

A. I. Nº - 298629.0001/15-9
AUTUADO - PLANETA NATURAL LTDA.
AUTUANTE - IARA ANTONIA DE OLIVEIRA ROSA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06/06/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0094-03/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS. Ajustes realizados pela autuante reduzem o valor originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. **b) FALTA DE RETENÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. c) VALOR CREDITADO A MAIS QUE O DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE.** Infrações reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/03/2015, exige crédito tributário no valor de R\$216.052,34, em razão das seguintes irregularidades:

- 1.07.01.02 – efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, nos meses de janeiro a novembro de 2010, no valor de R\$116.748,52, acrescido da multa de 60%;
2. 03.02.06 - recolheu a menos o ICMS em razão de utilização do benefício da redução da base de cálculo. Redução indevida nas saídas para contribuinte inapto, em desacordo com o art. 1º do Decreto 7799/00, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, no valor de R\$61.013,94, acrescido da multa de 60%;
3. 07.04.03 - deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas e subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2011 no valor de R\$29.282,92 acrescido da multa de 60%;
4. 01.02.05 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro, março, maio a dezembro de 2011, no valor de R\$7.450,12, acrescido da multa de 60%;
5. 01.02.03 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, no valor de R\$299,22, acrescido da multa de 60%, nos meses de janeiro, fevereiro, setembro, outubro e dezembro de 2010
6. 01.02.41 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de março, abril e junho de 2010, no valor de R\$1.257,62, acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento fls.101/104. Sintetiza os fatos que deram origem ao auto, descrevendo a infração 01 com o respectivo dispositivo legal. Diz que o Fiscal não apurou corretamente o valor supostamente devido pela empresa a título de ICMS, conforme se pode inferir da planilha que anexa.

Entende que o valor devido conforme apurado pelo fiscal, nesta infração, no importe de R\$ 116.748,52 está em descompasso com a realidade, e como se poderá perceber, o valor realmente devido é de R\$ 85.661,45, conforme as razões jurídicas que descortina.

Aduz que conforme proclamado pelo RICMS, o contribuinte deve efetuar o pagamento do ICMS, em determinadas mercadorias, aplicando o cálculo concernente à substituição tributária. Contudo, alguns produtos, constantes nas notas fiscais que cita, já vieram com ICMS substituto pago desde a origem, sendo incabível a autuação sobre estes produtos, nos termos descritos nesta infração.

Comenta que uma análise da planilha anexada (doc. 02), permite concluir que as mercadorias constantes nas notas fiscais n.º 4136, 4757, 4912, 6172, 6530, 7343, 8462, 8140, 8566, 9715, 9845, 10745, 10747, 11862 e 11891, tiveram o imposto retido desde sua saída, não sendo necessário aplicar o cálculo de substituição tributária sobre os referidos produtos. Aduz que basta olhar as referidas notas fiscais, que faz anexar (doc. 03), para se constatar que elas tiveram o ICMS pago nas suas respectivas saídas, dos respectivos estados da Federação.

Lembra que os fornecedores das notas fiscais referenciadas são indústrias, e pela sistemática do RICMS, efetuam o recolhimento do imposto na saída das mercadorias. Esse é, afinal, o conceito básico da substituição tributária.

Toma como exemplo a primeira das NF citadas, a 4136. Nela é possível verificar que a base de cálculo do ICMS é no valor de R\$9.277,60; por sua vez o valor do ICMS é de R\$ 1.113,31, sendo a base de cálculo do ICMS substituto no montante R\$ 3.260,79 e, por último, o valor do ICMS substituto é de R\$ 253,34.

Frisa que sobre todas as notas fiscais referidas, houve o pagamento do imposto em questão, bastando compulsá-las, sendo, portanto totalmente incabível a presente autuação. Em todas elas se verificará o equívoco demonstrado. Diz que acolher a autuação constante na Infração 01, no caso das notas citadas, acarretará para o contribuinte-impugnante um *bis in idem*, prática esta rechaçada pelo ordenamento jurídico tributário, especialmente pela Constituição Cidadã. Refuta parcialmente a Infração 01, constante na autuação combatida, por restar demonstrado que, nas notas fiscais elencadas e descritas, não houve recolhimento a menor de ICMS, haja vista que o mesmo foi devidamente pago na origem.

Por outro lado, pontua que algumas mercadorias, constantes em algumas notas fiscais que relaciona, foram devolvidas no mesmo mês de sua emissão, sendo a empresa Impugnante desobrigada de efetuar o cálculo da substituição tributária nesta hipótese. Aponta as notas fiscais de origem com as respectivas notas emitidas para devolução.

Assevera que em cada nota fiscal de devolução, no campo de “*informações complementares*”, consta a referência às notas de entrada de mercadorias, que se deu no mesmo mês, não sendo exigível proceder ao cálculo do ICMS substituto. Conclui que entender contrariamente, seria admitir que a impugnante teria de arcar com um imposto sobre um produto que não mais lhe pertence, haja vista que foram efetivamente devolvidos aos seus respectivos fornecedores no mesmo mês da emissão, como se infere das notas fiscais de emissão e devolução anexas (doc.04). Sustenta que neste quesito, merece reforma parcial a autuação, no que toca à infração 01, pelas razões expendidas.

Prossegue afirmando que, conforme descrito no termo da notificação fiscal guerreada, o fiscal entendeu que sobre as mercadorias, acompanhadas das notas fiscais n.º 198458, 199890, 2027, 3870 e 4978, que adentraram no estado da Bahia seria devido recolhimento do ICMS referente a substituição tributária. Todavia, como se poderá inferir da análise da planilha anexada (doc. 05), o

equívoco do preposto fazendário decorreu por indevidamente, considerar que todos os produtos por ele autuados, estariam sujeitos ao regime de substituição tributária do ICMS.

Cita os produtos castanha mista mixed e castanha do Pará descascada, como exemplo, que são classificados pelos códigos do NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul), respectivamente, 0813.50.00 (frutas secas misturadas) e 0801.22.00 (castanha do Pará sem casca), conforme anexo 01 do regulamento do ICMS, nenhum destes produtos se enquadram na sistemática da substituição tributária.

Salienta que basta olhar as referidas notas fiscais, que faz anexar (doc. 06), para se constatar a classificação dos códigos do NCM. Diz que não poderiam ser considerados sujeitos à substituição tributária do ICMS, mas sob o regime da antecipação parcial.

Requer que se julgue totalmente procedente a impugnação, para fins de julgar parcialmente procedente o auto de infração, especificamente no que se refere à infração 01, reduzindo o montante devido do ICMS, de R\$ 116.748,52 para R\$ 85.661,45.

A autuante prestou informação fiscal fls.183/186. Reproduz as infrações imputadas ao contribuinte. Transcreve resumidamente a defesa da impugnante. Consta que as infrações 02, 03, 04, 05 e 06 não foram contestadas pelo autuado.

Sobre as alegações do sujeito passivo a respeito da infração 01 afirma que sobre as notas fiscais nº 4136, 4757, 4912, 6172, 6530, 7343, 8462, 8140, 8566, 9715, 9845, 10745, 10747, 11862 e 11891 que tiveram o imposto retido desde sua saída, informa que existem nestas notas, produtos de NCM 1905.31.00 - bolachas e biscoitos, doces (adicionados de edulcorante) que foram tratadas nos cálculos das antecipações como chocolates. Tendo em vista que o emitente reteve o imposto das substituições nas notas fiscais, é contribuinte substituto no estado da Bahia, está localizado em Pernambuco e o produto encontra-se no Protocolo ICMS nº 50/05, acata o alegado pelo contribuinte. Diante disto, informa que foram retirados das planilhas de cálculos das antecipações, os produtos de NCM 1905.31.00 constantes das notas fiscais citadas.

Em relação às alegações do autuado referentes às notas fiscais de devoluções, esclarece que solicitou do autuado, através de emails, as notas fiscais nº 81784; 80891; 81785; 83392; 83391 e 86969, não eletrônicas de origem, que não foram anexadas ao PAF. Afirma que após análise das notas fiscais de devoluções e as de origem, retira do cálculo da antecipação, todos os produtos constantes das notas fiscais apontadas pela autuada.

Informa ainda, que após análises das notas fiscais de nº 198458, 199890, 2027, 3870 e 4978 apresentadas pelo contribuinte, o produto castanha Pará descascada classificado pelo código do NCM 0801.22.00 foi retirado dos cálculos das antecipações, porém os produtos: castanha mista mixed e ovinhos amendoim foram mantidos, visto que os NCMs que se encontram nas notas fiscais do fornecedor é o 2008.19.00 e 2008.11.00, os mesmos NCMs do item 29 do inciso II do art. 353 do decreto nº 6.284/97.

Por fim, diz que foram elaborados novos demonstrativos das antecipações, anexo I-A - resumo mensal da apuração da antecipação tributária 2010, anexo II-A - apuração da antecipação de produtos sem pauta 2010 e anexo III-A - apuração da antecipação de produtos com pauta 2010, gravados em CD-R e anexados a este PAF. Informa ainda, que todos os novos demonstrativos elaborados são em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada.

Conclui que conforme o parágrafo 8º do art. 126 do decreto é dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada.

Finaliza esclarecendo que o valor do débito da infração 01 foi recalculado para R\$ 85.836,04 e mantidos os valores para as demais infrações, de acordo com os dispositivos legais aplicáveis, razão pela qual reconhece a procedência parcial do auto de infração, e o submete ao Conselho de Fazenda do Estado.

Às fls. 189/194 dos autos, consta extrato do SIGAT/SICRED com parcelamento referente às parcelas reconhecidas pelo autuado.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito fiscal relacionado ao ICMS no montante de R\$216.052,34, relativo a seis irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, sendo impugnada parcialmente a infração 01, que trata do recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado da Bahia.

As demais infrações não foram impugnadas, razão pela qual, ficam mantidos os itens 02, 03, 04, 05 e 06, considerando que sobre os mesmos não existe litígio.

Preliminarmente verifico que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

O defendente em sua impugnação, alegou que mercadorias constantes nas notas fiscais que relacionou, tiveram o imposto retido desde sua saída pelo fornecedor, conforme se verifica nos próprios documentos fiscais; pontuou que algumas mercadorias, constantes em notas fiscais que listou, foram devolvidas no mesmo mês de sua emissão, de acordo com as notas fiscais de origem com as respectivas notas emitidas para devolução e com destaque para o fato, no campo de “*informações complementares*”. Além disso, apontou no levantamento fiscal, as notas fiscais n.º 198458, 199890, 2027, 3870 e 4978, que arrolavam mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária.

A autuante na informação fiscal esclareceu que de fato, o sujeito passivo enumerou documentos fiscais que tiveram o imposto retido desde sua saída, referente a NCM 19053100 - bolachas e biscoitos, doces (adicionados de edulcorante) que foram tratadas nos cálculos das antecipações como chocolates. Tendo em vista que o emitente reteve o imposto das substituições nas notas fiscais, é contribuinte substituto no estado da Bahia, está localizado em Pernambuco e o produto encontra-se no Protocolo ICMS nº 50/05, acata o alegado pelo contribuinte.

No que diz respeito a notas fiscais devolvidas, afirmou que durante a ação fiscal, por serem não eletrônicas de origem, embora tenha solicitado, o autuado não as apresentou. Pelas provas apresentadas na defesa, disse que após análise das notas fiscais de devoluções e as de origem, retirou do cálculo da antecipação, todos os produtos constantes destes documentos.

Sobre a alegação de que constaria no levantamento fiscal mercadoria fora do regime de substituição tributária, informou que após análises das notas fiscais de nº 198458, 199890, 2027, 3870 e 4978 apresentadas pelo contribuinte, retirou dos cálculos os produtos ali apontados, com exceção de castanha mista mixed e ovinhos amendoim que foram mantidos, visto que os NCMS registrados nas notas fiscais do fornecedor é o 2008.19.00 e 2008.11.00, respectivamente, os mesmos NCMS do item 29 do inciso II do art. 353 do decreto nº 6.284/97.

Da análise dos argumentos defensivos e dos documentos trazidos ao processo, conjuntamente com a apreciação da informação fiscal, concordo com o posicionamento da autuante e constato que o autuado logra êxito em elidir parcialmente esta acusação fiscal.

Dessa forma, acolho os novos demonstrativos elaborados pela autuante na informação fiscal, conforme CD fl.187 visto ser posicionamento em conformidade com a legislação vigente. A infração 01 é parcialmente procedente remanescendo em R\$ 85.836,03.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

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 **298629.0001/15-9**, lavrado contra **PLANETA NATURAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$185.139,85**, acrescido das multas de 60% previstas nos incisos II, alíneas "a", "d", "e", e VII, alínea "a" do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR