

A. I. N° - 206881.0001/13-6
AUTUADO - TEMES COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - EUGÉNIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 06. 12. 2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0290-01/13

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. PRODUTOS ESCRITURADOS. DIVERSOS. A alegação defensiva de que a maioria dos produtos foi adquirida com a tributação antecipada, por força do regime da Substituição Tributária ou beneficiada com a isenção do imposto não se confirma. Incabível a aplicação da IN nº 56/07. Caracterizada a infração. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. O autuado não faz prova da escrituração das notas fiscal, pede apenas o cancelamento da multa. Penalidade subsistente. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Penalidade reconhecida 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. O conjunto das provas juntado atestam a inidoneidade das notas fiscais, cujo crédito fiscal é vedado, conforme o art. 97, inciso VII do RICMS-97/BA. Infração caracterizada. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTOS FISCAL. O autuado não faz prova de regularidade das operações. Infração subsistente. c) SAÍDA SUBSEQUENTE ISENTA. Infração reconhecida. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO FIXO EM OUTRO ESTADO. Infração reconhecida. 5. OPERAÇÕES TRIBUTADAS SAÍDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 6. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOR RURAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Infração reconhecida. Rejeitadas preliminares suscitadas pelo autuado. Indeferidos os pedidos de revisão fiscal e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/03/13, para exigir crédito tributário, no valor de R\$ 136.078,16, em decorrência das infrações a seguir descritas

01. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor total de R\$ 81.413,35, quando vendeu mercadorias tributáveis a consumidor final através de ECF (Equipamento Emissor de Cupom Fiscal), conforme demonstrativo de erro na determinação da alíquota, além de fotocópia de livro Registro de Saída (anexo I) e multa de 60%.

02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro da escrita fiscal, no valor total de R\$ 7.693,33, conforme demonstrativo das notas fiscais de entradas não registradas, fotocópias dos documentos fiscais respectivos e do livro Registro de Entradas (anexo II) - multa de 10%.

03. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro da escrita fiscal, no valor total de R\$ 300,00, conforme demonstrativo das notas fiscais de entradas não registradas, fotocópias dos documentos fiscais respectivos e do livro Registro de Entradas (anexo II) - multa de 1%.

04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo, no valor total de R\$ 32.826,66, quando se creditou de notas fiscais, cujas AIDF's (Autorização de Impressão de Documentos Fiscais), não foram autorizadas pela SEFAZ, conforme Demonstrativo Auditoria de Crédito Indevido – documento fiscal inidôneo, fotocópias das notas fiscais, relatórios de informações de contribuinte e PAIDF (anexo I) e multa de 100%, nos meses de janeiro/dezembro 2008.

05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no valor total de R\$ 9.255,98, emitido pela empresa SUPER REIS DE ALIMENTOS LTDA., conforme Demonstrativo de Crédito Indevido, bem como fotocópias do Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais (anexo IV) e multa de 60%. Julho e novembro de 2008..

06. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de impostos, no valor total de R\$ 2.965,79, conforme Demonstrativo de Proporcionalidade de uso de crédito fiscal em aquisição de embalagens e do percentual de vendas de mercadorias tributáveis, bem como fotocópias do livro Registro de Apuração de ICMS (anexo IV) e multa de 60%. Maio / dezembro de 2008.

07. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativo da Diferença de Alíquotas – Ativo Imobilizado e fotocópia da nota fiscal respectiva, em agosto 2008, valor R\$ 186,60 e multa de 60%.

08. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor total de R\$ 425,31, conforme demonstrativo das saídas de mercadorias tributadas como não tributadas e fotocópias do livro Registro de Saídas (anexo VII). Multa 60%, período fevereiro/março, maio/junho e dezembro de 2008.

09. Deixou de recolher ICMS relativo à aquisição de mercadorias de produtor rural extrator não inscrito no cadastro estadual de ICMS, na qualidade de responsável solidário, no valor total de R\$ 1.011,14, quando utilizou indevidamente crédito fiscal de mercadorias tributadas adquiridas de não inscrito, tendo emitido notas fiscais de entradas não recolhendo o imposto devido, conforme Demonstrativo de Crédito indevido (Anexo VIII). Multa 60%, período julho / dezembro de 2008.

O sujeito passivo protocola suas razões de defesa, fls. 558/569, através de seu advogado com Procuração à fl. 570, apresentando impugnação pela improcedência das infrações 01, 02, 04 e 05; informa que as demais infrações 03, 06, 07, 08 e 09 serão pagas.

Preliminarmente, suscita a decadência nas infrações 01 e 04, considerando que tomou ciência do auto de infração em 04/04/2013, ficando, naquela data, interrompida a fruição do prazo decadencial referente ao crédito tributário do Estado da Bahia, que envolve lançamentos anteriores à 04/04/2008. Diz porque, cabendo ao contribuinte o dever de apurar e antecipar o pagamento do ICMS, sem prévio exame da autoridade administrativa, há que se classificar o referido tributo na modalidade de lançamento por homologação, na forma do artigo 150 do CTN.

Transcreve precedente do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (Recurso nº 146114, Sexta Câmara, Recorrida 2ª Turma/DRJ-Belém/PA), reproduz a ementa do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência (nº 101.407-SP, em que

foi Relator o Exmo. Sr. Ministro Ari Pagendler: “nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador” Conclui que seja na instância administrativa, seja na judicial, é incontroversa a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, pois não se pode admitir que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial seja superior a 05 anos. Por esta razão espera, em preliminar, a exclusão dos lançamentos realizados e referentes aos períodos anteriores à 04/04/2008, uma vez que os mesmos já ultrapassaram o limite de 05 anos.

Argui que na infração 01, importante aspecto que a ação fiscal desprezou foi o ramo de atividade do estabelecimento (Supermercado), onde a grande maioria dos produtos que se adquire ou já são tributados antecipadamente (mercadorias substituídas, como bebidas alcoólicas, refrigerantes, cigarros etc.) ou são isentos (frutas, verduras etc), não se podendo tributar novamente as mercadorias substituídas ou cobrar de produtos isentos.

Diz que o Conselho da Fazenda do Estado já julgou improcedentes tais autuações justamente porque “descabe a exigência do imposto por presunção, tendo em vista que as mercadorias comercializadas pela empresa, em sua totalidade, são enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto é recolhido por antecipação quando do seu ingresso no estabelecimento” (acórdão JJF nº 0491-04/04).

Cita o art. 356, RICMS/97, para deduzir que ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação, as operações internas subsequentes., e, assim sendo, “o roteiro de fiscalização utilizado pelo autuante não é o apropriado ao ramo de atividade desenvolvido pelo autuado”; portanto, a tal presunção da autuação, calcada no inciso VI, § 3º, do art. 2º do RICMS, não deve ser aplicada para cobrança de ICMS, pois implica dupla cobrança de ICMS para os produtos adquiridos e comercializados.

Pede ainda a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução normativa nº 56/2007, além da revisão fiscal para verificação das mercadorias da substituição tributária, caso não se decrete a nulidade da autuação.

Na infração 02, requer a redução da multa aplicada, uma vez que esta não foi praticada com dolo, fraude ou simulação, além de não ter implicado em falta de recolhimento do imposto, nos termos do §7º do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, servindo como parâmetro o Acórdão CJF nº 0206-12/05, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que ementa.

Na infração 04, argumenta que se imputa ao sujeito passivo, entre o período de 31/01/2008 à 31/12/2008, a suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por se valer de documentação fiscal inidônea. Alega que, em 2008, quando adquiriu as mercadorias das empresas M & S Comercial de Alimentos Ltda – ME e Rondon Comércio de Alimentos Ltda., v. g., estas atuavam regularmente no ramo atacadista, mantinham endereço fixo com inscrição estadual neste Estado sob o nº 47.523.018 e 26.969.594, além de CNPJ sob o nº 01.402.060/0002-84 e 00.444.677/0001-19, respectivamente.

Questiona que eventual irregularidade cadastral dos alienantes não pode servir de fundamento para aplicação, posto que a simples suspensão ou cancelamento de inscrição de contribuinte em cadastro não gera, automaticamente, a desconsideração ou glosa do crédito decorrente das operações ocorridas anteriormente, pois esta glosa depende da publicação de edital, neste sentido, pela Secretaria da Fazenda e, concomitantemente, a falta de demonstração, pelo sujeito passivo, da efetividade do negócio.

Argui que, dessa forma, as operações prestadas, realizadas e comprovadas, inseridas numa cadeia negocial, não podem simplesmente serem ignoradas e seu crédito impedido de gozo, sob a simples afirmação de que o emitente das notas fiscais é inidôneo. Cita, nesse sentido, a lição de José Eduardo Soares de Melo.

Destaca que as empresas só foram consideradas não habilitadas em 04/05/2009 e 03/03/2011, ou seja, após a regular comercialização das mercadorias que ocorreram em 2008.

Com relação à infração 05, argumenta que não conseguiu localizar a documentação comprobatória da operação realizada e que resultou no aproveitamento do crédito, glosado no presente PAF. Diz que continuará nos seus trabalhos de identificação da documentação fiscal pertinente. Conclui pela improcedência das infrações impugnadas.

A Auditora Fiscal, presta Informação Fiscal, fls. 573/584, e com respeito à nulidade suscitada pelo sujeito passivo para os itens 2 e 4, diz que não procede a arguição de decadência, pois quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, ou seja, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no art. 173 inciso I do Código Tributário Nacional, bem como no art. 965 inc. I do RICMS/Ba aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que estabelece que “O direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Diz que não houve a extinção do crédito tributário com base no parágrafo 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, pois tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, depois de decorridos os cinco anos previstos legalmente, são aceitos, pelo sujeito ativo da relação tributária. Completa que os fatos geradores ocorreram no período de janeiro a dezembro de 2008, e o prazo para a constituição do crédito se extinguiria no dia 01/01/2014. Como o presente Auto de Infração foi lavrado no dia 28/03/2013, não se pode configurar a decadência para o lançamento do tributo. Transcreve decisões do CONSEF, nesse sentido.

Conclui que o pedido de nulidade com base nas alegações da defesa não tem previsão nos dispositivos regulamentares (art. 18 do RPAF Decreto nº 7.629/99).

Na infração 1 informa que para instruir o presente processo foi anexado aos autos o demonstrativo que detalha a infração cometida, Demonstrativo Auditoria do Erro na Determinação da Alíquota – anexo I (fls. 14 a 62), bem como as fotocópias do Livro Registro de Saídas (fls. 63 a 121), tendo sido dado cópias a autuada do citado demonstrativo e dos arquivos eletrônicos respectivos (fl. 494 à 495).

Diz que não procede o argumento de presunção, na exigência do imposto, em razão do ramo de atividade da empresa (supermercado). Reitera que houve a venda através de cupom fiscal de mercadorias tributadas com erro na alíquota aplicada (alíquota 0%) e incabível a aplicação da IN 56/07.

Na infração 02, a falta de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias tributadas na escrita fiscal), tendo como prova das mesmas o Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas não Registradas, as respectivas notas fiscais de entradas, além do Livro Registro de Entradas, constantes do anexo II folhas n. 122 à 310 do PAF. Diz que entregou ao contribuinte cópia do demonstrativo fiscal e das notas fiscais capturadas no CFAMT, sendo prova suficiente da realização das operações de aquisição das mercadorias nelas consignadas e destinadas ao contribuinte e que não foram registradas em sua escrita fiscal.

Assevera que o autuado pede apenas o cancelamento ou redução da multa pelo descumprimento de obrigação acessória, não apresentando em sua defesa nenhuma prova de que não cometeu a infração, o que não pode ser procedente, nos termos do art. 42 inc. IX da Lei nº 7.014/96 e no art. 915 inc. IX do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Relativamente à infração 04 (aquisição com documento inidôneo), diz que o art. 97, inciso VII do RICMS/Ba veda a apropriação de crédito fiscal relativo à aquisição de mercadorias, quando se tratar de documento fiscal inidôneo (art. 209). Explica que o fundamento para se considerar os documentos fiscais inidôneos que gerou o crédito fiscal, está baseado na conclusão de que as empresas emitiram documentos fiscais com impressão não autorizada pela SEFAZ.

Observa que nas fotocópias das notas fiscais, que acostou aos autos, fls. 343 à 357, nenhuma das AIDF's consignadas nos documentos fiscais foram autorizadas pela Secretaria da Fazenda. Assim, a AIDF nº. 99620349162007 de 16/10/2007 constante das notas fiscais emitidas pela empresa RONDON COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., AIDF nº. 99620349162007 de 07/08/2007 constantes das notas fiscais emitidas pela empresa M & S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA., e AIDF nº 17570036672007 de 11/09/2007 constantes das notas fiscais emitidas pela empresa TRIGON COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., conforme PAIDF/AIDF anexo fls. 317 a 319 e 321 a 323. Verificou que o mesmo número de AIDF constam das notas fiscais das duas primeiras empresas (RONDON e M & S) acima referidas, ou seja comprovando que estes documentos são inidôneos.

Destaca a Lei nº 7.014/96, no art. 31 determinando que o direito ao crédito fiscal, para compensação com o débito do imposto, está condicionado a idoneidade da documentação perante a legislação tributária estadual. Diz ainda que o art. 39 inc. V do RICMS/BA determina que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, qualquer pessoa física ou jurídica em relação as mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples faturamento desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.

Assinala que as empresas fornecedoras não recolheram imposto normal e não apresentaram DMA no período de emissão das notas fiscais respectivas, bem como constam do cadastro no período fiscalizado conforme Relatórios INC – Dados Cadastrais os respectivos Editais de inaptidão, anexos fl. 315 (M & S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.) e fl. 332 (TRIGON LOCAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA.

Diz que o sujeito passivo está obrigado pela legislação tributária estadual, a exigir do emitente de documentos fiscais que o faça dentro das normas legais, pois as transações decorrentes estão sujeitas a créditos fiscais que, para serem utilizados, têm que ser legítimos. Ressalta que a TRIGON LOCAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA. – Atividade econômica locação de automóveis sem condutor, histórico de atividade econômica em 2008 – Padaria e confeitoria (varejista), conforme Relatório INC – Dados Cadastrais anexo fls. 331 a 333, vendendo para autuada por atacado BOBINAS PLÁSTICAS, BANDEJAS, SACOLAS E FILMES PVC. Da mesma forma a M & S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. - Atividade econômica comércio varejista de mercadorias em geral, conforme Relatório INC – Dados Cadastrais anexo fl. 314 a 315, vendendo para a empresa autuada por atacado BOBINAS PLÁSTICAS. Ainda a RONDON COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. – Atividade econômica comércio varejista de mercadorias em geral, conforme Relatório INC – Dados Cadastrais anexo fl. 324, vendendo para a empresa autuada por atacado SACOLAS, BANDEJAS, FILMES, BOBINAS.

Pede a procedência dessa exigência, precedente no Acórdão JJF Nº. 0145-02/13 (PAF nº 206881.0009/12-9).

Com relação à infração 05, diz que o autuado aproveitou-se dos créditos originados da empresa SUPER REIS DE ALIMENTOS LTDA., inapta no cadastro da SEFAZ, conforme Editais anexo fls. 360 e 361 do PAF. Finaliza pela improcedência do auto de infração.

É o relatório.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da exigência das infrações à obrigação principal e acessória descritas e relatadas na inicial dos autos.

Nas suas alegações defensivas, o autuado não apresentou qualquer impugnação quanto às infrações 03, 06, 07, 08 e 09, mas reconhece-as, afirmando que fará os respectivos pagamentos. Considero, pois, que tais infrações estão devidamente confirmadas, não existindo lide e fora da apreciação do relator. Insurge-se, no entanto, o sujeito passivo, com relação às infrações 01, 02, 04 e 05, as quais serão objeto das análises que seguem:

Cumpre, antes, examinar as questões de cunho formal suscitadas pelo sujeito passivo.

Em obediência ao devido processo legal, o processo administrativo fiscal - PAF em debate está revestido de todas as formalidades legais, sem violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo fiscal, sendo entregues ao autuado as peças necessárias a sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprovou. Os dispositivos legais infringidos foram consignados no Auto de Infração, aduzindo a sua motivação, com a indicação dos fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública e o objeto do ato de constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Albergado no §4º do art. 150, CTN e sob o argumento que sua ciência acerca da autuação deu-se em 04/04/2013, o crédito tributário referente ao período anterior a esta data estaria atingido pela decadência, no entendimento da homologação tácita pelo Fazenda.

Essa questão, através de inúmeros acórdãos, é plenamente pacificada neste CONSEF. A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “*se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador*”. O prazo citado acima é, portanto, para homologar e não para lançar. Trata-se de atividades distintas, desempenhadas pelo Poder Público tributante.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81 (Código Tributário Estadual), que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A falta de pagamento integral de tributo cujo lançamento se dê por homologação no prazo regulamentar faz surgir para a Fazenda Pública o direito subjetivo de constituir o crédito tributário por meio do lançamento de ofício. Esse direito do Estado, sob pena de extinção, deve ser exercido em determinado lapso de tempo. O tempo deve ser contado, como já visto, segundo o que dispõe o artigo 173, I do CTN, ou seja, em cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

Por tal razão, a decadência dos fatos relativos ao período questionado pelo sujeito passivo, acima alinhado, somente se operaria a partir do dia 31/12/2013. Diante do exposto não acolho as razões de extinção do direito da fazenda estadual de constituir os créditos tributários arguidos.

O pedido de revisão fiscal para verificação da inclusão de mercadorias com substituição tributária no levantamento fiscal, na infração 01, também resta indeferido, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de juízo de valor, nos termos do art. 147, II, RPAF/BA., aprovado pelo Decreto 7.629/99. Assim, não logra êxito o pedido do autuado para a realização de revisão, perícia ou diligência para tal mister porque a providência não objetiva trazer aos autos as provas que sejam necessárias à impugnação. Diligência não é remédio para suprir falta de prova processual, mas o cumprimento de exigência processual ou material por ordem da autoridade competente consistente na elucidação da matéria suscitada (art. 150, I, RPAF BA), do que não carece a lide em questão.

No mérito, a primeira infração exige o recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nas vendas tributáveis.

O Auditor Fiscal elaborou relatório com a discriminação de produtos comercializados pelo autuado e cujas saídas ocorreram sem a devida tributação, conforme demonstrativo fiscal (Anexo I), fls. 15/62 e cuja cópia foi entregue ao autuado, em recibo firmado, na fl. 62, relativamente às diferenças no recolhimento do ICMS nas saídas dos vários produtos.

O autuado, nas razões, argumenta que não foi observado a sua atividade econômica de supermercados, onde a grande maioria dos produtos são adquiridos com a tributação antecipada, por força do regime da Substituição Tributária, tais como bebidas alcóolicas, refrigerantes,

cigarros ou beneficiados com a isenção, entre tais, frutas e verduras, que não sofrem tributação nas respectivas saídas. Requer ainda a aplicação da IN 56/07.

Examinando as peças que sustentam a presente exigência, verifico a discriminação de produtos tais como leite em pó NINHO que o contribuinte deu saída com alíquota zero, quando deveria ser tributado com alíquota de 7% (redução da base de cálculo, conforme art. 87, inciso XXI, RICMS 97-BA); idem para o leite de gado tipo longa vida (redução da base de cálculo para 7%, inciso XXXV, art. 87, RICMS/BA); queijos de prato, mussarela, que o contribuinte deu saída com alíquota zero, quando deveria ser tributado com alíquota de 12% (redução da base de cálculo, conforme inciso XXVIII, art. 87, RICMS/97-BA); papel higiênico, linguiça calabresa, presunto, leite condensado, detergente em pó, orégano Kitano, água de coco 200ml, azeite de oliva Gallo, produtos com tributação normal e alíquota de 17%, cujas saídas ocorreram sem tributação.

Constante ainda dos autos os itens “sobrecoxa marinado”, “filé de peito marinado”, “filé de peito assado”, “coxa sobrecoxa assada”, “frango resfriado assado”, produtos industrializados, com tributação normal (17%), diversos dos cortes de carnes e miudezas comestíveis, frescos, resfriados ou congelados presentes no item 9, inciso II, art. 353, RICMS/BA-97 que identificam os produtos enquadrados no Regime da Substituição Tributária. Há que se distinguir tais produtos, uma vez que a legislação do Estado da Bahia considerou na substituição tributária, no Estado, os 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).

Produtos marinados, assados são considerados industrializados, pois submetidos a um controle de seleção e classificação das matérias primas, adicionando carnes, condimentos, temperos, anti-oxidantes, antes de cozinhar ou assar. Conforme o Parecer GECOT DITRI nº 29.206/2012, frango temperado e/ou assado são alimentos cujo preparo culinário possibilita a sua comercialização para consumidor final como refeição, devendo sofrer tributação normal do imposto.

Com relação às bebidas identificadas no demonstrativo fiscal, o direito assiste à Fiscalização, considerando que no período da autuação, janeiro/dezembro de 2008, os produtos elencados estavam submetidos ao regime normal de tributação, uma vez que o item 2, inciso II, art. 353, RICMS/97-BA contemplava entre as bebidas sujeitas ao regime da Substituição Tributária por Antecipação nas Saídas Internas, apenas as operações com cerveja e chopes - NCM 2203, conforme se extrai do dispositivo abaixo transscrito, na redação dada ao item 2, do inciso II do *caput* do art. 353 pelo Decreto nº 9547, de 20/09/05, efeitos a partir de 01.10.05 até 31.03.09.

No que se refere ao iogurte, o Regulamento de ICMS ao tratar de substituição tributária em seu art. 352, inciso II, item 3.3, dispensa tal tratamento tributário, apenas para iogurte, cuja classificação fiscal esteja enquadrada na NCM 0403.10.00. O autuado, mesmo recebendo a listagem dos produtos segregados no levantamento fiscal, não cuidou de apresentar provas do efetivo NCM dos produtos identificados.

Por fim, não foram achados, entre os produtos listados no demonstrativo fiscal, fruta ou verdura, beneficiadas com a isenção; tampouco cabível, no caso concreto, a aplicação da Instrução Normativa nº 56/07, que orienta excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art. 2º do RICMS/97 (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, do que não trata a infração em debate.

Posto isso, a infração resta caracterizada e procedente é a exigência, no valor de R\$ 81.413,35.

A segunda infração trata de descumprimento de obrigação acessória com a imposição da penalidade de 10%, pela entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro da escrita fiscal, no valor total de R\$ 7.693,33.

A Auditora Fiscal elabora demonstrativo fiscal, discriminando as notas fiscais não registradas (Anexo II), acostando-o aos autos, fl. 123; junta ainda, cópias das respectivas notas fiscais, além

das páginas do livro Registro de Entrada comprovando a falta de escrituração das aludidas notas fiscais. O autuado pede apenas que seja cancelada ou reduzida a penalidade por ausência de dolo ou má fé.

Trata-se da presente exigência do descumprimento de obrigação acessória, dever instrumental de “fazer” a cargo do sujeito passivo, no interesse da fiscalização. O seu desatendimento cria embaraço no exame da tributação do próprio autuado e na implementação das políticas fiscais; o percentual de 10% previsto na norma (art. 42, inciso IX, Lei 7.014/96) incide sobre as operações não escrituradas. Mantida a exigência da penalidade, no valor de R\$ 7.693,33.

Na quarta infração, a acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo, no valor total de R\$ 32.826,66, tendo o autuado se creditado do imposto de notas fiscais, cujas AIDF's (Autorização de Impressão de Documentos Fiscais), não foram autorizadas pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

O Demonstrativo Auditoria de Crédito Indevido – documento fiscal inidôneo, acostado aos autos, fls. 312/313 relaciona as operações consideradas irregulares, cuja cópia foi entregue ao autuado. Constam ainda no PAF cópia das notas fiscais consideradas inidôneas, documentos extraídos do sistema da SEFAZ evidenciando as irregularidades apontadas nas operações glosadas pelo Fisco.

Argui o autuado que ao adquirir as mercadorias, as empresas fornecedoras M & S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. CICMS 47.523.018 (fl. 314) e RONDON COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. CICMS nº 26.969.594 estavam regulares no cadastro do Contribuintes do Estado da Bahia e que eventual irregularidade não pode servir de fundamento para a glosa de crédito fiscal, pois que a inabilitação depende da publicação de edital, neste sentido, pela Secretaria da Fazenda.

Examinando as peças que sustentam a exigência, constato, antes, que para as notas fiscais, que instruíram o valor do ICMS utilizado indevidamente, acostadas aos autos, fls. 343 à 357, nenhuma das respectivas AIDF, s (Autorização para Impressão de Documentos Fiscais) foram autorizadas pelo Secretaria da Fazenda. Assim, são fictas a AIDF nº. 99620349162007 de 16/10/2007 constante das notas fiscais emitidas pela empresa RONDON COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.); AIDF nº. 99620349162007 de 07/08/2007 constantes das notas fiscais emitidas pela empresa M & S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA., além da AIDF nº 17570036672007 de 11/09/2007 constantes das notas fiscais emitidas pela empresa TRIGON COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., conforme documentos de provas anexados às fls. 317 a 319 e 321 a 323. Verifique ainda que o mesmo número de AIDF constam das notas fiscais das duas primeiras empresas (RONDON e M & S) acima referidas, além da grafia semelhante na emissão dos diversos documentos fiscais e os valores arredondados consignados nas notas fiscais (R\$ 6.000,00; R\$ 6.500,00; R\$ 5.850,00) comprovam a fraude perpetrada e a inidoneidade dos aludidos documentos.

Cabível destacar que a Lei nº 7.014/96, no art. 31, determina que o direito ao crédito fiscal, para compensação com o débito do imposto, está condicionado a idoneidade da documentação perante a legislação tributária estadual. Ressalto a responsabilidade tributária solidária do contribuinte autuado, considerando o estabelecido no art. 39 inc. V do RICMS/97-BA ao determinar que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, qualquer pessoa física ou jurídica em relação as mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples faturamento desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea. Observando que o sujeito passivo está obrigado pela legislação tributária estadual, a exigir do emitente de documentos fiscais que o faça dentro das normas legais.

Ademais, as empresas fornecedoras não recolheram imposto normal, no período da autuação, conforme consta dos documentos anexados à presente exação, não apresentaram DMA em relação às notas fiscais emitidas, bem como constam do Relatórios INC – Dados Cadastrais respectivos Editais de inaptidão, anexos fl. 315 (M & S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.) e fl. 332 (TRIGON

LOCAÇÃO DE VEICULOS LTDA. Destaco ainda que a TRIGON LOCAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA.– Atividade econômica locação de automóveis sem condutor, histórico de atividade econômica em 2008 – Padaria e confeitoria (Relatório INC – Dados Cadastrais anexo fls. 331 a 333); a M & S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. - Atividade econômica comércio varejista de mercadorias em geral (Relatório INC – Dados Cadastrais anexo fl. 314 a 315); a RONDON COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. – Atividade econômica comércio varejista de mercadorias em geral (Relatório INC – Dados Cadastrais anexo fl. 324), todos com atividades varejistas, mas efetuando venda por atacado para o contribuinte autuado de BOBINAS PLÁSTICAS, BANDEJAS, SACOLAS E FILMES PVC.

Por fim, o art. 97, inciso VII do RICMS-97/BA veda a apropriação de crédito fiscal relativo à aquisição de mercadorias, quando se tratar de documento fiscal inidôneo (art. 209).

Esse conjunto probatório informa categoricamente o acerto fiscal na glosa do crédito fiscal, relativamente às tais operações com a utilização de documentação inidônea, conforme reza a legislação de regência. Contudo, cabível consignar que a vedação acima tratada é mitigada, admitindo-se a utilização do crédito fiscal correspondente, depois de sanada a irregularidade, ou se, não obstante o víncio do documento, houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado. O contribuinte autuado não se desincumbiu de apresentar tais elementos de provas. Infração caracterizada, no valor de R\$ 32.826,66.

Em derradeiro, na infração 05, a acusação fiscal revela que o autuado aproveitou-se dos créditos originados da empresa SUPER REIS DE ALIMENTOS LTDA., sem apresentar os documentos fiscais comprobatório do direito ao respectivo crédito.

O autuado garante, desde a inicial dos autos, que apresentará as notas fiscais que atestam a existência das operações, não o fazendo até o presente momento.

Infração subsistente, no valor que totaliza R\$ 9.255,98, conforme demonstrativo de fl. 359.

Voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206881.0001/13-6, lavrado contra **TEMES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 128.084,83**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 32.826,66 e de 60% sobre R\$ 95.258,17, previstas no art. 42, inciso IV, “j”, e II, alíneas “a”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 7.993,33**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR