples equívoco, o que, no entanto, não teve por finalidade prejudicar o erário, em razão do que informa que providenciará a sua regularização.

No que tange às infrações 02, 03, 04 e 05, consigna que deixa de impugná-las, inobstante estar certo de que, se infração alguma houve, o que ventila apenas para efeito de argumentação, estas se devem a simples equívoco, o que, no entanto, não teve por finalidade prejudicar o erário, em razão do que informa que providenciará a sua regularização.

No respeitante à infração 06, afirma que novamente a autuante laborou em equívoco ao considerar como aquisição para o ativo fixo as remessas de caixarias efetuadas pela empresa que fornece hortaliças, frutas e verduras, pois como pode se verificar, conforme as notas no doc. 03 em anexo, essas caixas são de propriedade da empresa fornecedora de frutas e verduras e tão logo chegam são devolvidas, fato esse que pode ser facilmente verificado confrontado-se as apurações anexados dos meses 11/2008 e 12/2008 as entradas e saídas com CFOP 2.555 e 6.555

respectivamente se equiparam prova de que essas caixas eram devolvidas ao fornecedor através de notas fiscais de retorno de remessa, em anexo, servindo as supostas aquisições apenas de transporte de frutas e verduras portanto indevido os valores lançados.

Conclui querendo o julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 3.220 a 2.225), contestando as alegações defensivas atinentes à infração 01, afirmando que a execução da Fiscalização foi baseada no art. 87, VII do RICMS/BA, cujo teor reproduz.

Salienta que os documentos de fls. 50 a 1.682 - fotocópias das notas fiscais - anexados ao presente processo, como também, os documentos anexados pelo autuado (docs. de fls. 2.723 a 2.775), comprovam que a classificação constante nas notas fiscais é 150779011 e não 1507.90.10, conforme prevê o RICMS/BA.

Ainda no tocante a essa infração, rechaça a alegação defensiva de que as operações com pêra e maçã estão amparadas por isenção do ICMS, de acordo com Decreto nº 10654, de 10/12/07, DOE de 11/12/07 – Alteração nº 96, afirmando que não procedem as alegações, conforme transcrição do art. 14 do RICMS/BA que apresenta.

Destaca que o autuado somente alega improcedência em relação às operações com óleo de soja, pera e maçã.

No que concerne à infração 02, observa que o autuado não impugnou sob a alegação de que inobstante estar certo de que se houve infração, esta se deve a simples equívoco, o que, no entanto, não teve por finalidade prejudicar o erário, em razão do que informa que providenciará a sua regularização. Assinala que os documentos, anexados ao presente processo, referentes ao demonstrativo de débito (doc. fl. 1785); fotocópias das notas fiscais (fls. 1.786 a 1.799) e dos livros Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 1.907 a 2.651) e Apuração do ICMS (docs. fls. 2.652 a 2.703) comprovam, de maneira clara, a utilização indevida de crédito fiscal.

Quanto à infração 03, registra que o autuado alega que deixou de impugná-la, inobstante estar certo de que, se infração alguma houve, este se deve a simples equívoco, o que, no entanto, não teve por finalidade prejudicar o erário, em razão do que informa que providenciará a sua regularização. Observa que os documentos, anexados ao presente processo, referentes ao demonstrativo de débito (doc. fl. 1.800), fotocópias das notas fiscais (docs. fls. 1.801 a 1.802) e do livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 1.907 a 2.240) e livro Registro de Apuração do ICMS (docs. fls. 2.652 a 2.677) comprovam, de maneira clara, a utilização indevida de crédito fiscal.

Relativamente à infração 04, registra que o autuado alega que deixa de impugná-la, inobstante estar certo de que, se infração alguma houve esta se deve a simples equívoco, o que, no entanto, não teve por finalidade prejudicar o erário, em razão do que informa que providenciará a sua regularização. Ressalta que os documentos, anexados ao presente processo, referentes ao demonstrativo de débito (doc. fl. 1.803); fotocópias das notas fiscais (fls. 1.804 a 1.806) e do livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 1.907 a 2.240) e livro Registro de Apuração do ICMS (docs. fls. 2.652 a 2.677) comprovam, de maneira clara, a utilização indevida de crédito fiscal.

No tocante à infração 05, consigna que o autuado alega que deixa de impugná-la, inobstante estar certo de que, se infração alguma houve esta se deve a simples equívoco, o que, no entanto, não teve por finalidade prejudicar o erário, em razão do que informa que providenciará a sua regularização. Salienta que os documentos, anexados ao presente processo, referentes ao demonstrativo de débito (doc. fl. 1.807/1.810); fotocópias das notas fiscais (docs. fls. 1.811 a 1.872) e dos livros Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 1.907 a 2.651) e Apuração do ICMS (docs. fls. 2.652 a 2.703, comprovam, de maneira clara, a utilização indevida de crédito fiscal.

Quanto à infração 06, contesta a argumentação defensiva de que laborou num equívoco considerando como aquisição para o ativo fixo as remessas de caixarias efetuadas pela empresa fornecedora de hortaliças, frutas e verduras, pois como pode se verificar, conforme as notas no doc. 03, em anexo às fls. 3.160 a 3.215, essas caixas são de propriedade da empresa fornecedora de frutas e verduras e tão logo chegam são devolvidas, fato esse que pode ser facilmente verificado confrontando-se as apurações anexados dos meses 11/2008 e 12/2008, as entradas e saídas com CFOP 2.555 e 6.555, respectivamente, se equiparam prova de que essas caixas eram devolvidas ao fornecedor através de notas fiscais de retorno de remessa, em anexo, servindo as supostas aquisições apenas de transporte de frutas e verduras portanto indevido os valores lançados.

Afirma que o equívoco do autuado foi considerar vasilhames (nas notas fiscais a descrição é contentor bandeja) como bens do ativo. Acrescenta que as notas fiscais de retorno foram apresentadas quando da defesa.

Finaliza dizendo que é o que tinha a informar.

Cientificado sobre a informação fiscal (fl. 3.227), o autuado não se manifestou.

Consta às fls. 3.229 a 3.231, extrato do SIGAT - Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, referente ao pagamento parcelado do valor do débito reconhecido.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de oito infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado, dentre as quais este reconheceu as infrações 02, 03, 04 e 05, inclusive efetuando o pagamento parcelado do valor do débito reconhecido, conforme comprovante acostado aos autos. Insurgiu-se efetivamente contra as infrações 01 e 06.

No que concerne à infração 01, verifico que o autuado rechaça a exigência fiscal, exclusivamente, quanto às mercadorias óleo de soja, pera e maçã.

No respeitante ao óleo de soja refinado, consigna que para justificar a ação fiscal a autuante alega que a empresa adquiriu o produto com a NCM diversa da legislação, por isso não fazia jus à redução da base de cálculo de 17% para 12% sendo assim devida a antecipação parcial.

Argumenta que a disposição do RICMS-BA/97, reporta-se à Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – NBM, nomenclatura esta que já está em desuso desde a criação do Mercosul onde passou-se a usar a Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, que está descrita em todas as notas fiscais de aquisição, conforme Doc. 01(fl. 2.723 a 2.775), porém, nem por isso as mercadorias adquiridas deixaram de ser “*Óleo de Soja Refinado*”.

Assevera que o óleo de soja possui redução de base de cálculo nas operações internas de forma que a sua carga tributária resulte no percentual de 12% e a referida compra possui um crédito de 12%, portanto, não sendo devida à antecipação parcial no valor de R\$8.343,42, incluído na apuração.

Registra que para fins ilustrativos elaborou um quadro fazendo uma correlação entre NBM X NCM, observando-se que o RICMS/97 descreve um código que não consta nem da NBM.

Com relação às mercadorias pera e maçã, afirma que novamente a autuante incorreu em equívoco, ao incluir em seus levantamentos notas fiscais de aquisição, conforme Doc. 02(fl. 2.776 a 2.800), isto porque desde 11/12/2007 essas operações estão amparadas por isenção do ICMS de acordo com Decreto nº 10654, de 10/12/07, DOE de 11/12/07 – Alteração nº 96, sendo, portanto, indevido o montante de R\$18.243,06.

Quanto às demais exigências apontadas nesta infração no montante de R\$3.240,36, salienta que deixa de impugná-las, inobstante estar certo de que, se houve alguma infração, o que ventila apenas para efeito de argumentação, esta se deve a simples equívoco, o que, no entanto, não teve por finalidade prejudicar o erário, razão pela qual providenciará a sua regularização.

Vejo também que a autuante contestou as argumentações defensivas, afirmando que a execução da Fiscalização foi baseada no art. 87, VII, do RICMS/BA, e que os documentos de fls. 50 a 1.682 - fotocópias das notas fiscais - anexados ao presente processo, bem como, os documentos anexados pelo autuado (docs. de fls. 2.723 a 2.775), comprovam que a classificação constante nas notas fiscais é 15079011 e não 1507.90.10, conforme prevê o RICMS/BA.

Contesta também a alegação defensiva de que as operações com pera e maçã estão amparadas por isenção do ICMS, de acordo com Decreto nº 10654, de 10/12/07, DOE de 11/12/07 – Alteração nº 96.

O exame dos elementos acostados aos autos, bem como das disposições do RICMS/97, permite-me concluir que assiste razão ao autuado.

Primeiro, porque, efetivamente, o óleo de soja refinado de que trata a exigência fiscal, tem a sua saída amparada pela redução da base de cálculo, prevista no art. 87, VII, do RICMS/BA.

Apesar de a redação ainda vigente do art. 87, VII, do RICMS/97, indicar a NBM 1507.90.10, é certo que, com o advento em 1996 da NCM, a indicação da nova nomenclatura não pode afastar a fruição do benefício fiscal, desde que se trate da mesma mercadoria.

Desse modo, os registros existentes nas fiscais de aquisição constando como NCM 15079011 para a mercadoria óleo de soja, se apresenta correto, haja vista que diz respeito à mesma mercadoria beneficiada com a redução da base de cálculo prevista no art. 87, VII, do RICMS/BA.

Segundo, porque, de fato, as operações de saídas das mercadorias pera e maçã gozam da isenção prevista no art. 14, I, do RICMS/BA.

Desse modo, excluindo da exigência os valores atinentes às aquisições de óleo de soja refinado, pera e maçã, conforme os “Doc. 01” e “Doc. 02” anexados pelo impugnante, o valor do ICMS originalmente apontado no Auto de Infração de R\$29.826,84 fica reduzido para R\$3.377,26, conforme novo demonstrativo de débito abaixo:

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
31/01/2007	125,51
28/02/2007	89,85
31/05/2007	260,02
30/06/2007	58,30
31/07/2007	236,34
31/08/2007	111,97
30/09/2007	224,86
31/10/2007	375,70
30/11/2007	89,93
31/12/2007	535,29
31/01/2008	91,71
29/02/2008	95,25
31/03/2008	93,53
30/04/2008	63,59
31/05/2008	114,03
30/06/2008	65,68
31/07/2008	114,49
31/08/2008	82,79
30/09/2008	105,94
31/10/2008	197,27
30/11/2008	112,41
31/12/2008	133,38
TOTAL	3.377,84

Quanto à infração 06 - *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento* -, observo que o autuado alega que a autuante laborou em equívoco ao considerar como aquisição para o ativo fixo as remessas de caixarias efetuadas pela empresa que fornece hortaliças, frutas e verduras, pois como pode se verificar, conforme as notas no doc. 03 em anexo, essas caixas são de propriedade da empresa fornecedora de frutas e verduras e tão logo chegam são devolvidas, fato esse que pode ser facilmente verificado se confrontando as apurações anexadas dos meses 11/2008 e 12/2008 as entradas e saídas com CFOP 2.555 e 6.555, respectivamente, se equiparam prova de que essas caixas eram devolvidas ao fornecedor através de notas fiscais de retorno de remessa, em anexo, servindo as supostas aquisições apenas de transporte de frutas e verduras portanto indevido os valores lançados.

Vejo também que a autuante diz que como se verifica nas notas anexadas às fls. 3.160 a 3.215, essas caixas são de propriedade da empresa fornecedora de frutas e verduras e tão logo chegam são devolvidas, fato esse que pode ser facilmente verificado confrontando-se as apurações anexadas dos meses 11/2008 e 12/2008. Frisa que as entradas e saídas com CFOP 2.555 e 6.555, respectivamente, se equiparam, prova de que essas caixas eram devolvidas ao fornecedor através de notas fiscais de retorno de remessa, servindo as supostas aquisições apenas de transporte de frutas e verduras portanto indevido os valores lançados. Salienta que o equívoco do autuado foi considerar vasilhames, cuja descrição nas notas fiscais é contentor bandeja, como bens do ativo. Assinala que as notas fiscais de retorno foram apresentadas quando da defesa.

De fato, a análise dos elementos acostados aos autos atinentes a este item da autuação, afasta qualquer dúvida quanto à insubsistência da infração.

No caso, descabe falar-se em pagamento do ICMS referente à diferença de alíquotas decorrente das aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, haja vista que as caixas são de propriedade do fornecedor das frutas e verduras adquiridas pelo autuado. Relevante registrar que a própria autuante acolheu a argumentação defensiva e opinou pela improcedência da autuação.

Desse modo, este item da autuação é insubsistente.

Diante do exposto, a infração 01 é parcialmente subsistente, as infrações 02,03,04 e 05 subsistentes e a infração 06 insubsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento realizado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **018184.0501/12-1**, lavrado contra **SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.328,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo homologação do pagamento realizado.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR