

PROCESSO - A. I. Nº 232943.3001/16-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0100-05/17
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/05/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0068-12/18

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. **a)** ANTECIPAÇÃO TOTAL. Excluído os valores exigidos por antecipação cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do remetente por força de Convênio. Refeitos os cálculos relativo ao MVA aplicado de forma incorreta. Mantida a Decisão pela procedência em parte da infração 1. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Documentos fiscais e demonstrativos juntados com a impugnação comprovam que foram incluídos indevidamente no levantamento fiscal produtos contemplados com isenções e submetidos ao regime de substituição tributária. Refeitos os cálculos o que implicou na redução do débito. Mantida a Decisão pela procedência em parte da infração 2. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº JJF 0100-05/17, ter desonerado o sujeito passivo de parte dos valores exigidos nas infrações 1 e 2, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração lavrado em 30/06/2016 exige ICMS no valor de R\$76.331,09, em razão do cometimento das seguintes infrações:

- 1. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior (2012) - R\$6.101,65 acrescido da multa de 60%.*
- 2. Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização (2012) - R\$70.229,44 acrescido da multa de 60%.*

Na Decisão proferida (fls. 312/318) a 5ª JJF fundamentou que:

O sujeito passivo demonstra que, em relação à infração 01, dentre os produtos constantes no “DEMONSTRATIVO 1 – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA – ENTRADAS”, incluem os que integram as Notas Fiscais de nºs 72.752, 73.634, 73.636, 83.474, 83.520, 84.687, 84.691 e 85.007 da empresa Moinhos de Trigo Indígena S/A – MOTRISA, sediada na cidade de Aracaju-SE, mas com credenciamento para operar como substituto tributário neste estado. Disse que basta a realização do confronto das ditas notas fiscais (a esta colacionadas como seus ANEXOS 02 A 09) com o demonstrativo mencionado no caput deste subitem; bem assim a leitura do instrumento declaratório colhido no site da SEFAZ-BA, também a esta anexado (V. ANEXO-10), estampando a veracidade de ser o emitente dos documentos em referência legalmente apto a operar no sistema legal da substituição tributária deste Estado como contribuinte substituto.

Pontua que o autuante efetua cálculos de produtos classificados na posição 22.04 na Nomenclatura Comum do Mercosul – MCM aplicando um MVA de 64,40%, em detrimento ao correto que é de 36,37%, com alíquota ajustada com crédito de 7%. Chama atenção para os produtos (vinhos) descritos e caracterizados nas Notas Fiscais nºs 62.655, 63.649, 3.612, 217.435 e 497.642 (V. ANEXOS 11 A 15), nas quais inclusive consta o MVA

correto, em conformidade com o item 54, do Anexo-I do RICMS-BA. Declara que a impugnante constituiu o demonstrativo do quanto dito equívoco exacerbou o lançamento neste particular, titulando-o de “Anexo Infração 01-07.01.02 VINHO “MVA 36,37%” - ANEXO I ITEN 5.4 do RICMS”, que a esta colaciona. (V. ANEXO-16).

Afirma corretamente o sujeito passivo que o valor efetivamente legítimo e devido é apenas de R\$1.899,51, conforme demonstrativo de fl. 47, com ênfase na coluna titulada de “Reconhecido”. O autuante, diante dos elementos probatórios trazidos pela defesa, reconhece a arguição defensiva, com a qual acompanho, tornando a presente infração 01 parcialmente procedente, remanescendo o valor a ser exigido de R\$1.899,51.

No que alude à infração 2, o sujeito passivo registra e demonstra os equívocos da autuação, conforme segue:

Registra que para o disposto no Art. 295, I, “a” do RICM-BA, que determina a isenção das operações de saídas internas e externas de “produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75”, com as exceções ali previstas, desde que não destinados à industrialização. Pede pela improcedência do lançamento por antecipação parcial sobre ditos produtos, como foi realizado neste caso. Exemplifica: banana d’água, banana nanica, banana prata, banana terra, cenoura, limão, melão, morango, etc., tabulados no anexo ao Auto de Infração titulado de “DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL”.

Ressalta que para demonstrar o montante do tributo indevidamente lançado neste particular, que foi no importe de R\$ 15.564,97, elaborou planilha que tituló de “Anexo Infração 02-07.15.02 Itens Artigo 265, I, a”, que fizeram parte integrante desta peça de impugnação pela anexação que faz à mesma, juntamente com as notas fiscais nela referidas. (V. ANEXOS 17 A 216).

Explica ser flagrante o descompasso conquanto determine a legislação vigente, também o lançamento sob a epígrafe em referência se encontra exacerbado ainda com a importância indevida de R\$ 32.835,97, porquanto houve cobrança de antecipação parcial sobre arroz mediante aplicação da alíquota interna de 17%, quando o tratamento tributário deste produto se diferencia dos demais. É ver, apenas para melhor evidênciação, a interrelação dos dispositivos legais pertinentes:

I. – De um lado sabe-se ser verdade que o Art. 15, inciso “I” da Lei 7.014/1996 estabelecer ser de 17% a alíquota de ICMS incidente sobre as operações com mercadorias e serviços nele mencionados. Isso é fato.

II. – Todavia, também é consabido a exceção estereotipada no artigo seguinte do mesmo diploma legal, que isto prescreve:

“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:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;” (Grifamos).

Neste contexto fático-jurídico, assevera que não há habitat para incidência da antecipação parcial em referência ganha foro de legitimidade intocável, até porque esta tem como pressuposto que a tributação das operações com mercadorias recebidas de outros estados da federação ou do exterior sejam tributadas com a alíquota interna normal, 17% (dezessete por cento).

Sendo assim, defende a retirada do valor mencionado acima (R\$ 32.835,97) do montante da infração ora contraditada, para o que traz à colação o “Anexo Infração 02-7.15.02 Itens Artigo 16, inciso I, alínea a da Lei 7.014/96”, onde consta o detalhamento por cada mês do ano de 2012. (V. ANEXO 217).

Pontua terceira discrepância do lançamento no contexto da infração. Constata que a cobrança na forma de antecipação parcial das operações com produtos classificados na NCM nas posições 17011100 e 17011300, que no ano de 2012 eram tributados sob a forma de Substituição Tributária, inclusive fazendo parte do elenco do Anexo I, item 1, do RICMS e Protocolo ICMS 21/91.

Para a demonstração do montante desta exacerbação tabulou a discriminação dos referidos produtos com a quantificação do valor cobrado indevidamente – R\$ 394,06 – no instrumento que tituló de “Anexo Infração 02-07.15.02 - Produtos ST Anexo I item 1 Prot. 21-91”, à esta colacionado. (V. ANEXO 218).

Nota, ainda, os referidos produtos terem tratamento tributário diferente atualmente, haja vista o princípio de que a lei tributária se aplica aos fatos geradores perfeitos e acabado quando de sua vigência. Acrescenta pelas improcedências, o fato de ter havido lançamento a título de antecipação parcial de produtos classificados na NCM 19012000 – “Mix Sarandi P/Pao Frances 25 Kg e Mix Sarandi P/Pão Doce 25 Kg” – e que eram tributados pelo sistema da Substituição Tributária em 2012, elencados no Anexo I, 11, Item 11.13 do RICMS.

Verifica que o instrumento elaborado pela impugnante e por ela denominado de “Anexo Infração 02-07.15.02 - Produtos ST Anexo I, 11, Item 11.13 RICMS”, à esta juntado, que quantifica em R\$ 814,30 o valor lançado indevidamente. (V. ANEXO 219).

Reitera quanto aos produtos com NCM 19021100 e 19021900 nomenclaturados como “Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo”, estão elencados no Anexo I, 11, Item 11.16 do RICMS como subjugados ao regime da Substituição Tributária, em consequência, afirma que não cabia ao digno auditor fiscal lançar ICMS sob o regime da Antecipação Parcial; e como isso foi feito existe uma parcela indevida no importe de R\$ 1.187,09, estampada no expediente titulado de “Anexo Infração 02-07.15.02-Produtos ST Anexo I, 11, Item 11.16 RICMS”, da lavra da impugnante e que o traz à colação. (V. ANEXO 220).

Na tabulação das infrações não existentes, sustenta que há também lançamento do tributo na forma de Antecipação Parcial sobre operações com produtos relacionados no arquivo elaborado e nominado pela impugnante como “Anexo Infração 02-07.15.02 - Anexo I, 11, Item 11.23 e 26 RICMS”, pertinentes à NCM em suas posições 19059020 e 19053200 – “Outras bolachas, exceto casquinhas para sorvete” – que estão elencados nos anexos já referidos do RICM-BA com subsunção ao regime da Substituição Tributária.

Nota que esta cobrança indevida monta em R\$ 218,99, consoante evidencia referido demonstrativo. (V. ANEXO 221).

Assina que na importância de R\$ 7.398,44, também lançada sob o formato da Antecipação Parcial do ICMS sobre as operações com carnes classificadas como sujeitas à Substituição Tributária pela legislação vigente. Pede que verifique os excertos extraídos do Anexo I do RICMS-BA abaixo transcritos:

NCM	Descrição	Base Legal da Substituição Tributária
02013000	Carne de gado bovino, ovino e bufalino e demais produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, refrigerados ou congelados	RICMS/BA, Anexo I, 11, Item 11.28
02012010	Carne de gado bovino, ovino e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado submetidos à salga, secagem ou desidratação, exceto charque e jerked beef	RICMS/BA, Anexo I, 11, Item 11.27
02062910	Carne de gado bovino, ovino e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado submetidos à salga, secagem ou desidratação, exceto charque e jerked beef	RICMS/BA, Anexo I, 11, Item 11.27
02062200	Carne de gado bovino, ovino e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado submetidos à salga, secagem ou desidratação, exceto charque e jerked beef	RICMS/BA, Anexo I, 11, Item 11.27

Chama atenção também o demonstrativo titulado de “Anexo Infração 02-07.15.02 - Anexo I, 11, Item 11.27 e 28 RICMS”, com detalhamento de todos os dados necessários à verificação do acerto desta assertiva. (AN. 222).

Salienta que a cobrança de ICMS sobre operações com cervejas no importe R\$ 29,26, com NCM 22030000 e presença no elenco dos produtos sujeitos à Substituição Tributária nos anexos pertinentes do RICMS-BA. Fato esse com detalhamento no instrumento feito pela impugnante e que ostenta o título de “Anexo Infração 02-07.15.02 - Anexo I, 3, Item 3.14 RICMS”, junto à esta peça impugnatória. (V. ANEXO 223). Também, no valor irrisório de R\$ 15,91, mas nem por isso desprezível quando se trata de demonstrar o desprezo à ordem legal – pelo que cumpre ser rechaçado – foi o lançamento feito sobre produtos contidos nas posições 83011000 e 73170090 da NCM; produtos esse identificados no demonstrativo tipificado como “Anexo Infração 02-07.15.02 - ST Anexo I, 8, Item 8.75 e 8.57 RICMS”, que a impugnante colaciona a esta peça de defesa. (V. ANEXO 224).

Declara que eles fazem parte do Anexo I, 8, itens 8.57 e 8.75 do RICMS, pelo que subjugados ao regime da Substituição Tributária.

Após, ser expurgada a importância total de R\$ 46.601,39, afirma que remanesce apenas R\$23.628,05 como efetivamente devido, distribuído nos períodos mencionados na planilha, de fl. 50, valores inscritos na coluna “ICMS a Recolher (reconhecido)”.

O autuante acolhe as arguições defensivas, bem como este relator. Assim, considero parcialmente procedente a infração 02, cabendo a exigência no valor original de R\$23.628,05, conforme planilha à fl. 50 dos autos.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

VOTO

O recurso interposto pela 5ª JJF, refere-se à desoneração de valores exigidos nas infrações 1 e 2.

A infração 1 acusa recolhimento a menos do ICMS-ST por antecipação.

Constato que a fiscalização elaborou demonstrativos analíticos juntados às fls. 8 a 11, nos quais

foram discriminadas as mercadorias consignadas nas notas fiscais e no demonstrativo sintético de fl. 07, apurou as diferenças exigidas nos meses de junho, novembro e dezembro/2012.

Na defesa apresentada o sujeito passivo alegou que com relação aos produtos:

- a) Farinha de trigo (Notas Fiscais nºs 72.752, 73.634, 73.636, 83.474, 83.520, 84.687, 84.691 e 85.007) foram emitidas pela empresa *Moinhos de Trigo Indígena S/A* (MOTRISA) sediada em Aracaju-SE, credenciado como substituto tributário no Estado da Bahia;
- b) Vinhos (Notas Fiscais nºs 62.655, 63.649, 3.612, 217.435 e 497.642) classificados na posição NCM 22.04 foi aplicado MVA de 64,40%, quando o correto que é de 36,37%;

Apresentou demonstrativos próprio no qual reconheceu como devido o valor de R\$1.899,51 (fl. 47), que foi acolhido pela fiscalização e no julgamento proferida pela 5ª JF.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que foram acostadas cópias de notas fiscais emitidas pela MOTRISA, a exemplo da NFe 72.752 (fl. 54) na qual foi indicado o número da inscrição como contribuinte substituto no Estado da Bahia (IE 11.203.508) conforme Anexo 10 (fl. 62) e nas informações complementares de que o ICMS-ST foi pago em conformidade com o Prot. ICMS 46/2000.

Neste caso por força do Convênio ICMS 81/1993 e o Prot. 46/2000 a responsabilidade pelo pagamento do ICMS-ST é do estabelecimento remetente, não cabendo à exigência do imposto por antecipação como foi feito sobre as operações de aquisição de farinha de trigo. Consequentemente foi correta a exclusão dos valores correspondentes da autuação.

Quanto ao produto vinho o recorrente alegou que foi aplicado o MVA de 64,40% quando o correto seria o de 36,37% previsto no item 5.4 do RICMS/2012.

Constato que este produto esteve submetido ao regime de ST, foi afastado e retornou em outro período (art. 266, XX do RICMS/2012). Como o contribuinte apresentou demonstrativo próprio à fl. 68 (Anexo 16) que não foi contestado pelo autuante e acolhido na Decisão proferida pela 5ª JF, deve ser acolhido o demonstrativo com valor apurado pela MVA de 36,37%. Por sua vez o estabelecimento autuado juntou cópias de notas fiscais relacionadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização relativo ao produto vinho (fls. 63 a 67) e demonstrativo próprio com a aplicação do MVA de 36,37 (fl. 68), quantificando o valor correto do ICMS-ST, o que foi acolhido pelo autuante e na Decisão proferida pela 5ª JF.

Pelo exposto, fica mantida a Decisão pela procedência em parte da infração 1, com redução do débito de R\$6.101,65 para R\$1.899,51.

Quanto à infração 2, que acusa recolhimento a menos do ICMS-Antecipação Parcial, o sujeito passivo alegou que foi incluído indevidamente no levantamento fiscal produtos:

- A) Isentos (banana d'água, banana nanica, banana prata, banana terra, cenoura, limão, melão, morango) previstos no Art. 265, I, "a" do RICMS-BA (Conv. ICM 44/75);
- B) Arroz: aplicou alíquota interna de 17% quando o correto é 7% (art. 16, I do Lei 7.014/96);
- C) Com NCM 17011100 e 17011300 (Açúcar), que em 2012 eram submetidos à Substituição Tributária (Anexo I, item 1, do RICMS e Protocolo ICMS 21/91);
- D) Com NCM 19012000 (Farinha de Trigo) NCM 19021100; 19021900 (Massas alimentícias...); NCM 19059020 e 19053200 (Outras bolachas...); NCM 0201.3000, 0201.12010, 0206.2910 e 0206.2200 (carnes bovinas) tributados pelo regime ST (Anexo I, 11, 11.13; 11.16; 11.23 e 26; 11.27 e 11.28 do RICMS/2012);

Pela análise das provas juntadas com a defesa constato que o sujeito passivo apresentou demonstrativos próprios pertinentes a suas alegações, a exemplo dos produtos hortícolas contemplados com isenção do ICMS pelo Convênio ICM 44/75 (morango, limão, cenoura, banana.... (fls. 69 a 74) e cópias das NFes correspondentes (fls. 75 a 274).

Da mesma forma procedeu com relação aos produtos com alíquota de 7% (arroz) e submetidos ao regime de ST (fls. 274 a 285).

Pelo exposto, constata-se que as alegações defensivas se fizeram acompanhar das provas documentais, que foram acatadas pelo autuante e acolhidas no julgamento proferido pela 5ª JJF.

Assim sendo, fica mantida a Decisão pela procedência em parte da infração 2, com redução do débito de R\$70.229,44 para R\$23.628,05, conforme planilha à fl. 50 dos autos.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232943.3011/16-8**, lavrado contra **ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.527,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS