

PROCESSO - A. I. N.º 088502.0005/11-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CORREIA ANDRADE SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDOS - CORREIA ANDRADE SUPERMERCADOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0141-01/16
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/07/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0210-12/17

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO. Restou comprovado descaber parte da exigência por coincidir a alíquota nas operações internas e interestaduais. Mantida a Decisão recorrida; b) MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. Comprovado tratar-se de material de embalagem e não de material de uso ou consumo. Modificada a Decisão recorrida. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL ESCRITURADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Comprovado que as operações foram regularmente tributadas. Mantida a Decisão recorrida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. Mercadorias não se caracterizam como para uso e consumo. Mantida a Decisão recorrida; b) AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Comprovado tratar-se de material de embalagem. Modificada a Decisão recorrida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Acolhida parte das razões recursais. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recursos **PARCIALMENTE PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0141-01/16, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido, consoante art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$ 118.456,40, em razão da constatação de seis irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 1, 3, 4 e 6, e objeto do Recurso Voluntário as exações 2, 5 e 6, as quais são descritas a seguir:

INFRAÇÃO 01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 7.202,99, referente ao diferencial de alíquotas nas compras interestaduais efetuadas para o ativo imobilizado, realizadas nos exercícios de 2008 e 2009;

INFRAÇÃO 02 - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 79,55, referente ao diferencial de alíquotas nas compras interestaduais efetuadas para o uso e consumo do estabelecimento, realizadas nos meses de setembro de 2008 e agosto de 2009;

INFRAÇÃO 03 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 65.054,92, nas vendas efetuadas através de ECFs nos exercícios de 2008 e 2009, conforme planilhas demonstrativas;

INFRAÇÃO 04 - Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS, no valor de R\$ 6.006,90, nas compras de material de uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a maio e setembro de 2008, conforme

anotações no Livro Registro de Entradas, detalhado nas planilhas elaboradas;

INFRAÇÃO 05 - Utilizou indevidamente o ICMS, vez que de forma integral, no valor de R\$ 959,56, nas compras para o ativo imobilizado da empresa, nos exercícios de 2008 e 2009, conforme lançado no Livro Registro de Entradas, detalhado nas planilhas que apresenta;

INFRAÇÃO 06 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 39.152,48, referente à substituição tributária de mercadorias elencadas nos anexos 88 e 89 do RICMS, no exercício de 2008 e meses de fevereiro, abril, junho, setembro a dezembro de 2009, conforme planilhas.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$18.587,202, após rejeitar as preliminares de nulidade, diante dos seguintes entendimentos:

Em relação à infração 1, foi consignado que o autuado contesta o lançamento relativo às Notas Fiscais nºs 7217 e 695914, sob o argumento de que tendo sido adquiridas no Estado de Minas Gerais, sendo que, no Estado da Bahia a alíquota interna para tais bens é 12% (doze por cento), conforme previsto no artigo 51, III, do RICMS/97, e as regras de faturamento de veículo direto para o consumidor estão indicadas nos artigos 682-A a 682-E do RICMS-BA e no Convênio ICMS 51/00.

Aduz a JJF que somente seria devido o pagamento da diferença de alíquotas quando a alíquota interna deste Estado fosse superior à alíquota da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais, hipótese que não se configura, sendo tal argumentação aceita pelo autuante, o qual excluiu os valores dos mencionados documentos do lançamento. Ainda a JJF observou que o vendedor efetuou a substituição tributária, constando tal indicação do campo “observações” dos documentos fiscais emitidos, motivos pelos quais julgou a infração procedente em parte, no valor de R\$411,21.

Quanto à exação 2, a JJF a julgou procedente visto que os documentos fiscais citados pelo autuado como pagos o ICMS da diferença de alíquota não possuem qualquer correlação com os arrolados na infração.

Inerente à infração 3, após realização de inúmeras diligências, a JJF concluiu pela improcedência da exação, diante das seguintes considerações:

Com efeito, se num primeiro momento a infração poderia aparentar substância, com a apresentação de arquivos eletrônicos retificados, especialmente em relação aos registros 60R, somente com apresentação das fitas detalhes em seus originais, espancou qualquer dúvida em relação à matéria, qual seja, a de que a tributação dos produtos nas saídas foi correta, a exemplo daqueles submetidos à substituição tributária, como querosene, lubrificantes, bolos e tortas a base de farinha de trigo, ou isentos, como frutas in natura (castanha-do-pará, ameixa), por força de obediência ao regramento normativo, motivo pelo qual me alinho ao entendimento do autuante, julgando a mesma improcedente.

No tocante à infração 4, a JJF concluiu pela improcedência da exação, considerando que, dos documentos fiscais trazidos em sede defensiva, se constata tratarem-se de materiais de embalagem, tipo: sacolas, sacos picotados, filme, etiquetas, rolos tinteiros, o que enseja o direito ao crédito fiscal, conforme previsto no art. 93, I, “a” do RICMS/97, então vigente.

Já na infração 5, a decisão foi fundamentada nas seguintes considerações:

Quanto à infração 5, a sua base é o demonstrativo de fls. 356 a 359, sendo a tese defensiva a de que o autuante também cometeu enganos no levantamento das informações, diante da análise do livro Registro de Apuração do ICMS, no qual se verifica que a empresa não apropriou créditos nas aquisições de ativos permanentes em relação aos CFOP 1551 ou 2551, e a exemplo da infração anterior, o auditor fiscal assinalou com carimbo a verificação dos lançamentos dos créditos nos livros Registro de Apuração do ICMS.

Nesta, os argumentos do autuante, em sua informação fiscal, são os mesmos adotados para a infração anterior, sendo que neste caso, os documentos fiscais não vieram ao feito.

A simples negativa do sujeito passivo, sem qualquer outro elemento de prova que viesse a robustecer as alegações, tendo em vista que na sua peça nota-se que não teve o mesmo empenho e diligência em relação às demais infrações elencadas, trouxe apenas cópias do livro de entradas de mercadorias, que, ao seu entender, comprovariam que não se apropriara dos créditos fiscais nas operações com os Códigos Fiscais de Operações (CFOP) 1551 ou 2551.

Entendo que tal argumento é por demais frágil. Em primeiro lugar, não se questiona o CFOP da operação. Em segundo, nada impede que determinadas entradas, sejam escrituradas com outros CFOPs que possibilitem a

apropriação do crédito fiscal, o que tudo indica ser a prática adotada pelo sujeito passivo, diante da falta de maiores elementos que viessem a descaracterizar a acusação, não se desincumbindo do seu ônus em provar a negativa do cometimento da infração de forma satisfatória.

Desta maneira, entendo perfeitamente aplicável o disposto no RPAF/99, artigos 142 e 143 do RPAF/99, os quais, respectivamente, estabelecem que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, motivo pelo qual julgo a infração procedente.

Por fim, a decisão pela procedência parcial, no valor de R\$17.136,88, relativa à infração 6, decorreu das seguintes considerações:

Por último, na infração 6, o sujeito passivo impugna os lançamentos sob o argumento de ter sido incluídos nos levantamentos produtos não alcançados pelo regime de substituição tributária, prevista no artigo 353 do RICMS-BA, apontando inconsistências nos levantamentos.

Discute-se, como já visto, a falta de recolhimento do ICMS referente à substituição tributária de mercadorias elencadas nos anexos 88 e 89 do RICMS, além da arguição de cerceamento de defesa, já enfrentada anteriormente, no que o autuante, após exame de diversos argumentos e documentos trazidos devidamente pelo contribuinte, acatou-os parcialmente.

No caso dos preservativos, muito embora a tese defensiva seja a de que o produto preservativo seja isento, devidamente acatada pelo autuante, o RICMS/97 vigente à época dos fatos, no artigo 353, inciso II, determinava que também integram o regime de substituição tributária produtos farmacêuticos medicinais especificados no item 13.7 do inciso II do artigo 353, dentre os quais preservativos, na forma determinada nos Convênios ICMS 76/94 e Protocolo ICMS 105/09.

Ademais, a isenção reportada pelo sujeito passivo, não é incondicional, e sim, está sujeita a condicionante, conforme se denota da redação do artigo 32, inciso XVII do mencionado RICMS/97, na redação estabelecida pelo Decreto nº 10.333, de 26/04/07, com vigência até 31/10/2011, período abarcado pela fiscalização:

“até 31/12/11, nas operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98)”.

Desta forma, contrariamente ao entendimento do autuado, no que o autuante concordou, o produto preservativo à época dos fatos encontrava-se sujeito à substituição tributária, motivo pelo qual não poderia ser retirado do levantamento.

Tal fato poderia importar na realização de nova diligência, para reintegração dos valores relativos a tal produto no levantamento, todavia, em nome do princípio da economia processual, e à vista da quantidade de diligências já realizadas ao curso do demorado trâmite processual, faço tal ajuste, de plano, reincluindo as operações com preservativos, tomando como base o demonstrativo encartado no CD de fl. 1.892.

Quanto aos demais produtos inicialmente arrolados, ao longo da instrução processual as parcelas foram sendo ajustadas, tendo em vista o fato de que foram retirados diversos produtos indicados pela defesa, em suas diversas manifestações.

Da mesma forma, necessária a retirada do demonstrativo, do produto “lasanha”, diante da previsão contida no artigo 353, inciso II, item 11.4.1 - macarrão, talharim, espagete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1;

Quanto à reclamação da manutenção do produto “tintas” no demonstrativo, tal alegação não foi constatada na planilha encartada à fl. 1.892, qual seja, a última acostada pelo autuante.

O mesmo diz respeito ao produto “carré de porco”, igualmente não localizado nas planilhas já depuradas elaboradas pelo autuante.

A retificação dos valores realizada pelo autuante detalhada nos demonstrativos de fls. 1.877 a 1.890, deve ser acolhida, com as ressalvas do produto preservativo e lasanha, por representar a verdade material trazida ao processo, diante da apresentação dos argumentos e documentos pelo sujeito passivo, e o acatamento por parte do autuante.

Isso, diante do fato de que produtos como balas, chocolates/ovos de páscoa e algodão serem produtos para os quais a legislação tributária impõe o pagamento do imposto por substituição tributária, nos termos do artigo 353, inciso II do RICMS/97, nos itens, 8.3 (até 31 de dezembro de 2008), 8.5 (com as NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00), e 13.3, respectivamente, apenas para mencionar estes, exemplificativamente.

Pelos motivos e argumentos expostos, julgo a infração 6 parcialmente procedente, na forma do seguinte

demonstrativo: (...)

Assim, a JJF concluiu pela procedência parcial do Auto de Infração no montante de R\$18.587,20, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 1.981 a 1.985 dos autos, o recorrente apresenta as seguintes alegações:

Arguiu preliminar de nulidade da intimação acerca do Acórdão sob a alegação de que o relator elaborou novos demonstrativos de débito sem que estes tenham sido juntados ao acórdão apresentado ao autuado, devendo a intimação ser considerada nula, por falta de elementos essenciais para a ampla defesa, visto que a peça de recurso não analisou tal demonstrativo, baseando-se nos demonstrativos de fls. 1.877 a 1.890, os mesmos citados pelo relator. Também o recorrente aduz que a intimação não foi apresentada ao seu advogado, como requerido, o que o prejudicou em sua defesa em relação aos prazos

Em seguida, em relação às infrações 1, 3 e 4, o recorrente requer a manutenção da decisão de piso.

Inerente à infração 2, o recorrente aduz que, em relação à Nota Fiscal nº 29.850, de 1º/09/2008, trata-se de material de embalagem, sendo devido antecipação parcial e não diferença de alíquota como lançado pelo autuante, visto que as mercadorias adquiridas foram saco de papel para embalagem de mercadorias comercializadas, do que destaca nela haver anotação de próprio punho relativo ao valor da antecipação parcial devido (R\$109,89). Já em relação à Nota Fiscal nº 96.026, de 27/07/2009, esta foi escriturada no livro Registro de Entradas de agosto de 2009, conforme documento em anexo, com CFOP 2949, não se destinando o produto adquirido para uso ou consumo no estabelecimento.

Quanto à infração 5, o recorrente destaca que na sua impugnação foi dito que, da análise dos livros Registro de Apuração do ICMS dos meses indicados, não apropriou créditos nas aquisições de ativos permanentes, em relação aos CFOP 1551 ou 2551, do que ressalta que o próprio autuante não apresenta elementos probantes de suas acusações, como, por exemplo, as páginas dos livros Registro de Entradas com as notas fiscais escrituradas e os créditos apropriados. Contudo, para dirimir as dúvidas, juntou, em arquivos eletrônicos no formato "pdf", os livros Registros de Entradas de abril, maio, junho, julho, agosto e outubro de 2008 e janeiro, junho e julho de 2009. Ressalta ainda que, conforme fls. 356 dos autos, a ocorrência referente a abril/2008 foi lançado com data de ocorrência 31/01/2008 no Auto de Infração e a ocorrência referente a maio/2008 foi lançada com data de ocorrência 28/02/2008.

Em relação à infração 6, o recorrente teceu as seguintes alegações:

[...]

Em seu voto, o relator do Acórdão em referência assim manifestou:

Quanto à reclamação da manutenção do produto “tintas” no demonstrativo, tal alegação não foi constatada na planilha encartada à fl. 1.892, qual seja, a última acostada pelo autuante.

O mesmo diz respeito ao produto “carré de porco”, igualmente não localizado nas planilhas já depuradas elaboradas pelo autuante.

Ao analisarmos os documentos de fls. 1877 a 1891, as últimas planilhas recebidas pela autuada, observamos a ocorrência de “carré de porco” às fls. 1882, por exemplo, e a ocorrência de “tintas” às fls. 1881, 1883 e 1890.

Outros erros ainda persistem. São eles:

a) produtos não sujeitos à substituição tributária: foram considerados produtos não sujeitos à substituição tributária, conforme tabelas a seguir. Em relação às bebidas alcoólicas, vale ressaltar que até 31/03/2009 estas estavam excluídas da substituição tributária e a partir de 1º/04/2009 até 31/12/2009 a substituição tributária alcançou somente as bebidas alcoólicas das posições 22.05 e 22.08 da NCM, com as ressalvas contidas no art. 353, II, item 2, do RICMS-BA. Dessa forma, as bebidas alcoólicas “vinho” e “espumante”, NCM 2204, não estavam alcançadas pela substituição tributária em 2008 e 2009. O Anexo 88 do então RICMS assim tratou:

1	Cigarros, cigarrinhas, charutos e fumos industrializados	30	10
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%	
Nota 4: A redação atual do item 2 foi dada pelo Decreto nº 11982, de 24/02/10, DOE de 25/02/10, efeitos a partir de 25/01/10.			
Nota 3: Redação anterior dada ao item 2 pelo Decreto nº 11806, de 26/10/09, DOE de 27/10/09, efeitos de 01/01/10 a 24/02/10.			
"2	Bebidas alcoólicas - NCM 2204, NCM 2205, NCM 2206.00, NCM 2207 e NCM 2208	Interna: 29,04% Alíq. origem 7%: 64,40% Alíq. origem 12%: 55,56%"	
Nota 2: Redação anterior dada ao item 2, tendo sido revigorado pelo Decreto nº 11.462, de 10/03/09, DOE de 11/03/09, efeitos de 01/04/09 a 31/12/09:			
"2	Bebidas alcoólicas classificadas nas posições NCM 2205 e 2208, exceto aguardente de cana e de melaço	Do Sul/Sudeste, exceto do Espírito Santo: 64,40%; Dos Demais Estados e do Espírito Santo: 55,56%; Internas: 29,04 %"	
Nota 1: O item 2 foi revogado pelo Decreto nº 9.547, de 20/09/2005, DOE de 21/09/2005), efeitos de 01/10/05 a 31/03/09.			
"2	Bebidas alcoólicas, exceto cervejas e chopes	60	40

Na TIPI encontramos os NCM para vinhos e espumantes:

22.04	Vinhos de uvas frescas, incluindo os vinhos enriquecidos com álcool; mostos de uvas, excluindo os da posição 20.09.	
2204.10	- Vinhos espumantes e vinhos espumosos	
2204.10.10	Tipo champanha (<i>champagne</i>)	20
2204.10.90	Outros	20
2204.2	- Outros vinhos; mostos de uvas cuja fermentação tenha sido impedida ou interrompida por adição de álcool:	
2204.21.00	-- Em recipientes de capacidade não superior a 2 l	10
	Ex 01 - Vinhos da madeira, do porto e de xerez	40
2204.29	-- Outros	
2204.29.1	Vinhos	
2204.29.11	Em recipientes de capacidade não superior a 5 l	10
	Ex 01 - Vinhos da madeira, do porto e de xerez	40
2204.29.19	Outros	10
	Ex 01 - Vinhos da madeira, do porto e de xerez	40
2204.29.20	Mostos	10
2204.30.00	- Outros mostos de uvas	10

Dessa forma, devem ser excluídos:

PRODUTOS NÃO SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA
2008
ALCOOL SANTA CRUZ
2009
ALCOOL SANTA CRUZ
ESPUMANTE TERRANOVA
VINHO

d) produtos sujeitos à substituição tributária e com o ICMS retido pelo fornecedor: foram considerados produtos cujo ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA foi retido pelo fornecedor, conforme relações de itens apresentadas nos anexos "Doc. 11" e "Doc. 12" da peça de impugnação de lançamento, com os respectivos documentos de aquisições indicados;

e) produtos sujeitos à antecipação tributária: não foram considerados os pagamentos realizados com códigos de receitas 1154 e 2183 para o período do levantamento, considerando o mês de referência do DAE, conforme relação de pagamentos apresentados no anexo Doc. 04 da peça de impugnação de lançamento.

Por fim, o recorrente requer a observação do disposto no § 1º do art. 18 do RPAF-BA; o acolhimento da preliminar e, não acolhida, a reforma do Acórdão nº 0141-01/16.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido nas infrações 1, 3, 4 e 6 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, "a", do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, em relação às infrações 2, 5 e 6, do Auto de Infração, nos termos do art. 169, I, "b", do RPAF.

De início, quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos originais foram revisados e reformados pelo próprio autuante, em decorrência das razões de defesa apresentadas, ou ainda em decorrência do acolhimento das alegações do sujeito passivo pelo órgão julgador, de cujo resultado comungo, com exceção da sexta infração, conforme a seguir:

Quanto à infração 1, a desoneração parcial decorre do fato de que restou comprovado descaber a exigência da diferença de alíquota relativas às notas fiscais nº: 7217 e 695914, às fls. 35 e 36 dos autos, por coincidir a alíquota de 12% nas operações internas e interestaduais, remanescendo, apenas, o valor de R\$411,21, no mês de dezembro/2008, relativo à nota fiscal nº 10222, consoante demonstrado às fls. 29 e 30 dos autos.

Inerente à infração 3, a desoneração total ocorreu do fato de o autuante acatar a alegação defensiva de que foi correta a tributação dos produtos nas saídas, através de ECF, conforme se verificou quando das apresentações das fitas detalhes, a exemplo daqueles submetidos à substituição tributária ou isentos.

Em relação à infração 4, a desoneração total ocorreu do fato de se comprovar a alegação defensiva de que as notas fiscais relacionadas pelo autuante, na maioria, se refere a aquisição de material de embalagem, sendo que as relativas ao ativo permanente e materiais de uso ou consumo não tiveram os créditos fiscais apropriados. Assim, o órgão julgador concluiu que os produtos elencados pelo autuante possibilitam a apropriação do crédito fiscal pelo sujeito passivo e que a infração é improcedente.

Por fim, quanto à infração 6, a sucumbência ao valor de R\$17.136,88 decorreu da concordância parcial do autuante (no valor de R\$17.149,11 – fl. 1.891), como também de ajustes realizados pela JJF, a qual diz incluir preservativos e, supostamente, excluir: lasanha, macarrão, massas para sopa, etc., sob NCM 1902.1.

Porém, do cotejo dos valores mensais apurados pelo autuante, conforme demonstrativo às fls. 1.877 a 1.890 dos autos, com os consignados pela JJF, às fls. 1.967/1.968 dos autos, observa-se apenas diferenças ínfimas nos meses de junho/08 (redução de R\$178,17 para R\$174,29); abril/09 (redução de R\$22,33 para R\$18,17) e dezembro/09 (redução de R\$3.174,39 para R\$3.170,22), em que pese os supostos itens excluídos.

Contudo, apesar da mínima diferença entre os resultados do autuante e da JJF, discordo do entendimento desta para a exclusão da exigência dos itens lasanha, macarrão, massas para sopa, etc., por verificar que, nos termos do art. 371 do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária (art. 353, II, item 11.4.1, do RICMS/97), não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS por antecipação é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias.

Sendo assim, por se constatar no demonstrativo, às fls. 1.877 a 1.890, que tais produtos foram adquiridos no Estado de São Paulo, não signatário do Protocolo ICMS 46/00, a responsabilidade pela antecipação tributária é do adquirente e, em consequência, devem-se manter tais itens no aludido demonstrativo.

Assim, dou provimento parcial ao Recurso de Ofício para manter os valores relativos aos citados itens.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, inicialmente, há de salientar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, inexistindo qualquer razão para se declarar a sua nulidade ou mesmo a nulidade da intimação acerca do Acórdão nº 0141-01/16, como requerido pelo recorrente, uma vez que:

1. inexistiu qualquer prejuízo ao contribuinte as adequações procedidas pela JJF, a partir do

demonstrativo feito pelo autuante, às fls. 1.877 a 1.890 dos autos, inerente à sexta infração, tendo o órgão julgador detalhado e justificado a inclusão do produto preservativo e a exclusão da infração dos produtos lasanha, massas para sopa, etc., inclusive beneficiando o próprio recorrente, o qual teve todas as condições de exercer o pleno direito de defesa, como o fez a título de recurso voluntário quanto aos produtos “tintas”; “carré de porco” e “bebidas alcoólicas”, cujas razões já haviam sido apresentadas em sua peça de defesa;

2. é irrelevante o fato da intimação acerca do Acórdão da JJF ter ocorrido tão-somente ao contribuinte, conforme previsto no art. 166, I, do RPAF, visto que, nos termos do art. 108, do mesmo diploma legal, a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, conforme ocorreu.

No mérito, quanto à infração 2, o recorrente sustenta que a Nota Fiscal nº 29.850 (fl. 41), trata-se de material de embalagem, sendo devido antecipação parcial e não diferença de alíquota como lançado pelo autuante, visto que as mercadorias adquiridas foram saco de papel para embalagem de mercadorias comercializadas, do que destaca nela haver anotação de próprio punho relativo ao valor da antecipação parcial devido (R\$109,89). Já a Nota Fiscal nº 96.026 (fl. 46) diz ter sido escriturada no livro Registro de Entradas com CFOP 2949, não se destinando o produto adquirido para uso ou consumo no estabelecimento.

Da análise dos documentos fiscais, às fls. 41 e 46 dos autos, verifica-se que a primeira nota fiscal diz respeito quinze mil sacos kraft, o que por si só demonstra tratar-se de material de embalagem e não de material de uso ou consumo, logo, em consequência, não sujeito à exigência de diferença de alíquotas. Já o segundo documento fiscal, cuja descrição do produto consta “DÊ UM SHOW”, de emissão da empresa “COMMIT PRODUTOS MOTIVACIONAIS LTDA-EPP”, cuja consulta ao site www.commit.com.br revela tratar-se de uma empresa especializada em videocursos para treinar e motivar empresas, cuja nota fiscal reporta-se à “*DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS (INSCRIÇÃO MUNICIPAL Nº ...*”, o que vem a comprovar que a operação não se trata de fato gerador de ICMS.

Assim, diante de tais considerações, acolho as alegações recursais e concluo pela insubsistência da segunda infração, restrita apenas a tais documentos fiscais.

No que se refere à infração 5, cuja acusação é de utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente, o recorrente alega que não apropriou créditos nas aquisições de ativos permanentes e que, para dirimir as dúvidas, juntou em arquivos eletrônicos, no formato “pdf”, os livros Registros de Entradas de abril, maio, junho, julho, agosto e outubro de 2008 e janeiro, junho e julho de 2009, do que ressalta que, conforme fls. 356 dos autos, a ocorrência referente a abril/08 foi lançada pelo Fisco com data de ocorrência de 31/01/08 e a ocorrência referente a maio/08 foi lançada com data de ocorrência 28/02/08.

Do cotejo das notas fiscais relacionadas às fls. 356 a 359 dos autos com os livros Registros de Entradas, à fl. 1989, restou comprovada a alegação recursal de que tais créditos não foram apropriados na escrita fiscal.

Assim, diante destas considerações recursais concluo pela insubsistência da infração 5. Modificada a Decisão recorrida.

Inerente à sexta infração, segundo o recorrente a lide remanesce ainda no demonstrativo, às fls. 1.877 a 1.890 dos autos, quanto aos itens: “MASSA PIF PAF LASANHA FRANGO AO MOLHO ROSE E SOBRE PALETA PIF PAF SUÍNA RECHEADA”; “CARRÉ DE PORCO” (a exemplo da fl. 1.882); “TINTAS” (fls. 1.881, 1.883 e 1.890); “ÁLCOOL, VINHO E ESPUMANTE” (excluídas da ST em 2008 e 2009); produtos sujeitos a ST e com ICMS retido e produtos sujeitos a ST com ICMS antecipado com códigos de receitas 1154 e 2183.

Quanto ao item “carré de porco”, no referido demonstrativo apenas consta o item “CARA SUINA SALGADA Kg”, o qual não identifica-se com o pleito do recorrente, cuja previsão para o ICMS-ST era prevista no art. 353, II, item 9, do RICMS/97.

Inerente ao item “tinta”, cabe razão ao recorrente, visto que perdura no levantamento fiscal, às fls. 1.881; 1.883 e 1.890 dos autos, valores relativos a tintas, devendo ser excluídos do montante exigido uma vez que comprovou tratar de uso e consumo. Sendo assim, após a exclusão dos valores relativos, resulta:

- ICMS de R\$510,12 (Nota Fiscal nº 51131) do total de R\$408,43 de agosto/08, o que implica em nada exigir neste mês;
- ICMS de R\$134,94 (Nota Fiscal nº 52478) do total de R\$1.221,15 de outubro/08, o que remanesce o valor de R\$1.086,21;
- ICMS de R\$39,30 (Nota Fiscal nº 6199) do total de R\$3.174,39 de dezembro/09, o que remanesce o valor de R\$3.135,09;

Relativo aos itens “ÁLCOOL” (sujeito à antecipação parcial; art. 515-D) e “VINHO E ESPUMANTE” (fora da ST em 2008 e 2009), também devem ser excluídos do levantamento fiscal (fls. 1.877/1.890), conforme a seguir:

- ICMS de R\$151,57 (NF 179195/álcool) do total de R\$919,34 de abril/08, o que resulta o valor de R\$767,77;
- ICMS de R\$151,31 (Nota Fiscal nº 186204/álcool) do total de R\$1.086,21 de outubro/08, o que resulta o valor de R\$934,90;
- ICMS de R\$237,36 (Nota Fiscal nº 3043/álcool) e ICMS de R\$3.028,73 (NFs vinho), perfazendo o ICMS a excluir de R\$3.266,09, cujo valor deduzido do total de R\$2.333,48 de junho/09, nada resta a reclamar no mês;
- ICMS de R\$474,06 (NF 15142/vinho) do total de R\$165,83 de julho/09, o que nada resta a reclamar no mês;
- ICMS de R\$576,56 (Nota Fiscal nº 7299/álcool) e ICMS de R\$406,82 (Nota Fiscal nº 131047/vinho), perfazendo o ICMS a excluir de R\$983,38, cujo valor deduzido do total de R\$353,27 de setembro/09, nada resta a reclamar no mês;
- ICMS de R\$1.475,41 (Nota Fiscal nº 2661/vinho/espumante) do total de R\$720,32 de outubro/09, nada resta a reclamar;
- ICMS de R\$3.428,18 (Notas Fiscais nºs 159307; 31490; 33881/vinho/espumante) do total de R\$2.179,97 de novembro/09, nada resta a reclamar;
- ICMS de R\$261,37 (Nota Fiscal nº 10751/álcool) e ICMS de R\$3.543,84 (NFs diversas/vinho), perfazendo o ICMS a excluir de R\$3.805,21, cujo valor deduzido do total de R\$3.135,09 de dezembro/09, nada resta a reclamar no mês;

Quanto à alegação de produtos sujeitos a ST com ICMS antecipado com códigos de receitas 1154 e 2183, há de ressaltar que foram considerados no levantamento fiscal todos os créditos e recolhimentos efetuados pelo contribuinte, conforme deduções realizadas no final de cada período de competência.

Já o item massa lasanha (Nota Fiscal nº 499080), por originar do Estado de Minas Gerais, não signatário do Protocolo ICMS 46/00, como já visto, a responsabilidade pela antecipação do ICMS é do adquirente, conforme ocorreu. Contudo, por se tratar de uma operação com ICMS já substituído pelo remetente, em que pese a responsabilidade ser do adquirente, verifico que tal valor já havia sido retirado na Decisão da JJF (R\$178,117 – R\$3,88 = R\$174,29).

Diante destas considerações, a sexta infração apresenta-se com a seguinte configuração:

2008	Acórdão JJF ICMS R\$	Acórdão CJF ICMS R\$	Exclusão
Janeiro	0,00	0,00	
Fevereiro	1.440,63	1.440,63	
Março	0,00	0,00	
Abril	919,34	767,77	NF 179195/álcool
Maio	421,40	421,40	

Junho	174,29	174,29	
Julho	788,21	788,21	
Agosto	408,43	0,00	NF 51131/ tinta
Setembro	262,37	262,37	
Outubro	1.221,15	934,90	NF 52478/tinta; NF 186204/álcool
Novembro	970,01	970,01	
Dezembro	805,46	805,46	
TOTAL	7.411,29	6.565,04	

2009	Acórdão JJF ICMS R\$	Acórdão CJF ICMS R\$	Exclusão/Inclusão
Janeiro	0,00	0,00	
Fevereiro	784,33	784,33	
Março	0,00	0,00	
Abril	18,17	22,33	Fl. 1.886
Maio	0,00	0,00	
Junho	2.333,48	0,00	NF 3043/álcool; diversas/vinho
Julho	165,83	0,00	NF 15142/vinho
Agosto	0,00	0,00	
Setembro	353,27	0,00	NF 7299/álcool; NF 131047/vinho
Outubro	720,32	0,00	NF 2661/vinho/espumante
Novembro	2.179,97	0,00	NFs 159307; 31490; 33881/vinho/esp.
Dezembro	3.170,22	0,00	NF 6199/tinta; NF 10751/alc; div./vinho
TOTAL	9.725,59	806,66	

Assim, dou provimento parcial ao Recurso Voluntário para julgar insubsistente as infrações 2 e 5 e subsistente em parte, no valor de R\$7.371,70, a infração 6.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL dos Recursos de Ofício e Voluntário para julgar o Auto de Infração Procedente em Parte, conforme a seguir:

INF.	DECISÃO JJF	DECISÃO CJF	RESULTADO
01	R\$ 411,21	R\$ 411,21	PROC. EM PARTE
02	R\$ 79,55	R\$ 0,00	IMPROCEDENTE
03	R\$ 0,00	R\$ 0,00	IMPROCEDENTE
04	R\$ 0,00	R\$ 0,00	IMPROCEDENTE
05	R\$ 959,56	R\$ 0,00	IMPROCEDENTE
06	R\$ 17.136,88	R\$ 7.371,70	PROC. EM PARTE
TOTAL	R\$ 18.587,20	R\$ 7.782,91	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário interpostos para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **088502.0005/11-3**, lavrado contra **CORREIA ANDRADE SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.782,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2017.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS