

PROCESSO - A. I. Nº 232185.1003/14-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e JUDITH ALVES CARNEIRO (CENTRAL DISTRIBUIDORA) – ME
RECORRIDOS - JUDITH ALVES CARNEIRO (CENTRAL DISTRIBUIDORA) – ME e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0165-03/16
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/07/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0206-12/17

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO TOTAL. As bebidas autuadas não se enquadram em nenhuma das exceções previstas no art. 16, inciso II, alínea “b” da Lei 7.014/96, o que impõe a aplicação da alíquota de 25%. Infração parcialmente elidida. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **b.1)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b.2)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Contribuinte logra êxito em elidir parcialmente a autuação. Infrações parcialmente caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recursos voluntário e de Ofício interposto em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0165-03/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 232185.1003/14-4, lavrado em 29/12/2014, para exigir ICMS no valor histórico de R\$1.620.381,01, em decorrência das seguintes irregularidades.

Infração 01 - 07.01.02. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$1.491.036,77 acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 07.15.02. Recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização, nos meses de fevereiro e julho de 2012, fevereiro, março, junho a outubro de 2013. Exigido o valor de R\$94.319,00 acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 07.15.01. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação destinadas a comercialização, no mês de novembro de 2013. Exigido o valor de R\$35.025,24, acrescido da multa de 60%.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 17/08/2016 (fls. 3121 a 3132) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito fiscal de ICMS em decorrência do cometimento de três infrações, consoante descrição circunstanciada enunciada no preâmbulo do relatório.

Inicialmente consigno que no presente processo inexistente qualquer violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como constato que não figuram presentes nos autos, qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99 que pudesse inquiná-lo de nulidade.

No mérito, a infração 01 cuida do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, consoante demonstrativo de débito acostado às 09 a 109.

O impugnante em sua defesa apresentou um elenco de inconsistências no levantamento fiscal desse item da

autuação as quais depois de examinadas as correspondentes comprovações foram objeto de correção pelo autuante que resultou na elaboração de novos demonstrativos de apuração e de débito.

Verifico que não foram acatadas pelo autuantes as operações de devoluções não comprovadas pelo autuado e as notas fiscais relativas às aquisições de farinha de trigo do fornecedor cearense, J. Macedo - Un. Fortaleza, que não apresenta inscrição de substituto tributário, não destaca o ICMS nos DANFES em favor do Estado da Bahia e nem junta a GNRE paga. Logo, assiste razão ao autuante, eis que procedera corretamente, ante a falta de comprovação do imposto retido.

Depois de examinar as correções efetuadas pelo autuante constato que foram acolhidas as alegações devidamente comprovadas apresentadas pelo autuado, portanto acolho o novo demonstrativo de débito elaborado e acostado às fls. 3013 e 3014, que reduz o valor da exigência para R\$976.462,47, conforme abaixo discriminado.

Nestes termos, concluo pela caracterização parcial da infração 01.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01 - 2012					DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01 - 2013				
Data Ocorr.	Base de Cálculo	ALIQ %	Multa %	Valor Histórico	Data Ocorr.	Base de Cálculo	ALIQ %	Multa %	Valor Histórico
31/01/2012	196.724,41	17	60	33.443,15	31/01/2013	205.411,88	17	60	34.920,02
29/02/2012	174.337,65	17	60	29.637,40	29/02/2013	408.812,41	17	60	69.498,11
31/03/2012	17.631,29	17	60	2.997,32	31/03/2013	200.753,18	17	60	34.128,04
30/04/2012	201.105,76	17	60	34.187,98	30/04/2013	144.073,88	17	60	24.492,56
31/05/2012	144.959,94	17	60	24.643,19	31/05/2013	394.280,71	17	60	67.027,72
30/06/2012	313.259,47	17	60	53.254,11	30/06/2013	407.526,53	17	60	69.279,51
31/07/2012	278.393,53	17	60	47.326,90	31/07/2013	301.017,29	17	60	51.172,94
31/08/2012	92.609,00	17	60	15.743,53	31/08/2013	388.958,00	17	60	66.122,86
30/09/2012	350.887,59	17	60	59.650,89	30/09/2013	336.204,53	17	60	57.154,77
30/10/2012	304.619,88	17	60	51.785,38	30/11/2013	135.144,76	17	60	22.974,61
30/11/2012	359.761,76	17	60	61.159,50	31/12/2013	93.055,18	17	60	15.819,38
31/12/2012	294.368,24	17	60	50.042,60	TOTAL 2013				
TOTAL 2012				463.871,95	TOTAL DA INFRAÇÃO 01				976.462,47
						463.872	512.590,52		

A infração 02 imputa ao autuado o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização, conforme demonstrativo às fls. 110 a 130.

Em sede defesa, o impugnante apresentou diversas incongruências no levantamento fiscal discriminando em planilhas, recolhimentos efetuados através de DAEs e apontando notas fiscais de simples remessa, notas fiscais de devolução, notas fiscais de retorno de vasilhame, produtos com tributação equivocada (margarina, leite em pó e papel higiênico) arrolados no levantamento fiscal.

Ao prestar informação fiscal, o autuante não acatou alegação das operações de devoluções, cujas comprovações não fora trazidas aos autos pelo defendente durante o transcurso do processo, o autuante acatou todas as alegações devidamente comprovada refazendo o demonstrativo de apuração e de débito, que colaciona aos autos, reduzindo o valor do débito para R\$58.568,63.

Intimado a tomar ciência da última informação fiscal prestada contemplando a correção das alegações devidamente comprovadas, o sujeito passivo não se manifestou no prazo regulamentar.

Analisando os documentos apresentados, observo que a intervenção do autuante na correção e ajuste do demonstrativo de apuração e de débito está lastreada nas provas carreadas aos autos e coaduna com a legislação de regência.

Conforme expandido, acolho o novo demonstrativo de débito da infração 02 elaborado pelo autuante, fl. 2014, que reduz o valor da exigência atinente a esse item da autuação para R\$58.568,63, conforme discriminação que se segue.

Nestes termos, a infração 02 subsiste parcialmente, conforme discriminado a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 02				
Data Ocorr.	Base de Cálculo	ALIQ %	Multa %	Valor Histórico
31/08/2013	23.537,71	17	60	4.001,41
30/09/2013	191.327,65	17	60	32.525,70
31/10/2013	129.656,00	17	60	22.041,52
			TOTAL	58.568,63

Trata a infração 03 da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização, de acordo com os demonstrativos apensado às fls.130 a 132.

Com base nos mesmos argumentos articulados pelo impugnante em suas razões de defesa e na manifestação acerca da informação fiscal para a infração 02, autuante procedeu às correções e ajustes pertinentes a esse item da autuação, precipuamente em relação à tributação aplicável aos produtos margarina, leite em pó e papel higiênico.

Depois das duas intervenções o autuante apresentou o novo demonstrativo de débito, fls. 3015, contemplando todas as alegações da defesa que restaram devidamente comprovadas através da documentação carreada aos autos pelo defendente. Com as retificações o valor do débito originalmente lançado foi reduzido para R\$24.996,24.

Do exame na documentação carreada aos autos pelo defendente para lastrear suas alegações, verifico que os ajustes efetuados pelo autuante correspondem às comprovações dos equívocos e omissões constantes do levantamento fiscal. Portanto, acolho o novo demonstrativo de apuração e de débito elaborado pelo autuante, conforme reprodução abaixo.

Assim, concluo pela subsistência parcial do item 03 da autuação.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 03				
Data Ocorr.	Base de Cálculo	ALIQ %	Multa %	Valor Histórico
30/11/2013	147.036,71	17	60	24.996,24
			TOTAL	24.996,24

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

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 3ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário às fls. 1376 a 1386, mediante o qual deduz as alegações que seguem.

Relativamente à Infração 1, ressalta que o valor lançado foi de R\$1.491.036,77. Embora o autuante tenha reduzido o débito para R\$1.002.250,01, Informa que a JJF alterou o valor lançado para R\$1.060.027,34. Destaca que o lançamento não tem uma segurança jurídica. Explica que a decisão recorrida não fez nenhuma alteração no auto de infração, concordando plenamente com as alterações feitas pelo ilustre auditor fiscal. Explica que abordará as infrações mês a mês, detalhando cada fato ocorrido, acostando ao processo as provas cabíveis, provando que não houve os ilícitos.

Na infração de nº 1, referente ao mês de janeiro de 2012, informa que os julgadores concordaram com as alterações feitas pelo autuante, persistindo o valor de R\$33.443,15. Explica que vai remanejar as ocorrências feita pelo ilustre auditor, do início da infração até termino de seu parecer final.

Inicia, afirmando que o auditor fiscal alterou seus cálculos, apurando o imposto a recolher no valor de R\$33.443,15, conforme cálculo que reproduz à folha 3145.

Afirma discordar dos cálculos efetuados, referentes às notas fiscais da empresa ARBOR BRASIL IND. DE BEBIDAS LTDA, Nota fiscal de nº 89.133 e 89.368, onde o auditor aplicou o MVA de 64,64% e alíquota de 12% e 27%. Argumenta que de acordo com o RICMS BA (1997), o art. 50 determina que a alíquota de ICMS nas operações internas é 17%, exceto nas hipóteses previstas no próprio artigo.

No que diz respeito às bebidas alcoólicas (art. 51, inciso II, alínea “b”), o RICMS determina uma alíquota de 25% (+2% de fundo de pobreza) e elenca as bebidas alcoólicas de forma literal com sua respectiva classificação fiscal, que estariam sujeitas a esta alíquota, conforme itens que exemplifica. Reproduz o dispositivo regulamentar citado.

Deste modo, conclui que a alíquota a ser utilizada para os produtos com NCM 2206 foi a geral, ou seja, 17% e não 25% (+2% de fundo de pobreza). Ajustando o MVA com a alíquota de 17%, defende a aplicação de um percentual de 44,59%, conforme cálculos que reproduz à folha 3147, para as notas fiscais 89.133 e 89.368. Encontra um valor a recolher de R\$19.940,71.

Quanto ao mês de fevereiro/12, procede da mesma forma, ou seja, apresentando os cálculos que entende corretos, chegando a um valor de R\$20.667,44.

Para o mês de março/12, encontra o valor de R\$5.350,33, tendo apresentado, igualmente, planilha demonstrativa do cálculo que entende correto.

Apresentou, a seguir, planilhas demonstrativa dos cálculos que entende corretos para os meses de abril a agosto de 2012, encontrando valores de R\$21.768,97 (abr/12), R\$14.446,93 (mai/12), R\$42.502,10 (jun/12), R\$37.940,46 (jul/12) e R\$12.197,21 (ago/12).

Com referencia às notas fiscais de Farinha de trigo listrada pertencente a um mesmo distribuidor (J. Macedo S/A – UM Fortaleza), informa que solicitou, do fornecedor, as guias de recolhimento do imposto, ponderando, contudo, que o ilustre auditor poderia solicitar, da empresa J. Macedo, as guias de recolhimento, assim evitaria tais transtornos.

Com referencia as notas fiscais de devolução, onde o auditor persiste em cobrar o ICMS (pelo motivo de a empresa não haver anexado as devidas notas fiscais de devolução), informa que está anexando as notas fiscais citadas.

Arremata a sua peça recursal, solicito que o Auto de infração seja julgado PROCEDENTE EM PARTE, com as retificações aqui apresentadas.

Nestes termos, pede deferimento.

VOTO

Quanto ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 3ª JF (Acórdão Nº 0165-03/16), desonerou o sujeito passivo, reduzindo o valor lançado de R\$1.620.381,01 para R\$1.060.027,34, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, observo que a redução do valor lançado está relacionada à decretação da procedência parcial das infrações 1, 2 e 3, sendo este o objeto do presente recurso.

Quanto à Infração 1, a redução do valor lançado decorreu do acolhimento parcial, por parte do autuante, das alegações defensivas. A autoridade fiscal refez o demonstrativo de débito, após examinar os cálculos e examinar a vasta documentação, acostados ao processo pelo contribuinte (folhas 188/2937). A questão resume-se, assim, ao exame das provas, fartamente produzidas pela empresa autuada. A Junta de Julgamento Fiscal acolheu os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, não merecendo, assim, reparo a decisão de piso no que se refere à Infração 1.

Quanto à Infração 2, a redução do valor lançado está associada, igualmente, ao acolhimento parcial, por parte do autuante, das alegações defensivas, após o exame das provas acostadas ao processo. Assim, a redução da exigência fiscal está devidamente apoiada em documentos comprobatórios. A Junta de Julgamento Fiscal acolheu os novos demonstrativos de débito, refeitos pelo autuante, não merecendo reparo a decisão de piso.

Quanto à Infração 3, a redução do débito está associada ao acolhimento das razões defensivas, especialmente as pertinentes às mercadorias “margarina”, “leite em pó” e “papel higiênico”, resultando no refazimento do demonstrativo de débito, devidamente acolhido pela decisão da JF, a qual se encontra correta. Mantida a decisão recorrida.

Assim, entendo que restou acertada a decisão da JF, em função do que nego provimento ao recurso de ofício.

Quanto ao recurso voluntário, o sujeito passivo se insurge, exclusivamente, em relação à Infração 1, sendo este o objeto do presente recurso.

A recorrente concentra a sua divergência em relação a dois pontos. Primeiramente, alega que a alíquota a ser utilizada para as operações internas com as bebidas de NCM 2206 é 17%, e não 25%, como calculou o autuante. Depois, ataca a MVA utilizada, pois entende que o índice correto é 44,59%, em lugar de 64,64%.

Pois bem, quanto à alíquota aplicável às operações com as bebidas de código NCM 2206 (objeto da presente autuação), noto que a alínea “b” do inciso II do artigo 16 da Lei 7.014/96 previa (na sua redação originária, vigente no período da autuação) a alíquota de 25% para todas as bebidas, exceto cervejas, chopes ou aguardentes, conforme se lê abaixo.

“Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

...

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

...

b) bebidas alcoólicas, exceto cervejas, chopes, aguardentes de cana ou de melão e outros aguardentes simples;

...”

Considerando que as bebidas autuadas não se enquadram em nenhuma das exceções acima, entendo que a alíquota aplicável deve ser, efetivamente, de 25%, em conformidade com o cálculo perpetrado pela autoridade fiscal.

A conclusão diversa não se chega ao se examinar o RICMS/97, que vigeu nos três primeiros meses do período autuado. De fato, embora a definição da alíquota aplicável decorra, necessariamente, de lei, noto que o RICMS/97 (vigente de janeiro a março de 2012) disciplinou a matéria, no que se refere às bebidas alcoólicas com alíquotas de 25%, conforme o seu art. 51, inciso II, alínea “b”, abaixo transcrito.

“Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

...

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

...

b) bebidas alcoólicas (exceto cervejas, chopes, aguardentes de cana ou de melão e outras aguardentes simples), a saber:

1 - vinhos enriquecidos com álcool, inclusive champanha, mostos de uvas com adição de álcool, mistelas - NCM 2204;

2 - vermouths e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou por substâncias aromáticas (quinados, gemados, mistelas) - NCM 2205;

3 - aguardentes de vinho ou de bagaço de uvas (conhaque, pisco, bagaceira ou graspa) - NCM 2208.20.00;

4 - uísque - NCM 2208.30;

5 - rum e tafiá - NCM 2208.40.00 -, exceto aguardente de cana (caninha), aguardente de melão (cachaça), aguardente simples de agave ou de outras plantas (tequila e semelhantes), aguardente simples de frutas (de cidra, de ameixa, de cereja, etc.) e outras aguardentes simples;

6 - aguardentes compostas de alcaçô, de gengibre, de cascas, de folhas, de polpas, de raízes ou de óleos ou essências naturais ou artificiais, e aperitivos amargos - NCM 2208.90.00;

7 - gim e genebra - NCM 2208.50.00;

8 - vodka - NCM 2208.60.00;

9 - licores e batidas - NCM 2208.70.00;

...”

Embora não houvesse previsão expressa (de janeiro a março de 2012) para a aplicação da alíquota de 25% para as operações com as bebidas de NCM 2206, não vejo óbice para que seja dispensado o mesmo tratamento dados às demais bebidas, pois a relação acima é meramente exaustiva. Nesse sentido, não acolho a alegação recursal para aplicar a alíquota de 17% sobre as bebidas com NCM 2206,

Quanto à alegação recursal relativa à MVA aplicável às operações com bebidas, noto que a MVA aplicável genericamente às bebidas é de 64,40%, para as operações cuja alíquota de origem tenha sido de 7% (como é o caso das operações autuadas). Aplica-se a MVA de 44,59% (conforme pleiteia a Recorrente), apenas para as aquisições de aguardentes com NCM 2208.40.00, conforme itens 2 e 2-A do Anexo 88 do RICMS/97 (regra que permaneceu no RICMS/12), abaixo reproduzido.

“ANEXO 88

MARGENS DE VALOR ADICIONADO (MVA) PARA ANTECIPAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

ITEM	MERCADORIA	MVA (%)
...		
2	Bebidas alcoólicas, exceto cervejas, chopes, aguardentes de cana e outras aguardentes	simples Interna: 29,04% Alíq. origem 7%: 64,40% Alíq. origem 12%: 55,56%
2-A	Aguardentes de cana e outras aguardentes simples - NCM 2208.40.00	Interna: 29,04% Alíq origem 7%: 44,59% Alíq origem 12%: 36,81%
...		

Ora, como não há mercadoria autuada que se enquadre na situação descrita no item 2-A, entendo, por consequência, que a MVA aplicada pela fiscalização foi correta.

Assim, nego provimento ao Recurso Voluntário.

Ex-positis, NEGO PROVIMENTO a ambos os recursos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232185.1003/14-4, lavrado contra **JUDITH ALVES CARNEIRO (CENTRAL DISTRIBUIDORA) – ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.060.027,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS