

PROCESSO -A. I. Nº 274068.0006/13-8
RECORRENTE - SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. (MIX IDEAL ATACADO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0002-06/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 08/08/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0200-11/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração parcialmente procedente após retificação efetuada pelo autuante. Mantida a Decisão recorrida. 2. RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. a) ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Constatado que o produto bolo (BOLO AIPIM IDEAL KG, BOLO TAPIOCA IDEAL KG e BOLO CARIMA IDEAL KG), contém em sua composição farinha de trigo como insumo, enquadra-se no NCM 14.1.1. Assiste razão os argumentos sustentados pelo recorrente, ou seja, trata-se de mercadoria subordinada à substituição tributária. Quanto aos demais produtos não se aplica as razões destacadas no recurso, pois não foram coligidos aos autos provas para que pudesse modificar a autuação nesta situação. Infração subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida. b) ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Por equívoco não foram considerados que algumas mercadorias estão sujeitas à substituição tributária, discriminadas nas Notas Fiscais nºs 29.425. fl. 137 e 29.424, fl. 138, ambas do mês de novembro de 2010, o que reduz o valor da autuação. Infração procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração lavrado em 14/06/2013 para exigir ICMS no valor de R\$61.441,57, sendo objeto do apelo do contribuinte as imputações, a saber:

3. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is), conforme DEMONSTRATIVO DE CREDITO INDEVIDO - CALCULADO A MAIOR - ANEXO 3, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Valor Histórico: R\$8,47 – Multa de 60%;*
5. *Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, conforme DEMONSTRATIVO DÉBITO A MENOR ECF - ANEXO 5, que faz parte de auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Valor Histórico: R\$11.735,37 – Multa de 60%;*
6. *Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, conforme DEMONSTRATIVO DÉBITO A MENOR NF - ANEXO 6, que faz parte de auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Valor Histórico: R\$45.469,17 – Multa de 60%;*

O autuado apresentou impugnação às fls. 101/106, admitindo o cometimento das infrações 1, 2, 4 e 7. E o autuante prestou informação fiscal às fls. 280/281.

A referida Decisão “a quo” foi prolatada com lastro no voto condutor assim esposado:

“A infração 5 refere-se ao recolhimento a menor de ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, conforme DEMONSTRATIVO DÉBITO A MENOR ECF - ANEXO 5, que faz parte do Auto e cuja cópia

foi entregue ao contribuinte.

O contribuinte na peça de defesa aponta que houve equívocos, por parte da fiscalização, com relação às mercadorias: leite longa-vida; bolo; aguardente e vinho; lã de aço; ervilha congelada, ao que o autuante rebate e mantém a autuação na íntegra, pelo que passo a analisar os itens, como segue:

LEITE LONGA VIDA – Embora o autuante inicialmente tenha se posicionado no sentido de que a alegação do defendente não procede, pois de acordo com o inciso XXXVI, do art. 87 do RICMS, o leite longa vida para ter direito a esta redução de base de cálculo deve ser fabricado neste Estado, o defendente na manifestação de fls. 260/263, anexa nota fiscal para comprovar a sua assertiva. A própria autuante, ao analisar as razões de defesa, posteriores, exclui os itens 1545973 – leite longa vida Alimba Desnat. 1 l, 1306294 – leite l Vida Alimba Int. 1 l. 1458817, Leite longa Vida Valedoura do Des. 1 l, e 1458809 – Leite L. Vida Valedourado Int. 1 l. Consoante o art. 87, XXXV, do RICMS/BA, é reduzida a base de cálculo das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento). Este inciso foi acrescentado ao caput do art. 87 pela Alteração nº 100 (Decreto nº 10984, de 26/03/08, DOE de 27/03/08), efeitos a partir de 27/03/08. Logo, em todo o período autuado esses itens devem ser retirados, pois fazem jus à redução de base de cálculo, conforme registrado pelo sujeito passivo em sua escrituração.

Retiro essas mercadorias do Anexo 5, de fls. 22 a 26, o que diminui o valor do ICMS em R\$ 3.585,72.

BOLO – "argui que a mercadoria é sujeita à substituição tributária, de modo que não existe valor a recolher", Os itens do anexo 5 são: BOLO AIPIM IDEAL KG, BOLO TAPIOCA IDEAL KG e BOLO CARIMA IDEAL KG e, de acordo, com o art. 353, inciso II, item 11.4 são sujeitos a substituição produtos preparados à base de farinha de trigo. Acompanho o entendimento do autuante, vez que o sujeito passivo não comprovou a sua assertiva no sentido de que estes produtos estão incluídos na NCM 11.4.02. Devem ser mantidos na exigência fiscal.

AGUARDENTE E VINHO – "alega que estas mercadorias foram devidamente tributadas e nas folhas 129 e 130 anexa telas do sistema sem identificar de qual das 16 filiais se trata". Esclarece que a fiscalização se baseou no registro 60-R, itens mensais da ECF, informado pelo próprio contribuinte, onde constam vendas através de ECF de vinho e de aguardente sem a devida tributação. Assiste razão ao autuante, haja vista que não restou comprovada o pagamento do ICMS que está sendo exigido.

LÃ DE AÇO - "argui que lã de aço estava sujeita ao regime de substituição tributária, conforme documentação anexa, de modo que não existe valor a recolher". Lã de aço foi inclusa na Portaria 106/09 através da Portaria 171/10, que começou a ter vigência na Bahia através do Decreto 12.444/2010, a partir de 01/11/2010. Contudo, o período objeto da autuação dessa mercadoria, é anterior a novembro de 2010, quando passou a integrar o rol das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Fica mantida a cobrança referente a este item, pois lã de aço só consta no anexo 5 até o mês de junho de 2010.

ERVILHA CONGELADA – "alega que ervilha congelada é produto isento e não haveria imposto a recolher referente este produto". No Anexo 5 não há cobrança de ICMS sobre ervilha congelada.

Do exposto julgo procedente em parte a infração 5, após as retificações promovidas pelo autuante que excluiu o leite produzido no Estado da Bahia, conforme o demonstrativo de fls. 282 a 285 do PAF, cujo demonstrativo de débito assume a seguinte configuração:

Data de Ocorrência	Data Vencimento	Base de cálculo	Alíq. %	ICMS
31/08/2009	09/09/2009	304,58	17	51,78
30/09/2009	09/10/2009	7.658,88	17	1.302,01
31/10/2009	09/11/2009	8.528,64	17	1.449,87
30/11/2009	09/12/2009	1.563,35	17	265,77
31/12/2009	09/01/2010	5.609,58	17	953,63
31/01/2010	09/02/2010	4.566,29	17	776,27
28/02/2010	09/03/2010	1.425,29	17	242,30
31/03/2010	09/04/2010	1.377,17	17	234,12
30/04/2010	09/05/2010	2.948,47	17	501,24
31/05/2010	09/06/2010	2.522,94	17	428,90
30/06/2010	09/07/2010	2.066,23	17	351,26
31/07/2010	09/08/2010	1.311,29	17	222,92
31/08/2010	09/09/2010	1.493,82	17	253,95
30/09/2010	09/10/2010	2.355,70	17	400,47
30/10/2010	09/11/2010	2.677,17	17	455,12
30/11/2010	09/12/2010	1.529,64	17	260,04
Total				8.149,65

Infração procedente em parte no valor de R\$ 8.149,65.

Na infração 06 consta que a sociedade empresária recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, conforme DEMONSTRATIVO DÉBITO A MENOR NF - ANEXO 6, que faz parte de

auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

No decorrer da instrução processual o defendente comprovou que ocorreram equívocos no lançamento, os quais foram acatados pelo autuante, tais como: não foram considerados que algumas mercadorias estão sujeitas à substituição tributária, discriminados nas Notas Fiscais nºs 29.425, fl. 137 e 29.424, fl. 138, ambas do mês de novembro de 2010.

A diferença encontrada perfaz o valor de R\$458,75, sendo que o novo valor encontrado para o mês de novembro de 2010 é de R\$ 616,82, conforme o demonstrativo de fl. 182, no que concordo. Saliento que os demais meses não tiveram o valor alterado. Infração procedente em parte, no valor de R\$ 7.331,93.

Nas fls. 287/288, o contribuinte comunica que consoante aos arts. 38, incisos I e II e 238, Parágrafo Único do CPC, a mudança de endereço de seus patronos no qual deverá receber todas as notificações relacionadas ao feito, conforme a seguintes coordenadas: "Alameda Salvador, nº 1057 - Cond. Salvador Shopping Business - Torre América - Salas 1108, 1109, 1110, Caminho das Árvores, CEP 41.820-790".

Voto pela PROCEDENTE EM PARTE do Auto de Infração conforme demonstrativo abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	RECONHECIDA	6,66	6,66	60%
02	RECONHECIDA	2.833,38	2.833,38	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	8,47	7,15	60%
04	RECONHECIDA	34,39	34,39	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE	11.735,37	8.149,65	60%
06	PROCEDENTE EM PARTE	45.469,17	7.331,93	60%
07	RECONHECIDA	1.354,13	1.354,13	60%
TOTAL		61.441,57	19.717,29	

Conforme supra relatado, dessa Decisão de base foi interposto Recurso Voluntário, no qual admite a procedência da infração 3 e insurge-se apenas acerca da infração 5 e 6.

Em relação à infração 5, sua irresignação dirige-se aos produtos bolo aipim Ideal kg, bolo tapioca ideal Kg, bolo carimã ideal kg, aguardente e vinho, lã de aço, e ervilha, por considerar que a JJF ratificou os equívocos do autuante e está por exigir ICMS sob moldes indevidos. Destaca especificamente o seguinte:

1. Bolo aipim Ideal kg, bolo tapioca ideal Kg, bolo carimã ideal kg: inserem-se na classificação NCM 11.4.02, e que nos termos do artigo 353, II, item 11.4 do RICMS é mercadoria sujeita a substituição tributária, devendo ser excluídas do levantamento de débito.
2. Aguardente e vinho: que foi desconsiderado pela JJF a documentação que coligiu com o fito de comprovar que a tributação respectiva, que o pagamento foi efetuado na época do fato gerador.
3. Lã de aço: que a JJF desconsiderou se tratar de produto sujeito ao regime de substituição tributária, a despeito de estar enquadrada no regime de substituição tributária. Salienta que o entendimento esposado na Decisão guerreada foi de que a lã de aço apenas entrou no referido regime a partir de 01/11/2010, quando o Decreto nº 12444/2010 passou a vigor e este incorporou à Bahia o Protocolo ICMS 171/10. Alega que a JJF incorreu em erro também por considerar que o item 36 do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, RICMS, que foi acrescentado ao RICMS pelo Decreto nº 11806, de 26/10/09, publicado no Diário Oficial do Estado em 27/10/09, produzindo efeitos a partir de 01/01/10, que incluiu na substituição tributária diversos produtos de limpeza, inclusive "36 - produtos de limpeza listados no anexo único do Protocolo ICMS 106/09", no qual estão inseridas as "esponjas e palhas de lã de aço ou ferro para limpeza doméstica". Assim, os produtos relacionados no anexo único do Protocolo ICMS 106/09 foram incluídos na substituição e que, portanto, a lã de aço era mercadoria sujeita a substituição.
4. Ervilha: defende que a JJF limitou-se a afirmar que o produto ervilha congelada não constaria no anexo V, embora esteja e que o Fisco se equivocou em razão desta ser comercializada congelada. Isto porque a ervilha, na qualidade de produto *in natura*, é isenta de ICMS. E como a ervilha, embora congelada, é *in natura*, o RICMS estende a esta a referida isenção e que deste modo não há valor a título de tributo para ser recolhido, conforme notas fiscais que diz ter juntado à impugnação.

Adiante, opõe acerca da infração 6, no sentido de que a fiscalização atribuiu recolhimento a menor de ICMS em razão de ter aplicado a alíquota de 17% sobre os produtos indicados nos romaneios que são relativos às notas fiscais indicadas no demonstrativo e anexas aos autos.

Mas que, no entanto, conforme se pode verificar da descrição do romaneio, os produtos ali indicados estavam, à época do fato gerador, sujeitos a substituição tributária, sem subsistir, pois, base legal para impor essa alíquota, já que não há recolhimento a menor, sobre o que os julgadores de primeiro grau admitiram este equívoco apenas parcialmente.

Pugna, por derradeiro, pela reforma do julgado de base.

A PGE/PROFIS instada a proferir Parecer, opinou às fls. 336/338, pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que sejam excluídos os produtos bolos, pois averiguou na internet que todos os bolos industriais possuem na sua formulação o insumo farinha de trigo e que, portanto, se enquadra no NCM 14.1.1, sendo pertinente a argumentação recursal neste sentido. No mais, em relação aos produtos aguardente e vinho, considerou inviável a verificação do alegado pagamento pelo recorrente. Concluiu pela subsistência. No que concerne à lã de aço rechaçou a tesedefensiva por considerar que a substituição tributária dos produtos listados no Protocolo 106 somente foi incorporada à legislação estadual através do Decreto nº 11.806 de 26/10/09. Quanto ao produto ervilha, entendeu faltar interesse recursal por não ser objeto do lançamento de ofício. E acerca da infração 6, considerou imprecisa a fundamentação recursal.

À fl. 345 reside o despacho da Procuradora Assistente acompanhando na íntegra esse Parecer.

VOTO

Conforme o relato supra exposto, o Recurso do contribuinte se destina ao exame, por esta CJF, apenas das infrações 5 e 6. Defende, em segundo grau, quanto à infração 5, aspectos relacionados aos produtos específicos, quais sejam: bolo, aguardente, vinho, lã de aço e ervilha congelada. Ratifica os mesmos argumentos já enfrentados e decididos pela instância de base.

Primeiramente, saliento que a autuante numa segunda informação fiscal (fls. 280/281), acolheu os fundamentos defensivos quanto ao leite longa vida, tendo excluído do lançamento de ofício os itens ali referidos relativos a esse produto. Manteve os demais, posição corroborada pela instância de base (fl. 300), a qual a Procuradoria acompanhou, com a ressalva acerca do produto bolo, como acima relatado (fl. 302).

Isto porque, de fato, como constato, o produto bolo (BOLO AIPIM IDEAL KG, BOLO TAPIOCA IDEAL KG e BOLO CARIMA IDEAL KG), contém em sua composição farinha de trigo como insumo, e enquadra-se no NCM 14.1.1, sendo, destarte, procedentes os argumentos sustentados pelo recorrente, ou seja, que se trata de mercadoria subordinada à substituição tributária, não se sujeitando a tributação normal.

Conclusão não se aplica aos demais produtos, que por isto devem ser mantidos no Auto de Infração. Justifico adiante.

Relativamente aos produtos AGUARDENTE E VINHO, alegou o contribuinte que nas vendas através de ECF, estas mercadorias foram devidamente tributadas, tendo o Fisco se lastreado no Registro 60-R,e e seus itens mensais.

Examinado o PAF, não cabe acolher a essa insurgência considerando que não foram coligidos aos autos prova neste sentido, isto é, de que houve o pagamento do ICMS à época do fato gerador, vez que dos documentos acostados pelo autuado às fls. 119/130 não é possível extrair, com segurança, se tratar desses produtos e menos ainda de que o imposto foi efetivamente recolhido. Mantenho.

De relação à LÃ DE AÇO, o fundamento recursal é de que foi juntado prova de sua condição de substituído tributário, e de que houve o recolhimento. A JJF entendeu, como visto,que esse produto listado na Portaria nº 106/09, somente foi incorporado a partir de 01/01/10, quando da edição do Decreto nº 12.444/2010, tendo a autuante fiscal destacado na informação fiscal de fls.

176/181, que este item, lã de aço, somente constou do Anexo 5 até junho de 2010, e que no período autuado não estava incluído no regime de substituição tributária, mas sim no normal. Do conjunto probatório que reside no PAF, atento para o de fl. 131, que se trata de uma nota fiscal eletrônica – NFe, na qual consta que o ICMS foi cobrado anteriormente por substituição tributária, contudo, corresponde a F constante. Diante disto, não pertine o pleito de exclusão deste produto.

De relação ao produto ERVILHA CONGELADA, comungo do mesmo entendimento esposado pela JJF e pela Procuradoria, de que falta interesse recursal por não estar esse item incluso no lançamento de ofício, consoante se constata do exame do Anexo 5, dos diversos itens ali citados, de fato não verifiquei constar o produto ervilha congelada.

Com isso, mantém-se esta infração parcialmente provida, excluindo o produto "bolo" da autuação conforme demonstrativo abaixo:

Data de Ocorrência	Data Vencimento	Base de cálculo	Alíq. %	ICMS- JULGADO-JJF	VLR. A SER EXCLUÍDO	ICMS- JULGADO-CJF
31/08/2009	09/09/2009	304,58	17	51,78	0,00	51,78
30/09/2009	09/10/2009	7.658,88	17	1.302,01	0,00	1.302,01
31/10/2009	09/11/2009	8.528,64	17	1.449,87	0,00	1.449,87
30/11/2009	09/12/2009	1.563,35	17	265,77	0,00	265,77
31/12/2009	09/01/2010	5.609,58	17	953,63	0,00	953,63
31/01/2010	09/02/2010	4.566,29	17	776,27	0,00	776,27
28/02/2010	09/03/2010	1.425,29	17	242,30	14,48	227,82
31/03/2010	09/04/2010	1.377,17	17	234,12	46,38	187,74
30/04/2010	09/05/2010	2.948,47	17	501,24	63,71	437,53
31/05/2010	09/06/2010	2.522,94	17	428,90	86,65	342,25
30/06/2010	09/07/2010	2.066,23	17	351,26	68,36	282,90
31/07/2010	09/08/2010	1.311,29	17	222,92	62,21	160,71
31/08/2010	09/09/2010	1.493,82	17	253,95	43,32	210,63
30/09/2010	09/10/2010	2.355,70	17	400,47	35,63	364,84
30/10/2010	09/11/2010	2.677,17	17	455,12	23,55	431,57
30/11/2010	09/12/2010	1.529,64	17	260,04	14,91	245,13
Total				8.149,65	459,20	7.690,45

Por derradeiro, enfrentando o argumento recursal concernente à infração 6, sustenta o sujeito passivo que a autuante incorreu em erro ao aplicar a alíquota de 17% sobre os produtos indicados no romaneio a que se referem as notas fiscais referidas no DEMONSTRATIVO DÉBITO A MENOR NF - ANEXO 6 (fls. 139/1720), pois estavam sujeitas à substituição tributária, e que, em face disto, não caberia a aplicação dessa alíquota por falta de base legal. A autuante à fl. 180, como infiro, acatou a defesa e retirou as Notas Fiscais nºs 29.425, fl. 137 e 29.429, fl. 138, ambas do mês de novembro de 2010, tendo conforme consta do Anexo 6, encontrado uma diferença de R\$458,75, sendo que o novo valor para o mês de novembro de 2010, é de R\$ 616,82, conforme o demonstrativo a menor para o mês de novembro – Anexo 8 (fl. 182), ficando inalterado nos demais meses, sendo por isto, a infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 7.331,93, controvérsia esta, como vale destacar que a Procuradoria entendeu, com razão, que as alegações recursais foram imprecisas sem pontuar quais teriam sido os produtos.

Dentro desse contexto, e compulsados os autos, mantenho a infração.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado para excluir o produto bolo da autuação referente à infração 5 e manter a infração 6 conforme Decisão de piso. Assim, o valor do débito do Auto de Infração é o seguinte:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JJF	VLR. JULGADO-CJF	MULTA
01	RECONHECIDA	6,66	6,66	6,66	60%
02	RECONHECIDA	2.833,38	2.833,38	2.833,38	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	8,47	7,15	7,15	60%
04	RECONHECIDA	34,39	34,39	34,39	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE	11.735,37	8.149,65	7.690,45	60%
06	PROCEDENTE EM PARTE	45.469,17	7.331,93	7.331,93	60%
07	RECONHECIDA	1.354,13	1.354,13	1.354,13	60%
TOTAL		61.441,57	19.717,29	19.258,09	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0006/13-8, lavrado contra **SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. (MIX IDEAL ATACADO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.258,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, "a" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS