

A. I. Nº - 274068.0008/12-2
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 08.07.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0119-02/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração reconhecida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. **b)** APROPRIAÇÃO EM VALOR MAIOR DO QUE O CONSTANTE NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. **c)** MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Confirmada a utilização dos aludidos créditos. Mantida a exigência. **d)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Confirmada a utilização dos aludidos créditos. Mantida a exigência. **e)** MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO. IMOBILIZADO. Infração reconhecida. **f)** DOCUMENTO FISCAL UTILIZADO EM DUPLICIDADE. Infração reconhecida. **g)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 18/12/2012, para constituir o crédito tributário ao ICMS no valor histórico de R\$80.225,53, acrescido da multa de 60%, em razão de:

Infração 01 - 03.01.01 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração ICMS. Tudo conforme anexos 1 e 2 que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Valor histórico R\$ 149,22.

Infração 2 – 01.02.42 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. O contribuinte lançou no livro Registro de Apuração no campo outros créditos valores sem a documentação comprobatória. Tudo conforme anexo 3, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Valor histórico R\$52.904,79.

Infração 3 – 01.02.40 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). Tudo conforme anexo 4, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Valor histórico R\$126,82.

Infração 4 – 01.02.05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Tudo conforme Demonstrativo de Crédito Indevido de Mercadoria com Substituição – Anexo 5, que faz parte do auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Valor R\$10.168,54.

Infração 5 – 01.02.26 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saída subsequente beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Tudo conforme Demonstrativo de Crédito Indevido de Mercadoria Isenta – Anexo 6, que faz parte do auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Valor histórico R\$7.138,35.

Infração 6 – 01.02.01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Tudo conforme Demonstrativo

de Crédito Indevido de Mercadoria Ativo – Anexo 7, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Valor histórico R\$103,39.

Infração 7 – 01.02.20 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento(s) fiscal(is) em duplicidade. O contribuinte lançou em duplicidade a Nota fiscal 038.673, em 11/09/2008 e 12/11/2008. Tudo conforme Relação de Notas Fiscais em Duplicidade - Anexo 8, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Valor histórico R\$52,50.

Infração 8 – 01.02.26 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. O contribuinte se creditou indevidamente de 100% do crédito de embalagem, quando o correto seria utilizar o crédito proporcionalmente às operações de saídas tributadas pelo imposto, conforme estabelece o art. 93, § 1º, II do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Tudo conforme anexos 9 e 10, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Valor histórico R\$9.581,92.

O autuado ao impugnar o lançamento tributário, folhas 59 a 61, mediante advogado habilitado nos autos, inicialmente, requer que todas as notificações e intimação relativas ao feito sejam direcionadas aos advogados contratados, legítimos representantes da autuada na ação administrativa instaurada, conforme poderes constantes da procuração.

Esclarece que irá se reportar somente aos itens 04 e 05, de acordo com os demonstrativos, que identifica cada Nota Fiscal, produto e a situação correspondente, e documentos acostados aos autos, a autuada não se apropriou indevidamente de créditos fiscais, posto que as mercadorias foram tributadas, tudo em consonância, inclusive, com o disposto no art. 506-G, do RICMS. Acrescenta que alguns produtos foram vendidos através do restaurante, sendo normalmente tributados.

Frisa que as planilhas anexadas com na impugnação indicam, para cada NF e produto, a motivação da utilização do crédito fiscal (arts. 506, 15, inciso XLII, venda através do restaurante, tributação normal etc.), sendo desnecessária a repetição dos fundamentos. O fisco, inclusive, fez autuações sobre diversas mercadorias cujos créditos correspondentes agora estão sendo cobrados, quando supostamente não identificou lançamentos de débitos em saídas (vários tipos de “canjica”).

Ao final, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, revisão por fiscal estranho ao feito.

A autuante, fls. 109 a 113, ao prestar a informação fiscal, salienta que a defesa reconhece os itens 01, 02, 03, 06, 07 e 08, tendo formalizado o pedido de parcelamento nº 744131.

Destaca que para fazer jus ao art. 506-G, os estabelecimentos fabricantes de massas alimentícias, biscoitos ou bolachas que adquirirem a qualquer título farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo poderão, mediante e na forma prevista em Regime Especial, pode apurar o imposto relativo a antecipação tributária das mercadorias oriundas do exterior ou de Estados não signatários do Protocolo ICMS nº 46/00 e reapurar o imposto pago por antecipação nas aquisições oriundas de Estados signatários do referido protocolo, devendo o imposto ser recolhido até o 10º dia do mês subseqüente a entrada da mercadoria no estabelecimento, conforme estabelece o art. 506-E do RICMS. Aduz que o autuado fez uso do direito sem possuir o respectivo Regime Especial, conforme exige a legislação. Portanto, os créditos usados pela impugnante baseados no art. 506-G são indevidos.

Em relação a infração 04, aduz que os produtos elencados nas folhas 69 a 73 são da substituição tributária, passando ao exame dos produtos caso a caso, *in verbis*:

- a) *coxinhas de frango – tiveram dois fornecedores, o de IE: 41.011.715 sem nota fiscal de entrada correspondente e o de IE: 25.236.732 com a NF 160.243, folhas 91, que erradamente não tem a substituição, determinada no art. 353, II;*

- b) *iogurtes – tiveram três fornecedores, os de IE: 38.971.309 e 78.213.995 sem nota fiscal de entrada correspondente e de IE: 29. 369.830 com a NF 15.389, folhas 89, que erradamente não tem a substituição, determinada no art. 353, II, 3.3;*
- c) *churrascos – com a NF 419.391, folhas 95, que erradamente não tem a substituição, determinada no art. 353, II, 9;*
- d) *em relação a massa pizza a impugnante alegou o art. 506-G, que como demonstrado acima, os créditos usados pela impugnante baseados neste artigo são indevidos;*
- e) *café manha kg e carne a kg, que a impugnante alegou que os produtos são tributados normalmente, mas não anexou comprovação que os produtos tiveram saída tributada. Estes produtos estão sujeitos a substituição, conforme o art. 353, II, 10 para café e art. 353, II, 9 para carne.*

Em relação a infração 05, destaca que os produtos elencados nas folhas 74 são sujeitos a redução de 100% da base.

Salienta que o file de merluza e peixe salmão tem 100% da redução da base de cálculo conforme determina o art. 87, XXXVI do RICMS. Ressalta que não existe tributação conforme art. 14, XLII ou art. 15 XLII, do RICMS, vigente na época do fato gerador. Ressalta que estes artigos tratam de isenção. Acrescenta que não existe o inciso XLII para estes artigos.

Assevera que as canjiquinhas têm 100% da redução da base de cálculo conforme determina o art. 87, XXX do RICMS.

Em relação ao pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, diz que não se faz necessária, pois todos os dados necessários a elucidação do auto se encontram no respectivo PAF.

Ratifica as infrações 4 e 5.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 08 (oito) infrações.

Na impugnação o sujeito passivo reconheceu as infrações 01, 02, 03, 06, 07 e 08, portanto, não existe lide em relação às mesmas, estando devidamente caracterizadas.

Portanto, no caso em tela a lide persiste, apenas, em relação às infrações 04 e 05, as quais passo a analisar.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Na infração 04 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Consta ainda da acusação que os valores foram apurados conforme Demonstrativo de Crédito Indevido de Mercadoria com Substituição – Anexo 5.

Por sua vez, na infração 05 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saída subsequente beneficiadas com isenção ou redução do imposto, conforme Demonstrativo de Crédito Indevido de Mercadoria Isenta – Anexo 6.

Em sua defesa o sujeito passivo aduz que não se apropriou indevidamente de créditos fiscais, posto que as mercadorias foram tributadas, tudo em consonância com o disposto no art. 506-G, do RICMS/97, e que alguns produtos foram vendidos através do restaurante, sendo normalmente tributados. Frisa que as planilhas anexadas na impugnação, indicam, para cada NF e produto, a motivação da utilização do crédito fiscal (arts. 506, 15, inciso XLII, venda através do restaurante, tributação normal etc.).

Entendo que o argumento defensivo, no presente caso, não é capaz de amparar a utilização do referido crédito fiscal objeto da lide uma vez que o contribuinte autuado não apresentou nenhum Regime Especial, conforme previsto no artigo 506-E, do RICMS/97, com a redação estabelecida pela Alteração nº 81 (Decreto nº 10.156, de 13/11/06, DOE de 14/11/06), efeitos a partir de 14/11/06.

O sujeito passivo somente poderia adotar o referido procedimento após haver uma autorização expressa da Administração Tributária do Estado da Bahia, nos limites e condições previstas no mesmo. Ocorre que o autuado não comprovou, na presente lide, ter qualquer tipo de regime que ampare seu procedimento.

Analisando os produtos elencados nas folhas 69 a 73, infração 04, com bem foi destacado na informação fiscal, são da substituição tributária, conforme abaixo:

- a) *coxinhas de frango – tiveram dois fornecedores, o de IE: 41.011.715 sem nota fiscal de entrada correspondente e o de IE: 25.236.732 com a NF 160.243, folhas 91, que erradamente não tem a substituição, determinada no art. 353, II;*
- b) *iogurtes – tiveram três fornecedores, os de IE: 38.971.309 e 78.213.995 sem nota fiscal de entrada correspondente e de IE: 29.369.830 com a NF 15.389, folhas 89, que erradamente não tem a substituição, determinada no art. 353, II, 3.3;*
- c) *churrascos – com a NF 419.391, folhas 95, que erradamente não tem a substituição, determinada no art. 353, II, 9;*
- d) *em relação a massa pizza a impugnante alegou o art. 506-G, que como demonstrado acima, os créditos usados pela impugnante baseados neste artigo são indevidos;*
- e) *café manha kg e carne a kg, que a impugnante alegou que os produtos são tributados normalmente, mas não anexou comprovação que os produtos tiveram saída tributada. Estes produtos estão sujeitos a substituição, conforme o art. 353, II, 10 para café e art. 353, II, 9 para carne.*

Não resta dúvida que o artigo 353, do RICMS/97, estabelece que são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, dos produtos constantes do demonstrativo de débito, conforme abaixo:

Art. 353

...

***II** - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

...

3.3 - iogurtes – NCM 0403.10.00;

***9** - produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, exceto charque - NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210 (Lei nº 7.753/00);*

***10** - café torrado ou moído – NCM 0901.21.00 e 0901.22.00;*

De igual forma não acolho a alegação de teria tributada os produtos das saídas realizadas, foi a defesa não apresentou elementos para comprova sua alegação.

Logo, entendo que a infração 04 restou caracterizada.

Especificamente em relação ao item 5, não resta dúvida de que os produtos elencados pela defesa à folha 74 são sujeitos a redução de 100% da base de cálculo. O file de merluza e peixe salmão tem 100% da redução da base de cálculo conforme determina o art. 87, XXXVI do RICM/87, conforme abaixo:

***Art. 87.** É reduzida a base de cálculo:*

...

***XXXVI** - das operações internas com pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, em 100% (cem por cento), observada a vedação ou estorno do crédito fiscal, nos termos dos arts. 97 e 100, sendo que o benefício previsto neste inciso não se aplica:*

- a) à operação que destine o pescado à industrialização;*
- b) ao pescado enlatado ou cozido;*
- c) ao pescado seco ou salgado.*

Em relação ao produto canjiquinha, cabe ressaltar que têm 100% da redução da base de cálculo conforme determina o art. 87, XXX do RICMS/97, *in verbis*:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

...

XXX - das operações internas com sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho em 100% (cem por cento);

Assim, entendo que a infração 05 restou caracterizada.

Por fim, no que concerne a indicação do impugnante para que as intimações sejam realizadas no advogado, ressalto que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Observo, contudo, que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, que orienta, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 274068.0008/12-2, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$80.225,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “b”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de junho de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA