

A. I. N° - 295902.0302/12-4
AUTUADO - COMERCIAL PINTO DE CERQUEIRA LTDA. (ATACADÃO PINTO)
AUTUANTE - JACI LAGE DA SILVA ARYEETY
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 29/11/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0192-05/13

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Acolhida parte das arguições defensivas. Ajustados os valores. Infração parcialmente mantida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** PARCIAL. MULTA POR RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO. SAIDAS TRIBUTADAS. Acolhida parte das arguições defensivas. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente mantida. **b)** ANTECIPAÇÃO INTEGRAL. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Acolhidos os pagamentos comprovados, reduzido o valor exigido. Infração parcialmente mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/03/2012, apura os seguintes fatos:

INFRAÇÃO 1- Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis; regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$3.922,40. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2- Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saídas posterior tributada normalmente. ICMS no valor de R\$14.349,51. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3- Deixou de efetuar o recolhimento 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. ICMS no valor de R\$5.771,90, Multa de 60%;

O atuado, tempestivamente, através de seu representante legal, apresenta sua impugnação, às fls. 197 a 200, alinhando que a autuante relativamente à infração 1:

- em sua planilha de cálculos (dos. 01) cita “ICMS sobre saída” no mês 09/2009 as Notas Fiscais de n^{os} 001.315, 002.072, 005.659, e 000.405, (docs. de 02 a 04) evidenciando diferença de ICMS no valor de R\$683,96;
- em sua planilha de cálculos (doc. 01) cita “ICMS sobre saída” no mês 10/2009 a Nota Fiscal de n° 000.451, conforme xérox em anexo (doc. 05) evidenciando diferença de ICMS no valor de R\$514,05;
- em sua planilha de cálculos (doc. 01) cita “ICMS sobre saída” no mês 11/2009 a Nota Fiscal de n° 000.204, conforme xérox em anexo (doc. 06) evidenciando diferença de ICMS no valor de R\$399,50;
- em sua planilha de cálculos (doc. 01) cita “ICMS sobre saída” no mês 12/2009 a Nota Fiscal de n° 010.057, conforme xérox em anexo (doc. 07) evidenciando diferença de ICMS no valor de R\$20,71.

Entende que, em relação a notas acima relacionadas, a atuante deve ter se equivocado, pois trata-se de notas fiscais de entradas e que estão devidamente escrituradas no livro Registro de Entrada e não foram utilizados os créditos pois, trata-se de notas fiscais emitidas por optantes do Simples Nacional ou não tributadas. Portanto não configura a cobrança do referido imposto.

Aduz que a atuante em sua planilha de cálculos (doc. 08) cita no mês 01/2010 a Nota Fiscal de nº 000.497, conforme xérox em anexo (docs. 09) evidenciando diferença de ICMS no valor de R\$3,27. Assegura que não houve destaque do referido imposto na Nota Fiscal, pois trata-se de achocolatados que recebeu de compra internas com substituição tributária ao qual deu o mesmo tratamento tributário. Portanto, não configura a cobrança do referido imposto.

Argumenta que a atuante em sua planilha de cálculos (doc. 08) cita no mês 05/2010 as Notas Fiscais de nºs 000.639 e 000.656, conforme xérox em anexo (docs. 10 e 11) evidenciando diferença de ICMS no valor de R\$17,17. Aduz que não houve destaque do referido imposto na Nota Fiscal nº 000.639, pois trata-se de achocolatados que recebeu de compra internas com substituição tributária ao qual deu o mesmo tratamento tributário, no que se refere a Nota Fiscal nº 000.656 trata-se de uma devolução de compra para o estado de São Paulo - SP, na qual houve o destaque do ICMS na alíquota de 7%. Portanto, não configura a cobrança do referido imposto.

Afirma que consta na sua planilha de cálculos (doc. 08) cita no mês 08/2010 as Notas Fiscais de nºs 001.183 e 001.206, conforme xérox em anexo (docs. 12 e 13) evidenciando diferença de ICMS no valor de R\$1.758,00. Consigna que não houve destaque do referido imposto nas notas fiscais citadas, pois trata-se de devoluções de mercadorias adquiridas de optantes do Simples Nacional, as quais vieram sem o destaque do mesmo. Portanto não configura a cobrança do referido imposto.

Aduz que na planilha de cálculos (doc. 08) cita no mês 09/2010 as Notas Fiscais de nºs 001.396, 001.340 e 001.229, conforme xérox em anexo (docs. 14 a 16) evidenciando diferença de ICMS no valor de R\$4,16. Consigna que não houve destaque do referido imposto na Nota Fiscal de nº 001.396, pois trata-se do produto bolacha que faz parte do rol de produtos com substituição tributária conforme artigo 353 do Decreto nº 6.284/97 item:

"11.4.2 - pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares (NCM 1905) e torradas em fatias ou raladas (NCM 1905.40); Cabendo assim a cobrança do ICMS apenas no valor de R\$2,59 (dois reais e cinquenta e nove centavos)".

A atuante em sua planilha de cálculos (doc. 08) cita no mês 10/2010 as Notas Fiscais de nºs 001.597, 001.567, 001.420, 001.467 e 001.638, conforme xérox em anexo (docs. 17 a 20) evidenciando diferença de ICMS no valor de R\$88,61. Não houve destaque do referido imposto na Nota Fiscal de nº 1597, pois trata-se de devolução de mercadorias adquiridas de optantes pelo Simples Nacional, as Notas Fiscais nºs 001.420, 001.467 e 001.638 não houve destaque do referido imposto, pois trata-se do produto bolacha que faz parte do rol de produtos com substituição tributária conforme artigo 353 do Decreto nº 6.284/97 item:

"11.4.2 - pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares (NCM 1905) e torradas em fatias ou raladas (NCM 1905.40); Cabendo assim a cobrança do ICMS apenas na Nota Fiscal nº 001.567 no valor de R\$3,96 (três reais e noventa e seis centavos)".

Alude que a atuante em sua planilha de cálculos (doc. 08) cita no mês 11/2010 as Notas Fiscais de nºs 001.676, 001.714, 001.736, 001.768, 001.802, 001.855, 001.676, 001.716, e 001.904, conforme xérox em anexo (docs. 21 a 28) evidenciando diferença de ICMS no valor de R\$432,94. Entende que não houve destaque do referido imposto nas Notas Fiscais de nºs 1676, 1714, 1736, 1802 e 1855 pois trata-se do produto bolacha que faz parte do rol de produtos com substituição tributária conforme artigo 353 do Decreto nº 6.284/97 item:

"11.4.2 - pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares (NCM 1905) e torradas em fatias ou raladas (NCM 1905.40); Cabendo assim a cobrança do ICMS apenas nas NFs 1676 e 1716 no valor de R\$ 7,54 (sete reais e cinquenta e quatro centavos)."

Quanto à infração 2, afirma que a atuante em sua planilhas de cálculos (doc nº 29 a 32) cita notas fiscais diversas, em anexo (docs. De nº 33 a 116) parte das todas as notas fiscais evidenciadas, trata-se de nota fiscal de mercadorias tributadas, adquiridos da Região Norte e Nordeste, onde a alíquota de ICMS é de 12. Afirma que a atuante ainda na mesma planilha cita também notas fiscais das regiões de Sul e Sudeste, sobre as quais realmente incide a antecipação parcial, porém o referido imposto encontra-se devidamente recolhido conforme planilha em anexo (doc. nº 145 a 148), Xerox dos DAE's (doc. 149 a 157) e relatório da SEFAZ em anexo (doc. nº 158 a 159). A autuada possui Termo de Acordo dos Atacadistas com base no Decreto nº 7.799/2000 em anexo (doc. nº 117) gozando de benefício de Redução de base de cálculo em 41.176%. No que se refere à Antecipação Parcial o Art. 352 – A, e § 2º, assim estabelece:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

(...)

§ 2º Quando a base de cálculo do imposto relativo à operação subsequente for reduzida, aquela do imposto antecipado será igualmente contemplada com a referida redução. Portanto não configura a cobrança do referido imposto.

No que alude a infração 3, afirma que a autuante, em sua planilhas de cálculos (doc nº 118 e 119) cita Notas Fiscais de nºs 000.504, 000.640, 035.148, 108.817, 000.827, 000.324, 002.427, 113.567, 001.370, 000.804, 001.024, 122.775, 001.201, 134.913, 142.012, 018.783, 000.032, 000.033, 003.862, 148.429 e 151.800 em anexo (docs. de nºs 120 a 144) as notas fiscais evidenciadas, trata-se de nota fiscal de mercadorias sujeitas a substituição tributária, porém as Notas Fiscais nºs 000.804 e 001.024 que refere-se a macarrão instantâneo só passaram a ser Substituição Tributária a partir de 01/06/2010, conforme Decreto nº 12.158 de 01.06.2010 o qual evidenciamos em uma planilha em anexo (docs. nº 145 e 146) . Portanto sendo cabível apenas o valor de R\$3.527,79 (Três mil quinhentos e vinte e sete reais e setenta e nove centavos).

O autuante, às fls. 405 a 406 apresenta a informação fiscal com novos demonstrativos relativos às infrações 1 a 3, tendo em vista os ajustes realizados, constantes às fls. 409 e 410 dos autos.

Infração 1 – 02.01.03 – ICMS sobre saída, exercício 2009 e 2010:

Esta infração ficou alterada em relação ao exercício de 2009. Acatamos as alegações do contribuinte, uma vez que as notas citadas no demonstrativo acobertaram operações de aquisição de mercadoria pelo contribuinte.

Quanto ao exercício de 2010 procedemos as seguintes alterações:

- a) em relação ao mês de maio, em vista da exclusão da nota fiscal de 656, por tratar-se de operação de devolução;*
- b) mês de agosto, em vista das notas fiscais 1183 e 1206, em razão do tipo de operação para optante do Simples Nacional.*

Não acatamos as alegações do contribuinte quanto aos seguintes meses e situação:

- a) referentes às operações de saída de achocolatados em pó, portanto não pronto para o consumo, por entendermos que estes produtos não estão contemplados nas previsões do artigo 353 do RICMS/Ba, sendo que estes eventos ocorreram nos meses de janeiro e maio/2010;*
- b) mês de setembro/2010 a dezembro/2010, quanto a saída de bolacha de goma, em vista do artigo 353, item 11, prever a substituição tributária em relação à aquisição de trigo em grãos e farinha de trigo e seus derivados, especificamente, preparações à base de farinha de trigo a seguir especificadas:*

“11.4.1 - macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1;

11.4.2 - pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares (NCM 1905) e torradas em fatias ou raladas (NCM 1905.40);”

Diante do exposto, entendemos que o artigo acima não prevê bolachas de qualquer composição e sim, apenas, as preparadas com farinha de trigo e com NCM específicos. Mantidas, então, a infração com

relação a estas mercadorias (bolacha de goma e achocolatados).

Os novos demonstrativos desta infração constam das fls. 407 a 408.

Quanto à infração 2 – 07.15.03 – Multa percentual sobre o ICMS por antecipação parcial não recolhido. O autuante procedeu alterações nesta infração a fim de excluir as operações de aquisição de mercadorias em estados do norte e nordeste, em virtude da alíquota de 12% ser superior a carga tributária do contribuinte que teve deferido termo de acordo atacadista. Restando, contudo, as operações efetuadas em estados do Sul e Sudeste, com exceção do Espírito Santo.

Efetuiu também a inclusão dos pagamentos, comprovação dos pagamentos nos DAE's apresentados e os constantes do sistema da SEFAZ, cujas cópias anexamos no presente processo.

Restou o valor a pagar, conforme consta do demonstrativo de fls. 409 e 410, que totaliza a multa no valor de R\$1.605,29.

Em relação à Infração 3 - 07.01.01 – substituição tributária total pela aquisição de mercadorias relacionadas nos anexos 88 e 89, foram acatadas pelo autuante as alegações do contribuinte quanto as aquisições de macarrão instantâneo antes do mês de junho/2010, pelo que procedeu as alterações no demonstrativo relativo a esta infração, contudo resta a pagar o valor de R\$5.056,90, por esta infração, conforme demonstrativo de fls. 411 e 412.

Os pagamentos considerados para efeito de alteração dos valores são os constantes do DAE's apresentados e os de cópias anexas a partir das fls. 413, que foram conseguidas através de consulta ao sistema informatizado, conforme os números dos DAE's que constam dos relatórios do INC.

O sujeito passivo, às fls. 444 a 445, apresenta nova manifestação alegando que em relação a Nota Fiscal nº 105.894, mês 11/2009, faz parte dos produtos com substituição tributária, o autuante cobra antecipação parcial, contudo encontra-se pago o imposto no valor de R\$28,95, pagão conforme DAE do 04 e 05. Quanto à Nota Fiscal nº 109.264, de 12/2009, foi objeto de devolução através da Nota fiscal nº 000.123 emitida em 08/12/2009. Em relação à Nota Fiscal nº 013.697 de 09/2010, o produto esta na substituição tributária e o imposto foi recolhido como tal e não como antecipação parcial.

Para a infração 3, antecipação integral, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o autuante acata as alegações autuado quanto às aquisições de macarrão instantâneo antes do mês de junho/2010, mês em que o produto passou a fazer parte da substituição tributária e procedeu as alterações no demonstrativo relativo a esta infração, contudo cita ainda alguns produtos que julga estar em débito com a substituição tributária somando um total de R\$5.056,90, por esta infração, conforme demonstrativo de fl. 411 e 412.

Arguiu que no mês 04/2010 relativo às Notas Fiscais nºs 002.427, 113.567, e 122.755, o autuante desconsiderou o recolhimento nos valores de R\$98,73 e R\$ 1.269,23, restando a recolher somente a diferença de R\$393,15. Da mesma forma desconsiderou o imposto recolhido relativo a Notas Fiscais nºs 1201, 134913, 14012, e 018.783, mês 05/2010, não considerou o recolhimento no valor de R\$457,23, restando a ser pago R\$418,62. Consta, também, em relação ao mês 07/2010, Notas Fiscais nºs 158.169, 159.771, 158.169, 000.169, 001.603, e 168.216, não considerou o pagamento de R\$146,51 e R\$92,25, restando a pagar R\$365,60.

A 2ª Junta de Julgamento F0iscsl, solicita diligência para que o autuante apresentasse nova informação fiscal tendo em vista as alegações do sujeito passivo que contesta os ajustes efetuados pelo autuante bem como apresenta novos demonstrativos de débitos da infrações, restantes dos ajustes.

O autuante, à fl. 476, responde a diligência apresentando os demonstrativos às fls. 477 a 479 dos autos, bem como afirmando que em relação à infração 2, procedeu alteração nesta infração almejando excluir as operações de aquisição de salgadinho acobertada pela Nota Fiscal nº 105894,

bem como excluiu, também, os valores relativos à sardinha cuja mercadoria foi devolvida e bebida alcoólica.

Restando a pagar o valor constante dos demonstrativos acostado a infração.

Em relação à infração 3 acatou os pagamentos efetuados através dos DAE's de nºs 1001543323/1799576 e no mês de julho/10 o valor de R\$146,51, uma vez que o pagamento do DAE 1002490157 é relativo às Notas Fiscais nºs 017.550 e 028.561, cujas cópias anexa ao presente PAF.

O sujeito passivo foi cientificado à fl. 493 e 494, não mais se manifestando nos autos.

VOTO

O presente lançamento, ora impugna, contempla 03 infrações, tanto por descumprimento de obrigação acessória como por descumprimento de obrigação principal.

O sujeito passivo apresenta impugnação em relação às 3 infrações, trazendo elementos probatórios de caráter exclusivamente material, apontando para cada infração os erros materiais cometidos pelo autuante, em relação aos quais o autuante acolheu integralmente, inicialmente em sua informação fiscal e, em seguida, através de diligência a ele designada almejando a análise das arguições do sujeito passivo trazidas em sua nova manifestação.

Assim, no que tange a infração 1, 02.01.03 – ICMS sobre saída, exercício 2009 e 2010, a infração foi alterada em relação ao exercício de 2009. O autuante, acertadamente, acatou as alegações do contribuinte, uma vez que as notas citadas no demonstrativo acobertaram operações de aquisição de mercadoria pelo contribuinte.

Quanto ao exercício de 2010 procedeu às seguintes alterações:

- a) *em relação ao mês de maio, em vista da exclusão da nota fiscal de 656, por tratar-se de operação de devolução;*
- b) *mês de agosto, em vista das notas fiscais 1183 e 1206, em razão do tipo de operação para optante do Simples Nacional.*

Não acatamos as alegações do contribuinte quanto aos seguintes meses e situação:

- a) *referentes às operações de saída de achocolatados em pó, portanto não pronto para o consumo, por entendermos que estes produtos não estão contemplados nas previsões do artigo 353 do RICMS/Ba, sendo que estes eventos ocorreram nos meses de janeiro e maio/2010;*
- b) *mês de setembro/2010 a dezembro/2010, quanto a saída de bolacha de goma, em vista do artigo 353, item 11, prever a substituição tributária em relação à aquisição de trigo em grãos e farinha de trigo e seus derivados, especificamente, preparações à base de farinha de trigo a seguir especificadas:*

“11.4.1 - macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1;

11.4.2 - pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares (NCM 1905) e torradas em fatias ou raladas (NCM 1905.40);”

Cabe razão ao autuante quando afirma que o artigo acima não prevê bolachas de qualquer composição e sim, apenas, as preparadas com farinha de trigo e com NCM específicos. Mantidas, então, a infração com relação a estas mercadorias (bolacha de goma e achocolatados).

A infração 1, portanto, deve ser exigida conforme os novos demonstrativos desta infração constam das fls. 407 a 408.

Quanto à infração 2, a autuante, acertadamente, exclui das operações de aquisição de mercadorias em estados do norte e nordeste, em virtude da alíquota de 12% ser superior a carga tributária do contribuinte que teve deferido termo de acordo atacadista. Restando, contudo, as operações efetuadas em estados do Sul e Sudeste, com exceção do Espírito Santo. Efetuou também a inclusão dos pagamentos, comprovação dos pagamentos nos DAE's apresentados e os constantes do sistema da SEFAZ, cujas cópias anexa no presente processo.

Além do mais, após a diligência solicitada, a autuante, acertadamente, procedeu alteração nesta infração almejando excluir as operações de aquisição de salgadinho acobertada pela Nota Fiscal nº 105.894, bem como excluiu, também, os valores relativos à sardinha cuja mercadoria foi devolvida e bebida alcoólica.

Os ajustes efetuados estão em consonância com os demonstrativos às fls. 477 a 479 dos autos.

Em relação à Infração 3 os pagamentos considerados para efeito de alteração dos valores são os constantes do DAE's apresentados e os de cópias anexas a partir das fls. 413, que foram conseguidas através de consulta ao sistema informatizado, conforme os números dos DAE's que constam dos relatórios do INC.

Além do mais, a autuante acatou os pagamentos efetuados através dos DAE's de nºs 1001543323/1799576 e no mês de julho/10 o valor de R\$146,51, uma vez que o pagamento do DAE nº 1002490157 é relativo às Notas Fiscais nºs 17.550 e 28.561, cujas cópias estão anexas ao presente PAF.

Assim, deve se verificar os demonstrativos finais da infração 3, conforme consta às fls. 477 a 479.

Verifico que, após os ajustes efetuados pela autuante, o sujeito passivo foi cientificado, conforme consta às fls. 493 e 494, não mais se manifestando nos autos.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, cabendo a manutenção parcial da infração 1, no valor de R\$432, 94, conforme demonstrativo à fl. 408 dos autos, também a manutenção parcial da Infração 2, no valor da multa de R\$662,87, às fls. 477 e 478, bem como a manutenção parcial relativo à infração 3, no valor de R\$3.595,93, conforme demonstrativo à fl. 479 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **295902.0302/12-4**, lavrado contra **COMERCIAL PINTO DE CERQUEIRA LTDA. (ATACADÃO PINTO)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.028,87** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$662,87**, prevista no inciso II, "d", do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

TOLSATOI SEARA NOLASCO - JULGADOR