

A. I. Nº - 298958.0040/12-7
AUTUADO - MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAS
ORIGEM - IFMT/NORTE
INTERNET - 31.07.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0143-02-13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração parcialmente elidida. Valores reduzidos a partir dos documentos apresentados na peça de defesa. Revisão efetuada pelo autuante na informação fiscal. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Documento trazido pela defendente e acatado pelo autuante reduz exigência fiscal. Infração procedente em parte. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. 4. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. a) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Desencontro entre o valor escriturado e o recolhido. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. NULIDADE. Nas omissões de entradas de mercadorias apuradas no levantamento da produção deve ser aplicada a multa de 10% pela falta de registro de entradas de mercadorias tributáveis. Infrações reconhecidas. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 27 de dezembro de 2012 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$90.328,99, bem como multa no percentual de 60%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.758,23 pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. Recolhimento a menor do ICMS decorrente do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no valor de R\$23.173,64, fato verificado nos meses de maio, setembro e outubro de 2011.

Infração 02. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no montante de R\$3.182,91, ocorrências constatadas nos meses de dezembro de 2010, fevereiro e maio de 2011.

Infração 03. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo e uso pelo estabelecimento, no valor de R\$3.197,76, fato verificado nos meses de fevereiro, abril, agosto e setembro de 2010, junho, setembro, outubro e dezembro de 2011.

Infração 04. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, fato ocorrido nos meses de janeiro, março e abril de 2010, sendo cominada penalidade por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 10% sobre as operações, no total de R\$1.758,23.

Infração 05. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, no valor de R\$60.774,68, no período de janeiro a dezembro de 2010, janeiro a junho e agosto a novembro de 2011.

Tempestivamente, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 97 a 111, onde argui em sua defesa, inicialmente, após fazer breve síntese dos fatos motivadores da acusação fiscal, que acata as acusações contidas nas infrações 01, 03 e 04, e em relação às demais, o lançamento deve ser improcedente, em pelas razões que expõe.

Quanto à infração 02, argumenta que foi não observado pelo autuante que o valor de R\$ 750,00, referente ao Diferencial de Alíquotas da Nota Fiscal n.º 251, emitida em 27/05/2011, consta da apuração na forma das folhas 1, 2 e 3 do Livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS do período de janeiro a maio de 2011, razão pela qual requer a exclusão de tal valor, por ser o mesmo indevido.

Quanto à infração 05, observa a situação tributária de cada produto da autuação, no sentido de demonstrar a sua improcedência quanto aos itens que indica:

No produto chaves para carros, indica que não foi observado que o produto em questão faz parte do regime da Substituição Tributária, conforme Protocolo 41/08, (autopeças), item 24, “Chaves apresentadas isoladamente”.

No produto “*ervilha partida*”, informa que o equívoco da Fiscalização foi não ter observado que o produto em questão é isento da tributação do ICMS, conforme artigo 14, alínea “a” item 4 do RICMS/BA, tendo comprovado o enquadramento do produto na NCM 0710.21.00 através da ilustração do Fabricante (ervilha partida Sinhá e ervilha partida Yoki).

Já em relação os “*espetinhos*”, ressalta que não se observou que o produto em questão faz parte do regime da Substituição Tributária, conforme artigo 353, do RICMS/BA, Item 9, “produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno”, e que comprova o enquadramento do produto na NCM 0203.29.00 através da ilustração do fabricante (espetinhos Aurora e espetinhos Boni).

Quanto ao produto “*fluido para freios*”, observa que tal produto está enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante artigo 353, parágrafo IV do RICMS/BA, nas operações com combustíveis, lubrificantes e produtos diversos das indústrias químicas.

Por seu turno, “*glade auto*” está enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante artigo 353, item 36 do RICMS/BA, no item “Produtos de limpeza” – Protocolo ICMS 106/09 item 43 “*odorizantes/desodorizantes de ambiente e superfície*”.

Quanto ao “*granulado choc*” alega que a Fiscalização não observou que o mesmo está enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante artigo 353, item 8.5 do RICMS/BA, “*chocolate em barras, blocos, tabletes, bombons ou outras preparações de confeitaria*”.

Relativamente ao “*kit lava auto*”, aduz que o produto está enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante Protocolo 106/09, Item 06, “*outros agentes orgânicos de superfície (exceto sabões); preparações tensoativas, preparações para lavagem (incluídas as preparações auxiliares para lavagem) e preparações para limpeza*”, se comprovando o enquadramento do produto na NCM 3402.90.90 através da ilustração dos produtos (produtos de limpeza automotivos – Tecovel e Rodabril).

Referente ao produto “*limpa parabrisa*” aduz que o equívoco da Fiscalização foi não ter observado que o produto em questão está enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante Protocolo 106/09 item 06 “*outros agentes orgânicos de superfície (exceto sabões); preparações tensoativas, preparações para lavagem (incluídas as preparações auxiliares para lavagem) e preparações para limpeza*”, ao tempo em que comprova o enquadramento do produto na NCM 3402.90.90 através da ilustração dos produtos (produtos de limpeza automotivos – Tecovel e Rodabril).

Quanto ao produto “*limpa pneus*”, afirma que não foi observado que o produto em questão está enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante Protocolo 106/09 item 06 “outros agentes orgânicos de superfície (exceto sabões); preparações tensoativas, preparações para lavagem (incluídas as preparações auxiliares para lavagem) e preparações para limpeza”, e que está comprovando tal fato com a ilustração dos produtos (produtos de limpeza automotivos – Tecovel e Rodabril) que anexa no Documento 06 da defesa.

Para o produto “*lombo*” indica que não foi observado pelo autuante que o produto em questão está enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante artigo 353, item 9 do RICMS/BA, “produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno”, entendendo fazer a devida prova do enquadramento do produto na NCM 0203.22.00 através da ilustração dos produtos (lombo defumado Saboritta, lombo Saboritta salgado, lombo congelado Sadia e lombo temperado Sadia congelado).

Quanto ao produto “*macarrão instantâneo*”, verifica que o produto em questão está enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante artigo 353 item 11.4.3 “*macarrão instantâneo*” sendo tais efeitos produzidos a partir de 01/06/2010.

Para o produto “*marinados*”, defende posição de que a Fiscalização errou por não ter observado que o produto em questão está enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante artigo 353, item 9 do RICMS/BA por se enquadrar como “*produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno*”, e que comprova o enquadramento do produto na NCM 0207.14.00 através da ilustração do Fabricante (marinados Sadia cong).

Em relação ao produto “*massa de modelar*” entende que o mesmo está enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante artigo 353, item 38 do RICMS/BA, produtos de papelaria de acordo com o Protocolo ICMS 109/09.

Para “*massa pizza*” e “*massa de pastel*” tais produtos estão enquadrados no regime da Substituição Tributária, consoante artigo 353, item 11.4.1, “*macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo*” de acordo com a NCM 1902.1, e que tal comprovação se dá através da ilustração do Fabricante (massa pizza frigideira Mezzani, massa pizza Mezzani e massa pizza brotinho e frigideira Massaleve) em anexo.

Para o produto “*medalhões*” afirma que o produto em questão está enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante artigo 353, item 9 do RICMS/BA “*produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno*”, e que comprova o enquadramento do produto na NCM 0207.14.00 através da ilustração dos produtos (medalhão de filé mignon suíno Aurora com bacon 500 g) que apensa.

Quanto ao produto “*oleo lub maq*” indica a Fiscalização não verificou que o produto em tela está enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante artigo 353, parágrafo IV, nas operações com combustíveis, lubrificantes e produtos diversos das indústrias químicas.

Pelo exposto neste item, requer a exclusão do valor indevido de R\$23.646,10.

Observa que a Fiscalização verificou os produtos que foram tributados com a alíquota inferior à prevista em lei, não observou os produtos que foram tributados por alíquotas superiores às previstas na legislação, razão pela qual elaborou planilha na qual compara as alíquotas informadas nos arquivos do SINTEGRA e as alíquotas corretas, o que resultou num crédito a seu favor no valor total de R\$106.274,84, conforme mídia em CD que anexa aos autos.

Por último, requer que o seu crédito seja utilizado para a quitação do saldo residual (após a exclusão dos valores indevidos) de todas as infrações do Auto de Infração ora impugnado.

Informação fiscal prestada às fls. 165 a 168, pelo autuante, acolhe a argumentação defensiva para parte da infração 02, afirmando que reconhece o lançamento efetuado no livro Registro de

Apuração do ICMS no valor de R\$750,00 em 31/05/2011, mantendo os demais lançamentos, passando o crédito tributário para R\$2.432,91.

Para a infração 05, concorda com as alegações da Autuada quanto aos produtos “*ervilha partida, espetinhos, fluido pq freios, glade auto, granulado choc, kit lava auto, limpa para brisa, limpa pneus, lombo, macarrão inst, marinados, massa modelar, massa pastel, massa pizza, medalões e óleo lub maq*” (sic) e faz a exclusão das mesmas nas planilhas que elabora acostadas às fls. 169 a 199.

Finaliza solicitando o julgamento do processo como parcialmente procedente.

Intimada a autuada quanto aos novos demonstrativos elaborados na informação fiscal (fls. 201 a 204), não houve qualquer manifestação quanto aos valores apurados.

VOTO

Inicialmente, gostaria de observar que embora constem inicialmente cinco infrações no lançamento, apenas as de número 02 e 05 são objeto da impugnação oferecida pelo sujeito passivo, sendo as demais acatadas pelo mesmo.

Dessa forma, nos termos do artigo 140 do RPAF/99, segundo o qual o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, as infrações 01, 03 e 04 são tidas como procedentes.

Quanto à infração 02, qual seja a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento a autuada insurge-se apenas contra a Nota Fiscal nº 251, emitida em 27/05/2011, que afirma constar da apuração na forma das folhas 1, 2 e 3 do livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS do período 01/05 a 31/05 de 2011, razão pela qual requer a exclusão da mesma do lançamento.

Examinando os autos, constato que, de fato, a exemplo do autuante, efetivamente tal documento fiscal foi lançado, como se depreende do documento de fl. 122, contrariamente à acusação posta no Ato de Infração e anexos, razão pela qual deve ser a mesma excluída do demonstrativo de débito, (fl. 27), sendo a ocorrência verificada no mês de maio de 2011, remanescendo para tal infração o valor de R\$2.432,91.

No tocante à infração 05, que versa sobre a falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, a defesa sustenta que a infração apresenta equívocos evidentes, diante do fato de que o autuante considerou tributados diversos produtos submetidos à substituição tributária, ou seja, com fase de tributação encerrada, como se tributados fossem, listando-os individualmente, entendo que a melhor forma de comprovação não seria, como apresentado, mas através da apresentação das notas fiscais de entradas das mercadorias, todavia, diante da informação fiscal do autuante, o qual, seguramente realizou as devidas e necessárias verificações, fica evidente que tal cotejo foi realizado.

Quanto aos produtos acolhidos pelo autuante, “*ervilha partida, espetinhos, fluido pq freios, glade auto, granulado choc, kit lava auto, limpa para brisa, limpa pneus, lombo, macarrão inst, marinados, massa modelar, massa pastel, massa pizza, medalões e óleo lub maq*”, os analisarei em primeiro lugar.

No que concerne ao produto ervilha partida, o artigo 14, inciso I, alínea “a”, item 04 do RICMS/97, prevê a isenção da incidência do imposto nas operações de saídas internas e interestaduais efetuadas por quaisquer estabelecimentos, exceto se destinados a industrialização, dos seguintes produtos hortícolas e frutícolas em estado natural, resfriados ou congelados de ervilhas (grifo do relator). Todavia, de acordo com as fotos trazidas pela autuada (fls. 126 e 127), tais produtos se encontram na condição de industrializados através do processo de desidratação, ou seja, a água que compõe o produto *in natura* foi retirada do mesmo, razão pela qual entendo que foge à regra da isenção posta como argumentação defensiva.

Isso por que o objetivo da isenção mencionada nada mais é do que alcançar os produtos agrícolas na sua fase inicial de comercialização. No caso da ervilha, sabidamente ela é produto colhido nas forma de vagens, as quais, nos produtos alcançados pela autuação, houve um processo, não somente de debulhamento, ou seja, retirada das cascas que envolvem as mesmas, como, de igual modo, a retirada da água contida nos grãos, atividade esta desenvolvida em unidade industrial, conforme, inclusive, se observa na documentação acostada pela autuada (fls. 126/127), bem como pelo processo de acondicionamento, que também se constitui em industrialização, que foge ao espírito do legislador ao estabelecer a isenção de tais produtos.

Relativamente aos “*marinados*”, “*espetinhos*” e “*lombo*”, efetivamente assiste razão à autuada, no sentido de que o artigo 353, do RICMS/BA, Item 9, prevê substituição tributária para “*produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, exceto charque*”, o que é o caso em comento, razão pela qual agiu corretamente o autuante ao fazer tal exclusão, diante do fato dos marinados e espetinhos se enquadrarem na categoria de refrigerados ou congelados, ao passo que o lombo, se enquadra na condição de defumado.

Para “*massa de pizza*”, “*macarrão instantâneo*” e “*massa de pastel*”, o item 11.4.1 do artigo 353 do RICMS/BA, prevê a substituição tributária para “*macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo*”; o que, de igual forma, afasta a tributação sobre os mesmos conforme contido na autuação.

Já o produto “*fluido de freios*” o mesmo encontra-se enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante artigo 353, item IV do RICMS/BA, nas operações com “*combustíveis, lubrificantes e produtos diversos das indústrias químicas*”, razão para a sua exclusão do levantamento.

Já para os produtos “*kit lava auto*”, “*limpa pára brisa*” e “*limpa pneus*”, consta no item 06 do anexo ao Protocolo 106/09, a previsão de Substituição Tributária para “*outros agentes orgânicos de superfície (exceto sabões); preparações tensoativas, preparações para lavagem (incluídas as preparações auxiliares para lavagem) e preparações para limpeza (inclusive multiuso e limpadores), mesmo contendo sabão, exceto as da posição 34.01. da classificação NCM*”. Diante de tal fato, e baseado nas verificações realizadas pelo autuante, o mesmo efetivou a sua exclusão do lançamento, com a qual concordo, mesma situação do produto “*glande auto*”, o qual consta no item 43 do anexo do mencionado Protocolo “*Odorizantes/desodorizantes de ambiente e superfície*”, e em atenção ao

Item 36 do artigo 353 do RICMS/BA “produtos de limpeza listados no anexo único do Protocolo ICMS 106/09”.

Frente ao produto “*massa de modelar*” o mesmo está efetivamente enquadrado no regime da Substituição Tributária, consoante artigo 353, item 38 do RICMS/BA, produtos de papelaria de acordo com os anexos dos Protocolos ICMS 109/09 e 28/10, especialmente este último no item 16, motivo pela qual assiste razão ao autuado.

Por último, o produto “*chocolate granulado*” o item 8.5 do artigo 353 do RICMS/BA estabelece substituição tributária para os seguintes produtos: “*chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo*”, razão pela qual o mesmo deve ser excluído do demonstrativo.

Para os demais produtos alegados pelo sujeito passivo, especialmente “*chaves para carros*”, onde o mesmo indica que não foi observado que o produto em questão faz parte do regime da Substituição Tributária, conforme Protocolo 41/08, (autopeças), item 24, “*Chaves apresentadas isoladamente*”. Analisando o mencionado Protocolo, verifico que o mesmo dispõe acerca de substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, sendo signatários os Estados do Amapá, Amazonas, Bahia, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná, Piauí, Rio

Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo e Distrito Federal. Diante dos documentos acostados ao feito, não me parece que a autuada comercialize com autopeças, na forma descrita no referido instrumento normativo, razão pela qual não acolho a argumentação posta, mantendo tal item no demonstrativo de débito apurado, até pelo fato de que seria ilógico a venda de tais produtos em estabelecimento com as características da autuada (supermercado).

Ademais, o produto em questão objeto da autuação é “chave em cruz”, que não se caracteriza como “autopeça”, mas sim, como ferramenta, sujeita não á substituição tributária, mas a tributação normal.

Assim, para a infração são os seguintes valores são reincorporados ao demonstrativo de fl. 169: exercício de 2010 – janeiro, R\$32,56; fevereiro, R\$35,23; março, R\$37,37; abril, R\$37,37; maio, R\$38,96; junho, R\$26,15; julho, R\$36,83; agosto, R\$43,24; setembro, R\$39,18; outubro, R\$31,35; novembro, R\$34,60; dezembro, R\$53,39. Já em 2011, as alterações ocorreram nos meses de janeiro, R\$39,65 e fevereiro, R\$35,71.

Dessa forma, fica a infração julgada procedente em parte, nos seguintes anos e valores, de acordo com a tabela abaixo:

Janeiro/10	R\$ 338,39
Fevereiro /10	R\$ 378,75
Março/10	R\$ 373,17
Abril/10	R\$ 421,40
Maio/10	R\$ 312,14
Junho/10	R\$ 198,50
Julho/10	R\$ 158,35
Agosto/10	R\$ 220,97
Setembro/10	R\$ 214,79
Outubro/10	R\$ 190,31
Novembro/10	R\$ 262,74
Dezembro/10	R\$ 127,72
Janeiro/11	R\$ 302,88
Fevereiro/11	R\$ 197,68

As demais parcelas ficam mantidas inalteradas, sendo que os totais apurados são: para o exercício de 2010, R\$ 3.197,23, e R\$ 33.708,49 exercício de 2011.

De relação ao pleito defensivo de que eventual crédito segundo o calcula que realizou fosse compensado para a quitação de eventual saldo residual, indefiro o mesmo, devendo a empresa proceder na forma do procedimento estabelecido nos artigos 73 e seguintes do RPAF/99, que tratam acerca do instituto de restituição, de forma apartada e independente do presente processo.

Quanto ao fato da autuada abordar aplicação equivocada de alíquotas, trata-se de pleito genérico, e que deveria ser melhor especificado quando de sua explanação, o que não ocorreu, motivo pelo qual não o posso levar em conta.

Diante de tais fatos, voto no sentido de julgar o presente lançamento procedente em parte, especialmente em relação às infrações 02 e 05, de acordo com o demonstrativo abaixo:

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298932.0023/12-5** lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.670,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II alíneas “f” e “a” da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por

descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.758,23**, previstas no artigo 42, inciso IX, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2013.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADOR