

AI. Nº - 269352.0027/12-3
AUTUADO - MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e CARLITO NEVES DE LACERDA JUNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 08. 05. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0088-01/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não contestada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS OCORRERAM COM ISENÇÃO. Infração não contestada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÕES ATRAVÉS DE ECF E NOTA FISCAL. Recolheu a menos o ICMS em virtude da utilização equivocada da alíquota, quando da saída das mercadorias tributadas através de ECF. Excluído os “iogurtes” produtos da substituição tributária interna (art. 353, II, item 3.3). Infração em parte subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/06/2012, exige o valor de R\$ 537.231,73, em razão do cometimento das seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente aquisição de mercadorias beneficiada com isenção de imposto, conforme Relatório Anexo I. Períodos janeiro/outubro, dezembro 2008; janeiro/fevereiro, junho / dezembro 2009. Valor R\$ 29.644,31. Multa de 60%.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, conforme Relatório Anexo II. Períodos janeiro/dezembro 2008; janeiro/dezembro 2009. Valor R\$ 85.737,98. Multa de 60%.
03. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de saídas registradas no resumo mensal por item de mercadorias no REGISTRO 60 R do arquivo magnético do SINTEGRA e também registradas em notas fiscais, conforme Relatório Anexo III. Períodos janeiro/dezembro 2008; janeiro/dezembro 2009. Valor R\$ 421.849,44. Multa de 60%.

O Autuado apresenta defesa através do seu advogado às fls. 70 a 79. Apresenta uma síntese das infrações, reconhece os itens 01 e 02 e firma a necessidade de revisão da infração 03, tendo em vista a não observação pela Fiscalização que o produto “iogurte” faz parte da Substituição Tributária, não devendo ser cobrada a alíquota de 17%.

Relaciona os itens e os respectivos valores de iogurtes que devem ser excluídos do levantamento fiscal que totaliza R\$ 12.788,96, conforme o art. 353, II, item 3.3, RICMS/BA.

Pede que o auto de infração seja julgado parcialmente procedente.

A informação fiscal foi apresentada, fls. 84 / 86, conforme segue: destaca os termos das infrações, àquelas reconhecidas pelo autuado e, em relação à terceira infração, concorda com a alegação de defesa, entendendo correto o seu entendimento.

Afirmam os Auditores que revisaram o demonstrativo elaborado pelo autuado de R\$ 12.788,96, que deve ser excluído da exigência, remanescente o valor de R\$ 421.849,44.

VOTO

Trata-se de lançamento de ofício para exigir crédito tributário no montante histórico de R\$ 537.231,73, relativo às irregularidades apuradas, descritas e relatadas na inicial dos autos. O sujeito passivo na peça defensiva, não se insurgiu quanto aos débitos lançados nas infrações 01 e 02, declarando seu acatamento, infrações que restam subsistentes e excluídas da lide. A análise recai tão somente sobre a infração 03, com base na legislação regente e documentação juntada aos autos pelo Fisco e pelo contribuinte autuado.

Na infração 03, a imputação fiscal é recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. No caso concreto, trata-se de saídas de mercadorias por item no REGISTRO 60R do arquivo magnético e através das notas fiscais, conforme demonstrativos (resumido) anexados aos autos (fls. 38/48), além do relatório Anexo III (integral), em CD-R, colados aos autos, fls. 67, cópias foram entregues ao contribuinte, conforme recibo (fl. 68).

O questionamento defensivo limitou-se ao produto “iogurte”, argüindo que, enquadrado no regime da Substituição Tributária, nas operações subsequentes com a tributação encerrada, não competia a cobrança da alíquota de 17%. Apura o total a ser excluído: R\$ 12.788,96.

Na informação fiscal, os Auditores Fiscais concordam com a exclusão do produto iogurte, NCM 0403.10.00 e com o valor a ser excluído da exigência inicial.

Verifico que o produto “iogurtes” NCM 0403.10.00 está incluído entre as mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária interna, nos termos do art. 353, II, item 3.3, RICMS/BA. Para que uma mercadoria se encontre enquadrada no regime de substituição tributária deverá ter sua classificação fiscal (código NCM) citada na norma regulamentar cumulativamente com sua descrição. Para uma elucidação objetiva da questão devemos examinar a legislação que serve de referência à matéria, cumprindo-nos transcrever, para melhor visualização, os dispositivos legais respectivos. Prescreve o inciso II, item 3.3 do art. 353, RICMS-BA:

"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:

.....
3.3 - iogurtes - NCM 0403.10.00;"

Vale registrar que a NCM 0403 abrange os produtos “leitelho, leite e creme de leite coalhado, iogurte, quefir e outros leites e cremes de leite fermentados ou acidificados, mesmo concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, ou aromatizados ou adicionados de frutas ou de cacau”. Por outro lado, o Regulamento do ICMS ao tratar da substituição tributária em seu art.353, inciso II, item 3.3, dispensa tal tratamento tributário apenas para iogurtes, cuja classificação fiscal esteja enquadrada na NCM 0403.10.00. Em resumo, o iogurte que se encontra enquadrado no regime da substituição tributária, quando sua NCM corresponder ao código específico 0403.10.00, item 3.3 do art. 353, além do item 6 do Anexo 88, RICMS/BA.

Confirmo a existência dos iogurtes no demonstrativo fiscal, produto incluído na Substituição Tributário interna, o que implica antecipação do recolhimento do ICMS das operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, encerrando a fase de tributação, o que justifica a saída do produto sem nova tributação, como operou o contribuinte.

Ao compulsar a relação das mercadorias arroladas no levantamento fiscal das saídas com erro na aplicação da alíquota cabível, CD –R, fl. 67, verifico o acerto da exclusão da exigência com relação ao produto iogurte, diante das razões acima delineadas, com uma pequena diferença com relação aos valores argüidos pelo autuado e pelos autuantes, conforme demonstrativo abaixo:

Período	valor inicial	iogurte	valor exigido
jan/08	40.325,05	9.498,12	30.826,93
fev/08	39.529,36	1.535,16	37.994,20
mar/08	34.444,68	1.098,95	33.345,73
set/08	17.283,29	54,92	17.228,37
out/08	19.159,76	94,00	19.065,76
nov/08	17.499,52	138,53	17.360,99
dez/08	22.301,03	351,03	21.950,00
jan/09	14.928,79	99,95	14.828,84
fev/09	16.429,47	91,45	16.338,02
mar/09	17.246,24	143,80	17.102,44
mai/09	12.730,09	53,61	12.676,48
jul/09	7.827,01	52,50	7.774,51
valor excluído			13.212,02

Ante ao exposto, a infração 03, cujo valor inicial era de R\$ 421.849,44, subsiste parcialmente no valor de R\$ 408.637,42, após a exclusão dos valores relativos ao produto iogurte, de R\$ 13.212,02.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **269352.0027/12-3**, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$524.019,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR