

A. I. N° - 269369.3009/16-0
AUTUADO - SUPERMERCADOS CASAGRANDE LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - INFAC TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27/06/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0114-03/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Ajuste realizado pela autuante na informação fiscal reduziu o valor originalmente cobrado. Infração parcialmente subsistente. 2. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. RECOLHIMENTO A MENOS. Ajustes realizados pelo autuante reduzem o valor originalmente cobrado. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração lavrado em 26/09/2016, traz a exigência do crédito tributário no valor histórico de R\$77.398,11, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo enunciadas:

Infração 01- **01.02.05.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$33.888,00, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 34 a 37;

Infração 02 - **03.02.02.** Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$43.510,11, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 26 a 32.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 47 a 101, articulando as seguintes ponderações.

Em relação à Infração 01 ressalta que nem todos os produtos relacionados no Auto de Infração tiveram creditação indevida, vários deles tiveram creditação totalmente correta.

Em relação ao mês de janeiro/2013, observa que de acordo com o Auto de Infração, há alguns produtos que são passíveis de questionamento à cerca dos créditos tributários informados, ensejando seu pleito pela impugnação do referido Auto de Infração, nos seguintes termos:

Com base neste levantamento, entendemos que as Nota Fiscal nº 93176, CNPJ 01.434.609/0001-31 e Nota Fiscal nº 26349, CNPJ 27.473.669/0006-61, onde temos como produtos, “Café Meridiano Cappuccino e Café Melita Cappuccino”, de acordo com o Dec. 14.295, o NCM deveria ser 0901.2, para café torrado e moído, com tudo, o NCM constante nas notas fiscais de entrada é 2101, por se tratar de um subproduto do café.

No tocante as Notas Fiscais de nºs 57424 e 58022, ref. ao CNPJ 01.838.723/0264-36, observa que os produtos constantes na relação, não se enquadram nos produtos constantes do Anexo 01 vigente para o exercício de 2013, item 35, dada pela Alteração 11 do Dec. 14.341/13, onde esta especificado que apenas os produtos de NCM 0207 e 0210 fazem parte da lista de produtos ST (Substituição Tributária), assim sendo, o aproveitamento dos referidos créditos são legais, uma vez que, os referido produtos entraram com NCM 1602, conforme se pode confirmar através das cópias das notas fiscais.

No tocante ao CNPJ 02.254.334/0001-17, observa que as Notas Fiscais de nºs 339290 e 341437, cujo produto único é um suco chamado “Skinka”, trata-se de um suco de frutas e por isso não consta na lista de produtos ST do anexo 01 referido anteriormente, foi dada a entrada de acordo com o CFOP

5.102, ensejando o aproveitamento do crédito na entrada, com tudo, o fornecedor “não observou” o seu NCM, que esta destacado como 2202 sendo este de acordo com o Anexo 01 item 2, Alteração 11 Dec. 14.341/13, considerado como “água minerais e gasosas”, fazendo parte da lista de produtos ST, desta forma, pleiteamos os devidos créditos uma vez que, não seria justo sermos punidos por um erro de nosso fornecedor.

Observa ainda inconsistências quanto ao CNPJ 05.017.780/0002-87 referente às seguintes Notas Fiscais de nºs 3613486, 3644424, 3671543 e 3685392, onde os produtos destacados nestas notas fiscais, não constam da lista de produtos ST, do Anexo 01, ou seja, o aproveitamento de crédito é legal. O produto Jardineira Primavera trata-se de uma mistura de legumes pré cozidos, composto por (Cenoura, Ervilha, Vagem e Brócolis), NCM 0710, não sendo objeto de ST. Por sua vez, o produto Bacon, constante na Nota Fiscal nº 3644424, apesar da nomenclatura constar da lista de produtos ST de acordo com o anexo 1, entrou com CFOP 6.102, e NCM 16024900, ensejando o referido crédito tributário e em consulta ao fornecedor, o mesmo considera o produto como um tipo de “presunto ou apresuntado”, assim sendo, mesmo a nomenclatura estando errada, há de se levar em consideração o NCM e o CFOP do produto.

Observa ainda que o CNPJ 07.722.950/0002-50 conforme Notas Fiscais de nºs 3061 e 4367, tiveram alguns produtos frutos de questionamentos, contudo, verifica-se que os mesmos produtos em destaque não fazem parte da lista de produtos ST do Anexo 1, dada pela Alteração 11 do Dec. 14.341/13, por se tratar de subprodutos de produtos frescos, ou seja, entram na relação de produtos combinados, cujo NCM é 1602 e a entrada no estabelecimento foi através do CFOP 5.102, dando respaldo para o aproveitamento de crédito, uma vez que, apenas os produtos de frango cujo NCM 0207 e 0210, são objeto da Substituição Tributária.

Analisa os CNPJ 23.643.315/0040-69 e 34.392.450/0001-91 e suas respectivas Notas Fiscais de nºs 276657, 85052, 85440, 86078, 86831 e 87691, onde “admite” seu erro no processo de entrada das notas fiscais, onde a nomenclatura correta constante das notas fiscais não foi lançada no sistema, gerando assim a inconformidade apontada pelo Auto de Infração, entretanto, mesmo admitindo seu erro na entrada, diz ser possível observar nas notas fiscais que os produtos em destaque não são “Iogurte” que é um produto ST, estes tem em sua nomenclatura “Bebida Láctea”, cujo NCM é 04039000 que não é objeto da Substituição Tributária, além disso, temos que o CFOP de entrada é 5.102 para todos estes produtos, garantindo assim o direito ao crédito, ainda que a nomenclatura informada esteja errada.

Assinala que, baseado em argumentos técnicos e legislação da época, além de cópias das Notas Fiscais, entende que no mês de janeiro/13, apesar de em alguns casos termos procedido de forma incorreta quanto ao aproveitamento de créditos oriundos de produtos sujeitos à Substituição Tributária, assevera ter comprovado que tem direito a creditação do valor de R\$1.732,19.

Do mesmo modo, apresenta semelhantes ponderações em relação aos meses de fevereiro a dezembro de 2013 com a indicação das mercadorias e discriminação das operações em planilhas e anexando cópias das respectivas notas fiscais para comprovar as inconsistências e apresentando ao final de cada período de apuração arrolada nesse item da autuação os valores que reconhece ter direito a creditação: fevereiro/2013 - R\$1.375,18; março/2013 - R\$1.928,59; abril/2013 - R\$2.490,81; maio/2013. - R\$1.338,71; junho/2013 - R\$1.239,91; julho/2013 - R\$1.154,03; agosto/2013. R\$2.545; setembro/2013 - R\$1.651,19; outubro/2013 - R\$2.150,77; novembro/2013 - R\$2.150,77 e dezembro/2013 - R\$2.180,99.

Assevera que na Infração 01, cujo valor histórico total é de R\$33.888,00, é equivocado no que concerne à cobrança do valor total de R\$22.121,19, reconhecendo somente a creditação equivocada no valor histórico de R\$11.766,81.

Pugna pela procedência parcial da Infração 01. Requer que em sede de Juízo de Retratação, ou caso assim não se entenda, que no julgamento de mérito do presente processo, que seja reconhecido o equívoco contido na Infração 01, no sentido de corrigi-lo, para que figure como valor histórico no montante de R\$11.766,81, fazendo-se dessa forma a verdadeira justiça.

Quanto à irregularidade descrita no item Infração 02, afirma que reconhece apenas que se equivocou no recolhimento de alguns produtos, cuja listagem acosta às fls. 97 a 100.

Observa, como já demonstrado acima, na Infração 02, cujo valor histórico total é de R\$43.510,11, é equivocado no que concerne a cobrança do valor total de R\$11.354,59. Afirma reconhecer somente o recolhimento a menos do ICMS no valor histórico de R\$32.155,52.

Requer que em sede de Juízo de Retratação, ou caso assim não se entenda, no julgamento de mérito do presente processo, que seja reconhecido o equívoco contido na Infração 02, no sentido de corrigi-lo, para que figure como valor histórico o montante de R\$32.155,52, fazendo-se dessa forma a verdadeira justiça.

Afirma que junta nessa oportunidade, visando comprovar a sua regularidade no que tange aos tributos fiscais, as notas fiscais mencionadas na impugnação.

Conclui requerendo que seja acatada sua impugnação naquilo que não reconheceu, ou seja, parte da Infração 01 e da Infração 02, com a consequente insubsistência parcial do Auto de Infração

O Autuante presta informação fiscal, fls. 428 a 436, revela que a ação fiscal regular, transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente onde se fundamenta a autuação.

Inicialmente afirma que, resumidamente, a empresa contesta os seguintes produtos arrolados no levantamento fiscal:

- Café, quando na verdade as notas fiscais se referem a café caputino ou café com leite, não alcançados pela Substituição Tributária;
- Iogurte, quando na verdade as notas fiscais se referem a bebida láctea, não alcançados pela ST
- frango, quando na verdade são produtos derivados de carne de aves não in natura, então não alcançados pela Substituição Tributária;
- Refrigerante, quando na verdade é o produto Skinka, caracterizado como um suco de fruta, então não alcançados pela Substituição Tributária;
- Bacon, quando na verdade as notas fiscais se referem a um tipo de presunto ou apresuntado, não alcançados pela Substituição Tributária.

Afirma que acata as justificativas da empresa quanto aos produtos do mês de janeiro a dezembro de 2013.

Apresenta um novo demonstrativo da infração, fl. 477, reduzindo o valor da exigência para R\$11.766,81.

No tocante Infração 02, inicialmente destaca que o Autuado reconhece apenas que se equivocou no recolhimento de alguns produtos, cuja listagem colaciona às fls. 97 a 100, que resulta no recolhimento a menos do ICMS no valor histórico de R\$32.155,52.

Afirma que o Autuado contesta a autuação no que diz respeito a produtos em que a alíquota zero, sete ou doze não foi utilizada com erro, mas foi utilizada tendo em vista que tais produtos são da Substituição Tributária, isentos ou com redução de base de cálculo. Observa que a empresa também apresenta na defesa quadro com a descrição desses produtos.

Assinala que acata os argumentos da defesa, exceto com relação ao produto Semente, para o qual a empresa apresentou o art. 500 do Regulamento do ICMS-BA, como justificativa.

Apresenta novo demonstrativo de débito da infração reduzindo o valor da exigência para R\$32.946,06.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração

Em Pauta Suplementar esta 3^a JJF, decidiu converter os autos em Diligência, fl. 470, para que o Autuante apensasse o novo demonstrativo analítico de apuração da Infração 01 e fornecesse cópia a impugnante.

O Resultado da Diligência acostado aos autos, fls. 475 a 484, apensa o novo demonstrativo analítico às fls. 485 a 505 e observa que acatou os argumentos da defesa e efetuou a correção dos valores do mês de novembro de 2013 que resulta no valor do ICMS creditado indevidamente de R\$1.211,74, e

mantido o valor total da Infração no valor de R\$11.766,81, fl. 477.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, o Autuado se manifesta à fl. 508, ratificando os termos de sua defesa.

O autuante, à fl. 512, observa que diante da manifestação do impugnante nada mais tem a informar.

VOTO

O presente lançamento de ofício é constituído de duas infrações: utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária - Infração 01 e recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas - Infração 02.

O Autuado, ao se defender em relação à Infração 01, reconheceu o cometimento parte do lançamento e questionou a inclusão de diversas mercadorias no levantamento fiscal que, segundo seu entendimento, não se encontravam submetidas ao regime de substituição tributária. Relacionou todas as mercadorias em planilhas e apurou para cada mês do período fiscalizado o valor não reconhecido indicando como devido para esse item da autuação o valor de R\$11.766,81.

Em sua informação fiscal, o Autuante acolheu os argumentos do defendente esclarecendo que, efetivamente, as mercadorias apontadas pela defesa não se encontram alcançadas pelo regime de substituição tributária pelo fato de não convergirem a classificação NCM, a descrição constante das notas fiscais como o constante do Anexo 1, do RICMS-BA/12.

Com base nas premissas supra enunciadas, o Autuante elaborou um novo demonstrativo de débito sintético, fls. 429 e 430, reduzindo o valor do débito para R\$11.766,81, sem, no entanto, acostar aos autos o correspondente demonstrativo analítico indicando as operações que resultaram nos valores exigidos. Diligência, solicitada por esta 3º JJF, foi acostado aos autos, fls. 485 a 505, ocasião em que ajustou os valores relativos ao mês de novembro de 2013, sem alterar o total apurado e intimou o Autuado a tomar ciência. O Impugnante se manifestou sem apresentar qualquer contestação e reiterou suas razões de defesa.

Depois de examinar os elementos coligidos no deslinde desse item da autuação, constato que, pelos esclarecimentos prestados pelo Autuante com base nas comprovações carreadas aos autos na defesa, foi realizada análise detalhada de cada produto objeto da lide, confrontando-se a sua descrição com o respectivo código de NCM, para se apurar se efetivamente a mercadoria se encontrava elencada no Anexo 1 do RICMS-BA/12.

Considerando que a descrição dos produtos objeto da autuação deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM, para concluir se está, ou não, enquadrado no regime de Substituição Tributária, entendo que deve ser acatada a alegação defensiva, haja vista que os mencionados produtos apontados pelo Impugnante e objeto da exigência fiscal não apresentam a mesma especificação e respectiva NCM constantes na legislação de regência.

Assim, com os ajustes e correções efetuado pelo Autuante com base nas comprovações carreadas aos autos pela defesa, não mais existe divergência em torno da Infração 01.

Nestes termos, acolho os valores consignados no novo demonstrativo de apuração e de débito, fls. 477 e 485 a 505, que resulta no valor remanescente de R\$11.766,81.

Concluo, pela subsistência parcial da Infração 01.

A Infração 02 imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, consoante demonstrativo acostado às fl. 26 a 32.

O autuado em sua impugnação reconhece o cometimento da infração somente em relação a alguns itens que relaciona às fls. 97 a 100, que importa no valor do débito em R\$32.155,52.

O Autuante em sua informação fiscal depois de examinar as ponderações acatou os argumentos da defesa, em relação ao item sementes e refez o demonstrativo de apuração que resultou na

diminuição da exigência fiscal para R\$32.946,05, conforme demonstrativo que acostou à fl. 483,

Intimado a tomar ciência dos novos demonstrativos elaborados pelo Autuante, fl. 512, o defendant manteve suas razões de defesa e não apresentou qualquer contestação em relação aos novos valores apurados.

Ao compulsar os elementos que compõem esse item da autuação, principalmente ao cotejar os demonstrativos de apuração elaborado pela autuante, acostado às fls. 29 a 30, com os novos demonstrativos acostados aos autos às fls. 438 a 467, constato que os ajustes efetuados pelo Autuante estão alicerçados nas comprovações carreadas aos autos pelo defendant e de acordo com a legislação de regência.

Assim, acolho os novos valores apurado pelo Autuante que resultou na redução da exigência para R\$32.946,06 mesmo modo que na Infração 01, não remanesce qualquer divergência

A Infração 02 resta parcialmente caracterizada.

Acato os novos demonstrativos elaborados pelo Autuante, fls. 477 e 483, que resultou na redução do débito para R\$11.766,81, fl. 144, na Infração 01 e para R\$32.946,05, fls. 438 a 467, na Infração 02, na forma a seguir discriminada.

Nestes termos, remanesce o débito de R\$42.712,87, na forma a seguir discriminada.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO COMPARATIVO			
Infrações	Auto de Infração	JULGAMENTO	
01	33.888,00	11.766,81	PROC. EM PARTE
02	43.510,11	32.946,05	PROC. EM PARTE
TOTAIS	77.398,11	44.712,86	

Concluo pela subsistência parcial dos itens 01 e 02 da autuação.

Ante o 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 269369.3009/16-0, lavrado contra **SUPERMERCADOS CASAGRANDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.712,86**, acrescidos das multa de 60%, previstas, respectivamente, no art. 42, inciso VII, alínea “a”, e no inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

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

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA