

A. I. N° - 088568.5154/13-0
AUTUADO - M.B. ATACADO LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO CESAR COSTA SOUZA
ORIGEM - INF AZ ATACADO
INTERNET - 01/07/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº0124-03/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE ESTORNO. DECRETO 7.799/00. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Deve ser estornado o crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Acatadas as razões da defesa. Infração parcialmente caracterizada. b) DESTAQUE A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. Infração insubsistente. c) UTILIZAÇÃO A MAIS ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração parcialmente subsistente. 2. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O sujeito passivo elide parcialmente a acusação fiscal. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração parcialmente descaracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelos autuante e foi procedida a exclusão de alguns produtos comprovadamente não sujeitos ao regime de substituição tributária que ainda constavam do levantamento fiscal revisado, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 31/03/2014, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$192.838,67, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo enumeradas.

Infração 01 - **01.05.03**. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de julho e novembro de 2010, junho a novembro de 2011, janeiro a abril, junho, julho, setembro e dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$3.048,45, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 02.01.03. Falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, nos meses de setembro a dezembro de 2011, janeiro a março, maio a dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$8.428,88, crescido da multa de 60%;

Infração 03 - 01.02.41. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais no documento fiscal, nos meses de fevereiro e março de 2012. Exigido o valor de R\$843,62, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 07.01.01. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA, nos meses de setembro a novembro de 2010, agosto, outubro e dezembro de 2011 e janeiro de 2012 a novembro de 2013. Exigido o valor de R\$178.498,83, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - 01.02.74. Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior, no mês de dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$2.018,89. Consta que “referente a Antecipação Parcial não recolhida, conforme cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, anexa e cópia da Relação de DAEs do Sistema de Arrecadação da SEFAZ.”

O autuado impugna o Auto de Infração, fls. 84 a 96, alinhando os argumentos a seguir resumidos.

Em relação à infração 01, afirma ser portadora do Termo de Acordo Atacadista, obtido em razão do benefício disciplinado pelo Dec. nº 7.799/00. Explica que, em razão disso, o crédito fiscal pelas entradas fica limitado a 10%, haja vista a carga efetiva aplicada nas saídas tributadas pela alíquota de 17%. Observa que abordará suas razões de impugnação por período de apuração.

Junho de 2010 - assinala que constatou no livro de Apuração do ICMS no lançamento de estorno de crédito no valor de R\$1.919,45 - doc. 01, fl. 100.

Julho de 2010 - diz que examinando o livro de Apuração do ICMS encontrou o lançamento de estorno de crédito no valor de R\$842,85 - doc. 02, fl. 101. Explica que a diferença de R\$0,32 refere-se à NFe nº 11740 - doc. 03, fl. 102, escriturada no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$2.660,50 - doc. 04, fl. 103, de forma correta, haja vista se tratar de operação interna com redução de base de cálculo de forma que a carga efetiva corresponda a 10%.

Agosto de 2010 - diz que constatou em seu livro Registro de Apuração do ICMS encontrou o lançamento de estorno de crédito no valor de R\$363,41 - doc. 05, fl. 104.

Setembro de 2010 - diz que constatou em seu livro Registro de Apuração do ICMS encontramos o lançamento de estorno de crédito no valor de R\$697,80 - doc. 06, fl. 105.

Outubro de 2010 - diz que constatou em seu livro Registro de Apuração do ICMS encontramos o lançamento de estorno de crédito no valor de R\$77,32 - doc. 07, fl. 106.

Novembro de 2010 - diz que constatou em seu livro Registro de Apuração do ICMS encontramos o lançamento de estorno de crédito no valor de R\$158,23 - doc. 08, fl. 107. Acrescenta frisando que da diferença de R\$16,81, R\$16,79 refere-se à NFe nº 62530 - doc. 09, fl. 108, escriturada no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$618,43 - doc. 10, fl. 109, de forma correta, haja vista se tratar de operação interna com redução de base de cálculo de forma que a carga efetiva corresponda a 10%. Arremata observando que o restante da diferença, ou seja, R\$0,02, corresponde a arredondamento no cálculo formulado no demonstrativo.

Dezembro de 2010 - diz que compulsando o livro Registro de Apuração do ICMS encontrou o lançamento de estorno de crédito no valor de R\$56,29 - doc. 11, fl. 110.

Janeiro de 2011 - diz que compulsando o livro Registro de Apuração do ICMS encontrou o lançamento de estorno de crédito no valor de R\$149,60 - doc. 12, fl. 111.

Junho de 2011 – observa que o valor corresponde a suposta diferença de crédito permitido pela NFe nº 90906 - doc. 13, fl. 112. Ocorre que a NFe foi escriturada no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$649,70 - doc. 14, fl. 113, de forma correta, haja vista se tratar de operação interna com redução de base de cálculo de forma que a carga efetiva corresponda a 10%.

Julho de 2011 - frisa que o Auto de Infração exige estorno no valor de R\$24,06. Observa que esse valor corresponde a suposta diferença de crédito permitido pela NFe nº 17131 - doc. 15, fl. 114. Ocorre que a NFe foi escriturada no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$594,50 - doc. 16, fl. 115, de forma correta, haja vista se tratar de operação interestadual e o crédito foi apropriado com redução de base de cálculo de forma que o crédito efetivo corresponda a 10%.

Agosto de 2011 - menciona que do estorno no valor de R\$56,96, parte da diferença refere-se a NFe nº 98810 - doc. 17, fl. 116, escriturada no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$961,21 - doc. 18, fl. 117, de forma correta, haja vista se tratar de operação interna com redução de base de cálculo de forma que a carga efetiva corresponda a 10%. Registra que a outra parte refere-se às NFe nº 18001 e 18192 - doc. 19 e 20, fls. 118 e 119, respectivamente, escrituradas no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$532,97 e R\$242,25, respectivamente - doc. 18, fl. 117, de forma correta, haja vista se tratar de operação interestadual e o crédito foi apropriado com redução de base de cálculo de forma que o crédito efetivo corresponda a 10%.

Setembro de 2011 - menciona que o valor exigido corresponde a suposta diferença de crédito permitido pela NFe nº 19140 - doc. 21, fl. 120. Ocorre que a NFe foi escriturada no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$ 684,66 - doc. 22, fl. 121, de forma correta, haja vista se tratar de operação interestadual e o crédito foi apropriado com redução de base de cálculo de forma que o crédito efetivo corresponda a 10%.

Outubro de 2011 - diz que a diferença de R\$0,82, refere-se a NFe nº 30128 - doc. 23, fl. 122, escriturada no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$6.414,46 - doc. 24, fl. 123, de forma correta, haja vista se tratar de operação interna com redução de base de cálculo de forma que a carga efetiva corresponda a 10%.

Março de 2012 - afirma que a diferença corresponde à NFe nº 15926 e à NFe nº 18137 - doc. 25, fl. 124, escrituradas no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$1.262,86 - doc. 26, fl. 125, e R\$676,55 - doc. 27, fl. 126, respectivamente, de forma correta, haja vista se tratar de operação interestadual e o crédito foi apropriado com redução de base de cálculo de forma que o crédito efetivo corresponda a 10%.

Abril de 2012 - observa que a diferença refere-se às NFe nº 998361 e 36513 - doc. 28 e 29, fls. 127 e 128, escrituradas no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$05,25 e R\$10.571,30 - doc. 30, fl. 129, e doc. 31, fl. 130, de forma correta, haja vista se tratar de operação interna com redução de base de cálculo de forma que a carga efetiva corresponda a 10%.

Junho de 2012 - esclarece que em relação às NFe nº 1922 e 223486 - doc. 32 e 33, fls. 131 e 132, não existe diferença, pois foram escrituradas no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$694,00 e R\$18,40 - doc. 34 e doc. 35, fls. 133 e 134, de forma correta, haja vista se tratar de operação interna com redução de base de cálculo de forma que a carga efetiva corresponda a 10%.

Em relação à NFe nº 1360, afirma que concorda com o auditor fiscal.

Julho de 2012 – menciona que em relação à NFe 1258 não existe diferença, pois a NFe foi escriturada com apropriação de crédito somente no valor de R\$453,80 - doc. 36, fl. 135, conforme calculado pelo auditor fiscal.

Afirma que a NFe nº 27885 - doc. 37, fl. 136, foi escriturada no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$2.128,50 - doc. 38, fl. 137, de forma correta, haja vista se tratar de operação interestadual e o crédito foi apropriado com redução de base de cálculo de forma que o crédito efetivo corresponda a 10%.

Arremata frisando que todas as demais NFe - docs. 39 a 45, fls. 138 a 144, foram escrituradas corretamente no LRE - docs. 46 a 50, fls. 145 a 149, haja vista se tratar de operação interna com redução de base de cálculo de forma que a carga efetiva corresponda a 10%.

Setembro de 2012 - registra que diferença no valor de R\$5,80 refere-se a NFe nº 237427 - doc. 51, fl. 150, escriturada no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$60,72 - doc. 52, fl. 151, de forma correta, haja vista se tratar de operação interna com redução de base de cálculo de forma que a carga efetiva corresponda a 10%.

Dezembro de 2012 - diz que valor corresponde a suposta diferença de crédito permitido pela NFe nº 102082 - doc. 53, fl. 152. Ocorre que a NFe foi escriturada no LRE com apropriação de crédito no valor de R\$3.465,62 - doc. 54, fl. 154, de forma correta, haja vista se tratar de operação interestadual e o crédito foi apropriado com redução de base de cálculo de forma que o crédito efetivo corresponda a 10%.

Infração 02 que cuida da pratica de operações tributáveis como não tributáveis, discorre suas razões de defesa abordando as mercadorias conforme indicadas no demonstrativo.

Azeite extra virgem - afirma que identificou falha nos arquivos Sintegra em relação às NFe de nº 7455, 7457, 7460, 7461, 7464, 7466, 7468 e 7471, indicadas no demonstrativo, pois nas respectivas notas fiscais não constam o produto azeite extra virgem. Frisa que o erro está em atribuir ao verdadeiro produto outra designação. Prossegue informando que para demonstrar o erro, apresenta os itens que constam em cada um das notas fiscais informadas - doc. 55 a 62, fls. 154.

Ervilha partida e Ervilha partida sinhá - diz tratar-se de produto in natura embalado para venda a varejo, sem que modifique sua condição de natural. Reproduz a imagem da embalagem para demonstrar essa condição. Destaca as posições que o produto ervilha aparece na Tabela TIPI reproduzindo trecho da tabela para ilustrar, fl. 89. Afirma que a mercadoria arrolada no levantamento fiscal tem NCM 0708.10.00, em estado natural, portanto isenta.

Espelho Marco Boni quadrado - afirma ser produto sujeito ao regime de substituição tributária, conforme Parecer DITRI nº 28150/2012, de 28/11/2012 - doc. 63, fl. 182.

Folha de louro - menciona tratar-se produto isento, conforme Parecer DITRI nº 29884/2012, de 17/12/2012 - doc. 64, fl. 183, haja vista sua condição de secagem natural.

Palito Cory e Palito Cory BC - diz tratar-se de produto sujeito ao regime de substituição tributária, cuja aquisição se deu com CST 060, conforme NFe nº 229120, de 10/10/2012 - doc. 65, fl. 184.

Quanto aos produtos: REFR CERESER S/ALC FTAS VERM, REFR CERESER S/ALC MACA, REFR CERESER S/ALC MACA ZERO, REFR CERESER S/ALC MORANGO, REFR CERESER S/ALC UVA, REFR CHUVA DE PRATA S/ALC, REFR SPUNCH CARROS MOR, REFR SPUNCH MICKEY MOR e REFR SPUNCH PRINCESAS MOR, assevera que todos os produtos foram adquiridos sob o regime de substituição tributária com retenção pelo vendedor, conforme indica em tabela, fl. 90, elencando as correspondentes notas fiscais e informando que os itens das notas fiscais podem ser vistos em anexo - doc. 66 a 71, fls. 191 a 207.

Ao cuidar de infração 03 que acusa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior em documento fiscal, afirma que o levantamento fiscal indica as Notas Fiscais de nºs 25347 e 18137 - docs. 73 e 74, fls. 209 e 210, e que ambas tiveram o imposto creditado de forma apropriada, conforme comprovam os demonstrativos que anexa - docs. 75, fl. 211, e a escrituração dos documentos nos respectivos LRE - doc. 76 e 77, fls. 213 e 214.

Quando à infração 04 apresenta quadro, fls. 90 a 95, indicando as situações analisadas. Explica que quando ocorre a indicação de “Não se enquadra na substituição tributária” é porque o entendimento da DITRI, exarado em diversos pareceres, é no sentido de que para que um determinado produto se enquadre no regime de substituição tributária deverá possuir a NCM e a descrição de acordo com a norma tributária vigente.

Destaca que as mercadorias indicadas como “Não se enquadra na substituição tributária” não possuem descrição e NCM de acordo com a norma tributária vigente. Colaciona cópias dos pareceres da DITRI citados - docs. 78 a 83, fls. 215 a 220. Assinala que as cópias dos DAE citados estão em anexo - docs. 84 a 89, fls. 221 a 226, e as notas fiscais citadas anexadas - docs. 90 e 91, às fls. 227 a 234.

Conclui assegurando que não há falta de recolhimento da antecipação tributária.

No que diz respeito à infração 05, assinala que o lançamento se reporta ao mês de dezembro de 2011, com indicação de diferença no valor de R\$2.018,89.

Apresenta quadro, fl. 95, demonstrando, por mês, os valores pagos - doc. 92, fl. 239, e os valores lançados nos livros Registro de Apuração do ICMS - docs. 93 a 104, fls. 240 a 251.

Afirma que mesmo no mês de dezembro de 2011 se não tivesse sido pago o valor integral de R\$9.305,02 lançado a título de crédito fiscal, havia antecipação parcial paga e pendente de lançamento no livro Registro de Apuração do ICMS.

Assevera não haver utilização a mais de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior.

Conclui requerendo a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante produz a informação fiscal, fls. 254 a 256, rebatendo as razões de defesa apresentadas pelo impugnante na forma que se segue.

Preliminarmente informa que antes da constituição do crédito tributário telefonou várias vezes para o escritório de contabilidade do autuado convidando o contador ou preposto da empresa para verificar erros cometidos, que implicariam em cobrança através de autuação, fato que evitaria apresentação de parte da defesa. Observa que, não tendo logrado êxito, e devido ao término do prazo previsto na Ordem de Serviço, lavrou o Auto de Infração.

Esclarece que devido a grande quantidade de documentos para análise e atraso do contribuinte para entrega dos referidos documentos, grande parte dos trabalhos de fiscalização foram desenvolvidos com base nos Arquivos Magnéticos e informações constantes dos Bancos de dados da SEFAZ.

Infração 01 - explica que os trabalhos foram desenvolvidos tendo como base os valores constantes das informações dos arquivos magnéticos. Após análise, da defesa juntamente com o livro Registro de Entradas de Mercadorias, refez o demonstrativo ficando o valor desta infração reduzido para R\$770,00, conforme Anexo nº 1A, fls. 257 e 258. Observa que este valor foi reconhecido como devido pelo contribuinte no Item 2.1.16. Junho de 2012, fls. 87.

Infração 02 - Nesta infração diz que acatou as razões descritas na defesa apresentada, exceto quanto ao produto Folha de Louro, que o autuado junta parecer da DITRI, isentando de tributação. Explica que se trata de produto embalado ou acondicionado, submetido a processo de beneficiamento e secagem que altera a sua forma original, produzido e comercializado por estabelecimento industrial, no caso em apreço Indústrias Maratá.

Afirma que refez o demonstrativo remanescendo apenas o débito referente ao produto Folha de Louro Maratá, comercializado sem tributação. (Anexo - Erro na determinação da alíquota), fls. 259 a 261, no valor de R\$64,55.

Para comprovar os erros constantes das informações prestadas pelo contribuinte a SEFAZ através dos arquivos magnéticos, o produto Azeite Extra Virgem, foram relacionados nos arquivos como vendidos sem tributação, mas, quando de verifica o documento fiscal e sua numeração pode-se constatar que se trata de outros produtos com tributação zero. Ou seja, mas uma vez só podemos acatar as razões apresentadas na defesa para não subsistir a cobrança feita, após análise das notas fiscais. (Item 2.2.1, fls. 88).

Infração 03 - Assinala que acolheu a justificativa apresentada pelo contribuinte, somente após a verificação dos lançamentos das Notas Fiscais nos Livros. Observa que mas uma vez os arquivos estavam incorretos. Infração improcedente.

Infração 04 - registra que trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação. Explica que manteve a cobrança do tributo incidente sobre os produtos descritos no quadro, fls. 255 e 256, por entender que as mercadorias são enquadradas na Substituição Tributária, por sua finalidade, uso, e gênero, e não só pelo NCM, que muitas vezes deixa de ser apostado corretamente no documento fiscal, para fugir do pagamento da antecipação tributária.

Quanto aos produtos COLA SCOTCH, ESP 3M e FITA ISOLANTE, registra que o autuado não apresentou comprovante do pagamento. (Anexos 7, 9 e 10), fls. 262 a 270.

Os novos demonstrativos acostados às fls. 262 a 270, discriminam mensalmente os valores do débito remanescente da infração 04 totalizando R\$135.297,41.

Infração 05 - Assevera que acolheu as justificativas apresentadas pelo autuado, após análise dos Livros Fiscais e compensação dos valores recolhidos como Antecipação Parcial em meses anteriores e não apropriados corretamente na conta corrente fiscal e Livro Registro de Apuração do ICMS. Afirma que a cobrança é improcedente.

O autuado intimado a tomar ciência da informação fiscal, fls. 274 e 275, manifesta-se às fls. 278 e 279, nos seguintes termos.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal, fls. 274 e 275, o impugnante se manifesta, fls. 278 e 279, nos termos que se segue.

No tocante à infração 01, informa que acata o novo demonstrativo elaborado pelo autuante.

Em relação à infração 02 revela que mantém seus argumentos iniciais sobre a tributação do produto folha de louro, haja vista sua condição de secagem natural. Assevera que embasa tal posição no Parecer DITRI nº 29884/2012, de 17/12/2012.

Quanto à infração 03 relata que o autuante concorda com a improcedência da infração.

Em relação à infração 04 frisa que o autuante fiscal mantém a exigência de ICMS para alguns produtos por entender que as mercadorias são enquadradas na Substituição Tributária, por sua finalidade, uso, e gênero, e não só pelo NCM.

Observa que a DITRI tem se manifestado no sentido de que para que um determinado produto se enquadre no regime de substituição tributária deverá possuir a NCM e a descrição de acordo com a norma tributária vigente.

Por fim, destaca neste item da autuação não assiste razão ao auditor fiscal.

Quanto à infração 05 assinala que o auditor fiscal concorda com a improcedência da infração.

Conclui pugnando pela procedência parcial do auto de infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS consubstanciado na apuração de cinco infrações consoante discriminação minudente no preâmbulo do relatório.

A infração 01 trata do falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Em sede de defesa o impugnante apresentou individualizadamente diversas inconsistências no levantamento fiscal e apresentou documentação comprobatória das alegações apontadas e pugnou pela procedência parcial da autuação.

O autuante ao proceder a informação fiscal explicou que os trabalhos foram desenvolvidos tendo como base os valores constantes das informações os arquivos magnéticos. Após análise, da defesa juntamente com o livro Registro de Entradas de Mercadorias, refez o demonstrativo ficando o valor desta infração reduzido para R\$770,00, conforme Anexo nº 1A, fls. 257 e 258. Observa que este valor foi reconhecido como devido pelo contribuinte no Item 2.1.16. Junho de 2012, fls. 87.

Depois de examinar a intervenção promovida pelo autuante e cotejar os ajustes efetuados no levantamento fiscal original constato que as alterações promovidas foram pertinentes e têm suporte nas comprovações carreadas aos autos pelo sujeito passivo.

Nestes termos, acolho o novo levantamento elaborado pelo autuante às fls. 257 e 258, e concluo pela subsistência parcial deste item da autuação no valor de R\$770,00.

Quanto à infração 02 que cuida da falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, do mesmo modo, o sujeito passivo apresentou diversas inconsistências no levantamento fiscal e carrou aos autos as comprovações e diversos pareceres da DITRI-SEFAZ para fundamentar suas alegações.

O autuante sustentou em sua informação fiscal que acolheu as razões da defesa apresentada, exceto quanto ao produto Folha de Louro, que o autuado juntou parecer da DITRI, isentando de tributação. Explicou que por se tratar de produto embalado ou acondicionado, submetido a processo de beneficiamento e secagem que altera a sua forma original, produzido e comercializado por estabelecimento industrial, no caso em apreço Indústrias Maratá. Apresentou novo demonstrativo de débito depois de acolher as ponderações articuladas pela defesa e providas de comprovação, remanescendo, tão-somente, o item Folha de Louro, com o débito de R\$65,64, conforme demonstrativo colacionado às fls. 259 a 261.

Depois de compulsar os elementos que emergem do contraditório, precipuamente, o teor do Parecer nº 29884/12, colacionado à fl. 183, verifico inicialmente que uma leitura superficial poderia conduzir a uma inaplicabilidade ao presente caso, haja vista que dentre os produtos hortícolas amparados pela isenção veiculada no art. 265 do RICMS-BA/12, não consta o produto “Folha de Louro”, NCM - 0910.40.00, já que não figura expressamente elencado no inciso I da Cláusula primeira do Convênio ICMS 44/75, reproduzido no Parecer DITRI. Ora, não se tratando de lista exemplificativa, e como, para ser alcançado pelo instituto da Isenção é imprescindível que o produto seja expressa e indubitavelmente identificado na norma, o produto Folha de Louro não poderia estar amparado pela isenção. Entretanto, uma análise mais detida diretamente no Convênio ICMS 44/75, constata-se que dentre outras alterações, o Convênio ICMS 24/85 promoveu a inclusão de “*brotos de vegetais, cacateira, cambuquira, gobo, hortelã, mostarda, repolho chinês e demais folhas usadas na alimentação humana.*”, no elenco de produtos constante do inciso I da Cláusula primeira do Convênio ICMS 44/75. Logo, resta evidenciado que depois de acrescentado ao texto original o termo “*demais folhas usadas na alimentação humana*” o produto Folha de Louro passa a integrar ou a figurar como isento no RICMS-BA, quando comercializado em seu estado natural.

No presente caso, considerando o precedente carreado aos autos pelo defendente alicerçado no Parecer DITRI nº 29884/12, fl. 183, no qual expressamente sustenta que: “Conclui-se, portanto que estão amparados pela isenção os hortícolas, relacionados no Convênio 44/75, em seu estado natural, desde que não estejam destinados à industrialização. Os produtos que estão listados e passaram por algum tipo de industrialização, assim como os que não foram indicados no referido acordo, serão tributados internamente pela alíquota de 17%. Cumpre-nos esclarecer que na desidratação ou secagem procura-se remover ou diminuir a quantidade de água no alimento, evitando que sejam criadas condições propícias para o desenvolvimento de microorganismos. Pode ser feita naturalmente ou através de outros processos. Assim sendo, o produto que secou naturalmente, sem ter sido submetido a nenhum processo de industrialização, conserva seu estado natural. No tocante à industrialização, são considerados produtos aqueles relacionados na

Tabela de Incidência do Imposto sobre produtos Industrializados - TIPI, decorrentes de operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, tais como transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento ou recondicionamento (exceto no caso de simples embalagem de apresentação de produto primário ou destinada ao transporte da mercadoria).", resta evidenciado que o procedimento adotado pelo impugnante está em consonância com a orientação da DITRI

Assim, concluo pela insubsistência da infração 02.

No que diz respeito à infração 03, constato dois de examinar os elementos que compõem o contraditório em torno desse item da autuação, acolho o posicionamento do autuante que, após o exame do lançamento das notas fiscais nos livros fiscais do autuado, constatou a incorreção dos arquivos magnéticos, e asseverou a inexistência de utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque a mais no documento fiscal, resultando na descaracterização da acusação fiscal.

Logo, é insubsistente a infração 03.

A infração 04 se refere à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA

O autuado em sede de defesa carrou aos autos planilha e documentação comprobatória de suas alegações, comprovações de pagamentos e de retenção pelo remetente e a indicação de alguns itens que considera que não estão alcançados pela substituição tributária e pareceres da DITRI - SEFAZ, conforme planilha, fls. 90 a 95.

Em sua informação fiscal o autuante processou as alegações da defesa com base nas comprovações carreadas aos autos pelo autuante informando que manteve o lançamento em relação aos produtos que discrimina às fls. 255 e 256, que resultou no montante remanescente de R\$135.297,41, constantes nos novos demonstrativos que elaborou, fls. 262 a 270, discriminando o débito de R\$594,70, para o exercício de 2012, fl. 262, R\$74.415,48, fls. 263 a 267, para o exercício de 2012 e de R\$60.287,23, fls. 268 a 270, para o exercício de 2013.

Em seu quadro resumo apresentado às fls. 255 e 256, o autuante explicou que manteve no levantamento fiscal os produtos: Pano - Ecológico Furatto, NCM - 56031290, Pano Esponja, NCM-39211400; Pano M Uso Furatto, NCM - 56031290 e Pano Scotch Brite, NCM - 56031350; Luva SB Multi Uso (item 63 do Protocolo 26/10) e Luva SB para Cozinha - NCM 40151900 com base no item 78 do Protocolo ICMS nº 106/09.

Depois de examinar os produtos acima discriminados arrolados no levantamento fiscal sob o amparo do item 78 do Protocolo ICMS nº 106/09, e do item 63 do Protocolo 26/10 conjuntamente com os Pareceres da DITRI acostados aos autos pelo impugnante, fls. 215 a 218, constato que não convergem, nem a descrição, nem na NCM correspondente. Por isso, entendo que devem ser excluídos do novo demonstrativo elaborado pelo autuante as fls. 262 a 270.

Os produtos Algodão Cotton Bola, Algodão Cotton Quadrado e Algodão Cotton Sanfonado, NCMs - 30059090 e 56012110 com base no Convênio ICMS 76/94 e Anexo Único do Convênio ICMS 147/02. Ao examinar os produtos relativos a algodão inclusive as hastes flexíveis constam explicitamente do item III do Convênio ICMS Nº 76/94, com a correspondentes NCMs, portanto, devem ser mantidos. No entanto, com Alteração nº 18 do RICMS-BA/12, através do Dec. nº 14750 de 27/09/13, constatamos que somente remanescem na Substituição Tributária no item 32.5 do Anexo 01 do RICMS-BA/12 os produtos Algodão com NCM 3005 e no item 32.7 o produto Haste Flexível com extremidades com algodão e NCM 5601. Logo, os produtos que não preenchiam esses requisitos e constavam do levantamento fiscal também foram excluídos.

Os produtos Bobina, NCM - 39231090; Bobina Plast, NCM - 39232190; Bobina PVC, NCM - 39211200; Bobina Térmic, NCM - 48119010 e Bobina Termosqp, NCM - 48022010, foram arrolados no levantamento fiscal com base nos itens 22 e 23 do Protocolo ICMS 109/09 e 28/10.

Verifico, em relação aos produtos arrolados no levantamento fiscal com a descrição de Bobinas acima explicitadas com as respectivas NCMs constantes nas notas fiscais e confrontar com os Anexos dos Protocolos ICMS 109/09 e 28/10, que assiste razão ao autuado, eis que não coincidem a descrição e respectiva NCM constante dos aludidos Protocolos. Devem, portanto, ser excluídas do levantamento fiscal.

Em relação aos produtos COLA SCOTCH, ESP 3M e FITA ISOLANTE, o autuante manteve no demonstrativo refeito explicando que o impugnante não comprovou nos autos o pagamento da substituição tributária retida pelo fornecedor. Constatado depois de compulsar as peças do processo que efetivamente não consta a comprovação do recolhimento na forma como indicou o defendente em sua planilha pensada às fls. 90 a 95.

Depois de coligir os elementos que integram os autos e confrontar com a legislação de regência atinente a substituição tributária, na forma acima expendida procedi à exclusão no demonstrativo elaborado pelo autuante ao prestar informação fiscal, fls. 262 a 270, dos produtos na forma acima expendida que resultou na redução da exigência desse item da autuação para R\$15.065,20, consoante discriminado no demonstrativo:

| CÃO 04 - DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - Auto de Infração/Informação Fiscal/Julgamento | | | | | | | |
|--|-----------|-----------|---------------|------------|------------|-----------|--|
| A. I. | INF. FISC | JULG | Data de Ocor. | A. I. | INF. FISC | JULG | |
| 436,75 | 0,00 | 0,00 | Transp. | 110.242,83 | 75.010,18 | 13.157,09 | |
| 535,27 | 0,00 | 0,00 | 31/01/13 | 5.260,13 | 5.260,13 | 0,00 | |
| 1.035,39 | 594,70 | 0,00 | 28/02/13 | 5.839,72 | 4.789,80 | 0,00 | |
| 1.184,82 | 0,00 | 0,00 | 31/03/13 | 2.862,28 | 2.394,99 | 0,00 | |
| 3.470,82 | 0,00 | 0,00 | 30/04/13 | 8.459,06 | 4.771,32 | 0,00 | |
| 2.984,32 | 0,00 | 0,00 | 30/05/13 | 4.674,14 | 4.348,37 | 419,45 | |
| 4.200,61 | 3.832,62 | 0,00 | 30/06/13 | 4.469,10 | 3.617,09 | 0,00 | |
| 5.532,68 | 5.532,68 | 0,00 | 30/07/13 | 4.997,52 | 4.997,52 | 1.228,43 | |
| 2.454,94 | 1.768,60 | 997,38 | 30/08/13 | 3.216,71 | 2.379,74 | 0,00 | |
| 15.735,91 | 15.649,46 | 1.165,67 | 30/09/13 | 12.100,76 | 11.943,20 | 0,00 | |
| 8.155,61 | 4.333,45 | 1.164,53 | 30/10/13 | 6.578,22 | 6.164,78 | 595,31 | |
| 6.421,15 | 5.283,41 | 5.070,84 | 30/11/13 | 9.798,36 | 9.620,28 | 0,00 | |
| 6.522,84 | 338,75 | 338,75 | | | | | |
| 11.161,28 | 11.068,61 | 653,72 | | | | | |
| 9.104,64 | 6.563,10 | 2.156,71 | | | | | |
| 1.503,71 | 1.274,41 | 1.274,41 | | | | | |
| 26.135,90 | 15.104,20 | 0,00 | | | | | |
| 3.666,19 | 3.666,19 | 335,08 | | | | | |
| 110.242,83 | 75.010,18 | 13.157,09 | TOTAL | 178.498,83 | 135.297,41 | 15.065,20 | |

Nestes termos, concluo pela subsistência parcial da infração 04 no valor de **R\$15.065,20**.

Quanto à infração 05 que cuida da utilização a mais de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial no mês de dezembro de 2011 o defendente demonstrou nos autos mediante planilha discriminando os valores pagos e constantes no livro Registro de Apuração consoantes documentos acostados às fls. 240 a 251, a inexistência de utilização de crédito à mais.

Observe que assiste razão ao autuante que reconheceu como pertinente as justificativas e comprovações carreadas aos autos pelo impugnante e considerou descaracterizado esse item da autuação.

Concluo pela insubsistência da infração 05.

Logo, ante o expendido acima resta remanescente no presente Auto de Infração a exigência fiscal no valor de R\$15.835,20, na forma a seguir discriminada.

| | | | | |
|------------|-------------------|-------------------|------------------|----------------|
| 01 | 3.048,45 | 770,00 | 770,00 | PROC. EM PARTE |
| 02 | 8.428,88 | 64,55 | 0,00 | PROC. EM PARTE |
| 03 | 843,62 | 0,00 | 0,00 | IMPROCEDENTE |
| 04 | 178.498,83 | 135.297,41 | 15.065,20 | PROC. EM PARTE |
| 05 | 2.018,89 | 0,00 | 0,00 | IMPROCEDENTE |
| TOT | 192.838,67 | 136.131,96 | 15.835,20 | |

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração nº **088568.5154/13-0**, lavrado contra **M.B. ATACADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.835,20**, acrescido da multa de 60% previstas no art. 42, incisos VII, alíneas “b” e “a” e II alíneas “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA