

A. I. Nº - 298942.0302/13-1
AUTUADO - RONDELI & RONDELI LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 09/12/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0266-03/14

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. a) DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O RECOLHIMENTO EFETUADO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Foi constatado que o Contribuinte não pagou os valores corretos do imposto devido e o pagamento das diferenças ocorreu após o início da ação fiscal. Infração subsistente. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. b) MERCADORIA ISENTA.** Infrações não impugnadas. **c) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** É vedado o crédito do imposto relativo a mercadorias cuja fase de tributação se encontre encerrada. Mantida a exigência fiscal. **5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA.** Ficou comprovado, inclusive por meio de diligência fiscal realizada por preposto estranho ao feito, que as mercadorias autuadas foram objeto de processo de industrialização, por isso, as operações de saídas deveriam ter sido efetuadas com incidência do ICMS. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/03/2013, refere-se à exigência de R\$203.114,47 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 03.01.01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, junho, julho e agosto de 2008. Valor do débito: R\$194,90.

Infração 02 – 01.02.41: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de fevereiro, maio, novembro e dezembro de 2008; outubro a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$466,70.

Infração 03 – 01.02.03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2008; abril e agosto de 2009. Valor do débito: R\$2.359,88.

Infração 04 – 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$19.696,35.

Infração 05 – 03.02.02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$180.386,64.

O autuado apresentou impugnação às fls. 293 a 306, alegando que a ação fiscal que resultou na presente autuação foi efetuada com equívocos e irregularidades, comprometendo o seu resultado. Quanto à infração 01, alega que já havia constatado a irregularidade e efetuado o recolhimento do valor apurado, em 21/01/2013, portanto, anteriormente à data da autuação, mas o autuante incluiu indevidamente no auto de infração o valor que já havia sido recolhido.

Quanto às infrações 02 e 03, o defendente informa que reconhece o débito apurado e deverá recolher oportunamente, os valores exigidos.

Sobre a infração 04, o defendente alega que a acusação fiscal é decorrente de avaliação imprecisa e equivocada do autuante, diante de um equívoco inicial da empresa ao fazer o arquivo 54 do SINTEGRA. Informa que houve um erro inicial da empresa ao elaborar o arquivo 54, tendo em vista que o responsável pela digitação, ao consignar os produtos adquiridos sob o regime de antecipação tributária, consignou no referido arquivo 54, o valor do ICMS destacado nas Notas Fiscais, quando deveria apenas informar o valor da base de cálculo nas colunas apropriadas e sem a inclusão do valor do ICMS contido nas notas fiscais. Por conta disso, o autuante imaginou que a empresa tivesse utilizado os créditos fiscais correspondentes, quando na verdade não houve qualquer utilização pela empresa, dos aludidos créditos fiscais.

Diz que o autuante sequer analisou os livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, e partiu da presunção de que, se no registro 54 havia destaque do ICMS é porque houve utilização dos créditos. Como para a comprovação do fato seria necessário juntar cópia integral dos livros de 2008 e 2009, bem como as cópias de mais de 2.700 notas fiscais, o defendente requer seja determinada diligência fiscal por estranho ao feito para a comprovação do alegado.

Em relação à infração 05, o defendente alega que o autuante, mais uma vez, incorreu em grave equívoco. Desprezou as regras mais elementares de direito tributário, que não admite tributação de mercadorias que o próprio legislador colocou sob o abrigo do instituto da isenção tributária ou não tributação por redução da alíquota.

Salienta que o autuante resolveu tributar todas as vendas de leite longa vida, adquirido de outros Estados da Federação, sob o argumento de que não estava amparado pela redução da base de cálculo, já que essa redução somente se aplicava aos produtos fabricados neste Estado. Frisa que o autuante deve ter lastreado sua acusação fiscal com fundamento no art. 87, inciso XXXV, do RICMS-BA/97, que contempla apenas as operações internas com leite de gado tipo longa vida (pasteurizado), fabricado neste Estado, com redução da base de cálculo de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%.

Diz que a lógica do autuante é equivocada, por ferir frontalmente o art. 152 da Constituição Federal, que proíbe que os Estados, o Distrito Federal e os municípios estabeleçam diferença tributária entre bens e serviços de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Frisa que a norma do inciso XXXV do art. 87, do RICMS-BA/97 é inconstitucional, tanto é que o Procurador Geral da República já se manifestou pela inconstitucionalidade do Decreto nº 52.381/2008, de São Paulo, que reduzia em 100% a base de cálculo do ICMS, nas saídas internas de leite longa vida produzido em São Paulo. Comenta sobre o referido parecer e diz que os julgadores administrativos podem refutar a alegação defensiva sob o argumento de que não cabe aos julgadores declarar a inconstitucionalidade da lei na qual se fundamenta a autuação.

Afirma que é possível a autoridade administrativa declarar a inconstitucionalidade de uma lei e embora os órgãos administrativos de julgamento venham decidindo por sua incompetência para efetuar o controle da constitucionalidade, há os que sustentam a possibilidade de a Administração declarar a inconstitucionalidade de leis. Neste sentido, cita o entendimento do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Também alega que se encontra contido nesta infração, no ano de 2008, o valor de R\$6.178,39 e em 2009, o valor de R\$4.442,53 relativos a diversos produtos como: brócolis congelado, coco seco, milho verde congelado, ervilha congelada, ervilha partida, mix de vegetais, seleta de legumes,

que estão devidamente amparados por normas de isenção tributária. Transcreve o art. 14 do RICMS-BA/97 e afirma que o autuante está a cobrar ICMS sobre venda de produtos reconhecidamente isentos.

Reproduz, ainda, os arts. 78-A e art. 87, além do art. 353 do RICMS-BA/97, e afirma que os produtos classificados como marinados estariam inclusos como não tributados e não sujeitos à cobrança do ICMS, como pretende o autuante. Também comenta sobre a mistura para pão e ceras, encáusticas, preparações e outros, constantes no item 16.7 do mencionado art. 353. Ressalta que o autuante, em interpretação puramente subjetiva, decidiu dar sua interpretação pessoal aos dispositivos do RICMS-BA, com o fito de cobrar imposto onde a lei não autoriza, nem permite. Diz que o autuante se equivocou, completamente; houve grave equívoco de avaliação do autuante, o que poderá ser constatado em qualquer trabalho de revisão fiscal a ser determinado por este órgão julgador. Comenta sobre a necessidade de diligência e perícia, afirmando que em virtude dos equívocos constatados, torna-se indispensável a realização tanto de diligência por fiscais estranhos ao feito, quanto de perícia para constatação da veracidade do alegado nas razões de defesa. Pede a nulidade e improcedência da autuação, em face dos argumentos defensivos apresentados.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 316 a 319 dos autos. Quanto à infração 01, diz que o recolhimento alegado pelo defendente, se foi efetuado, o contribuinte já estava sob ação fiscal ao ser intimado para apresentação de livros e documentos, por isso, a espontaneidade já havia se encerrado. Diz que o defendente reconheceu como devidos os valores apurados nas infrações 02 e 03.

Quanto à infração 04, informa que à fl. 10 do presente processo o autuado foi intimado a apresentar e corrigir os arquivos magnéticos, e novos arquivos foram apresentados, com os valores totais do crédito que conferem em 100% com os valores lançados no livro fiscal. Diz que a acusação de erro nos arquivos constitui outra infração passível de multa. Se houve erros nesses produtos, com lançamentos indevidos de créditos, significa que outros produtos também tiveram créditos indevidamente não lançados no arquivo. Informa que, por falta de apresentação de dados e/ou provas sobre a questão, a defesa é totalmente incabível.

Sobre a infração 05, reproduz as alegações defensivas e informa que ao analisar mais de dez mil itens teve algumas dificuldades, porque no período fiscalizado os produtos não possuíam o código NCM, sendo impossível saber a verdadeira composição e processo que foram submetidos os produtos.

Analisa cada um dos produtos citados pelo defendente e apresenta o entendimento de que benefícios fiscais devem ser aplicados observando a literalidade da lei, e estender os benefícios a outros produtos ou subprodutos pode desvirtuar a aplicação da Lei ou criar benefícios não previstos.

Também informa que antes de lavrar o Auto de Infração levou ao conhecimento do contribuinte as irregularidades apuradas e forneceu prazo para a sua manifestação, que foi realizada através de e-mail. Diz que informou ao defendente que os produtos questionados haviam, na maioria absoluta, apropriação do crédito, o que originaria uma infração diferente, então recebeu a resposta que deveria deixar como está. Diz que ficou surpreso com a defesa e as alegações apresentadas tiveram a intenção de protelar e postergar o pagamento do imposto devido.

Por fim, esclarece que o levantamento fiscal que acostou aos autos difere dos valores totais daqueles mencionados pelo defendente à fl. 310. Mantém a autuação em sua totalidade.

À fl. 364 o presente processo foi encaminhado em diligência à Infaz de origem solicitando que Auditor Fiscal estranho ao feito efetuasse revisão da infração 05, identificando, em detalhes, as mercadorias isentas ou não tributadas e aquelas que deveriam ter sido tributadas, mencionando, inclusive, o possível uso indevido de crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias exoneradas do ICMS por força de isenção, redução de base de cálculo ou outro benefício fiscal

concedido legalmente. Em seguida, que fosse dado conhecimento ao defendente do resultado da diligência fiscal.

A diligência solicitada foi cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito, conforme fls. 370/371, sendo informado que o leite longa vida sofre redução de base de cálculo de 41,176%, perfazendo a alíquota de 7% nas saídas internas. Se produzido no Estado ou adquirido de outra unidade da Federação, apenas para o atacadista beneficiário do Decreto 7799/00, conforme Parecer nº 11.821/2009, e o autuado não faz jus à alíquota de 7%, por ser varejista.

Em relação ao macarrão instantâneo, o preposto fiscal diz que apenas com o advento do Protocolo 80/2010, com efeitos a partir de 01/06/2010 esta mercadoria entrou para a substituição tributária, ficando mantida a autuação.

Sobre brócolis congelado, milho verde, ervilha partida, mix de vegetais e seleta de legumes, informa que o autuado não apresenta as NCM dessas mercadorias, credita-se do imposto e os produtos passam por um processo de seleção e embalagem que alteram a apresentação dos produtos para 300 g, 350 g, 400 g e 500g (fl. 317 do PAF), e isso configura industrialização, conforme o conceito que transcreveu.

Quanto ao coco seco, diz que descascamento não é processo de industrialização, porém ao selecionar e embalar um a um, não sendo exclusivamente para fins de transporte dessa mercadoria, tem-se aí acondicionamento ou industrialização.

Entende que marinados não são mercadorias em estado natural. Mistura para pão, lava auto, silicone, colas e limpa pneus não estavam classificados na substituição tributária no período fiscalizado (2008/2009).

Sobre alecrim, ervas finas, manjerição, manjerona e orégano em pó informa que passam por um processo de secagem, moagem, seleção e embalagem, que alteram as suas apresentações, e isto configura-se industrialização.

Em relação a arroz integral, flocos de milho, sal grosso, diz que também têm suas composições finais alteradas e ainda, o autuado se creditou na entrada dessas mercadorias. O preposto fiscal repete a afirmação de que os benefícios fiscais devem ser aplicados observando a literalidade da lei, e estender esses benefícios a outros produtos podem desvirtuar a aplicação da lei e criar benefícios não previstos em lei. Pede a procedência total do presente Auto de Infração.

Consta à fl. 375, “Termo de Confissão de Dívida” onde o autuado reconhece que o Estado da Bahia é credor do crédito tributário no valor de R\$151.313,10 a ser recolhido com benefício estabelecido na Lei 12.903/2013. Valor principal: R\$103.420,03 (fl. 377).

O defendente se manifestou às fls. 383 a 387 afirmando que o autuante não contestou todos os aspectos da defesa porque admitiu os fatos versados naquela peça de impugnação inicial. Diz que na diligência, foi constatado o mesmo equívoco do autuante em interpretação meramente subjetiva com o fito exclusivo de cobrar imposto onde a lei não autoriza nem permite. O impugnante requer seja decretada a nulidade da autuação, por estar eivada de incorreções e por não apresentar elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e a sua natureza.

O autuado também defende a necessidade de se deferir a prova pericial, que requereu, para que se apure se, efetivamente, ocorreram as infrações apontadas pelo autuante. Indica como assistente técnico o Sr. Hilton Chiste, contabilista, indicando o seu endereço e os quesitos a serem respondidos.

No mérito, reitera todos os termos da defesa inicial, afirmando que ali foram apresentados argumentos suficientes para um julgamento de improcedência e/ou completa nulidade do Auto de Infração. Reafirma que a imposição fiscal foi constituída por evidente equívoco do autuante ao elaborar demonstrativos e pretender tributar produtos isentos. Entende que deve ser decretada a nulidade ou a improcedência da autuação, mesmo com a revisão que fora realizada para reduzir

os valores cobrados. Reitera o pedido de nulidade e/ou improcedência do presente Auto de Infração.

Outra manifestação foi apresentada pelo defendente às fls. 397 a 400, alegando que as informações prestadas na diligência fiscal silencia diante dos argumentos articulados na defesa. As informações apuradas no levantamento fiscal decorreram de grave equívoco do preposto fiscal e as irregularidades contidas na escrituração da empresa foram exclusivamente de ordem formal e não significam sonegação tributária ou decorrente de operação de saídas de mercadorias sem o pagamento do imposto.

Por fim, o defendente reitera todos os termos de sua defesa inicial, afirmando que ali foram deduzidos argumentos suficientes para um julgamento de improcedência e/ou completa nulidade do Auto de Infração.

Consta às fls. 404, 405 e 408, requerimento de parcelamento de parte do débito apurado no presente Auto de Infração, nos valores totais apurados nas infrações 02 (R\$486,70) e 03 (R\$2.359,88) e parte da infração 05 (R\$100.573,43), conforme demonstrativo à fl. 407. Valor principal parcelado: R\$103.420,03

O Auditor Fiscal estranho ao feito, encarregado pela diligência anteriormente realizada, prestou informação fiscal às fls. 421/422, discordando das alegações defensivas, afirmando que retirou do próprio arquivo SINTEGRA enviado pelo contribuinte, demonstrando o fracionamento das mercadorias que seriam isentas e suas respectivas embalagens. Diz que acrescentou a título de exemplo as planilhas de cálculo às fls. 390 a 392, de forma a caracterizar a venda fracionada e embalada, ficando confirmado o processo de industrialização, originando a cobrança do ICMS pelo Estado da Bahia. Informa que não teve a intenção de acrescentar valores ao presente Auto de Infração, por conta do levantamento quantitativo de estoques que realizou, e sim, mais uma vez, evidenciar o fato gerador do ICMS.

Quanto aos marinados observa que não são mercadorias em estado natural. Também a mistura para pão, lava auto, silicone, colas e limpa pneus não estavam classificadas à época no bojo da substituição tributária (exercícios de 2008 e 2009).

Em relação a brócolis congelado, milho verde ervilha partida, mix de vegetais e seleta de legumes, diz que há alguns aspectos a considerar: 1) o contribuinte não apresenta as NCMs destas mercadorias; 2) credita-se mensalmente dos imposto dessas mercadorias; 3) as mercadorias passam por um processo de seleção e embalagem que alteram suas apresentações para 30 g, 350g, 400g e 500g, conforme fl. 317 do PAF. Dessa forma, ficou configurado processo de industrialização.

Sobre o coco seco, diz que o descascamento não é processo de industrialização, contudo, selecionar e embalar um a um os cocos secos, não sendo para fins exclusivo de transporte do mesmo, tem-se aí acondicionamento dessa mercadoria, constituindo fato gerador do ICMS através da industrialização.

No caso de ervas finas, alecrim, manjerição, manjerona e orégano em pó, informa que essas mercadorias passaram por um processo de secagem logo após a moagem, seleção e embalagem. Isso altera as apresentações dessas mercadorias, configurando processo de industrialização.

Quanto ao arroz integral, flocos de milho e sal grosso, diz que essas mercadorias têm suas composições finais alteradas, e ainda, o contribuinte se creditou na entrada em seu estabelecimento. Repete as conclusões do autuante de que “benefícios fiscais devem ser aplicados através da literalidade da lei, estender esses benefícios a outros produtos ou subprodutos podem desvirtuar a aplicação da lei ou criar benefícios não previstos em Lei”.

O preposto fiscal conclui, afirmando que não há qualquer inovação nas alegações do autuado nas manifestações apresentadas, e pede a procedência total do presente Auto de Infração.

O presente processo foi redistribuído para o atual relator em decorrência do afastamento por aposentadoria do relator anterior.

VOTO

O autuado requereu a nulidade do presente lançamento, alegando que constatou incorreções no levantamento fiscal. Disse que a autuação não apresenta elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e a sua natureza.

Sobre estas alegações, conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”. Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção. Como se trata de avaliação do mérito da autuação, os erros alegados pelo defendente serão analisados neste voto quando da apreciação do mérito.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foi realizada diligência por preposto estranho ao feito, e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto ao resultado da mencionada diligência.

Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada a necessidade da realização de nova diligência ou perícia, por isso, indefiro o pedido apresentado pelo autuado em sua impugnação e manifestações posteriores.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, junho, julho e agosto de 2008.

O defendente alegou que ao conferir o trabalho do autuante constatou uma série de erros, afirmando que o recolhimento do ICMS no período fiscalizado se deu de forma correta, não havendo qualquer diferença a recolher. Afirmou que já havia constatado a irregularidade e efetuado o recolhimento do valor apurado, em 21/01/2013, portanto, anteriormente à data da autuação, mas o autuante incluiu indevidamente no auto de infração o valor que já havia sido recolhido.

O autuante esclareceu que o recolhimento alegado pelo defendente, se foi efetuado, o contribuinte já estava sob ação fiscal ao ser intimado para apresentação de livros e documentos, por isso, a espontaneidade já havia se encerrado.

Conforme estabelece o art. 95 do RPAF/BA, no caso de o contribuinte, antes do início de qualquer procedimento fiscal, procurar espontaneamente a repartição fazendária de sua circunscrição para comunicar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria, a repartição orientará o sujeito passivo.

Vale salientar, que a denúncia espontânea exclui a aplicação de multa por infração à obrigação tributária principal ou acessória que corresponda a falta confessada (art. 97 do RPAF/BA). Entretanto, de acordo com a intimação às fls. 09/10, o início da ação fiscal ocorreu em 17/01/2013, data anterior àquela alegada pelo defendente de recolhimento do imposto exigido no presente lançamento, por isso não ficou caracterizado que houve denúncia espontânea.

Foi constatado que o Contribuinte não pagou os valores corretos do imposto devido e o pagamento das diferenças ocorreu após o início da ação fiscal. Dessa forma, considerando que o recolhimento do imposto exigido ocorreu após o início da ação fiscal, concluo pela subsistência deste item da autuação, podendo haver compensação dos valores recolhidos quando da quitação do débito apurado no Auto de Infração.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de fevereiro, maio, novembro de dezembro de 2008; outubro a dezembro de 2009.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2008; abril e agosto de 2009.

De acordo com as alegações defensivas, o autuado não impugnou as infrações 02 e 03, tendo informado que reconhece o débito apurado e deverá recolher oportunamente, os valores apurados.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009. Demonstrativo às fls. 33 a 123 do PAF.

Sobre a vedação à utilização de crédito fiscal o art. 97, inciso IV, alínea “b” do RICMS-BA/97 estabelece:

Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

b) tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas (arts. 356 e 359);

O defendente alegou que houve um erro inicial da empresa ao elaborar o arquivo 54 do SINTEGRA, tendo em vista que o responsável pela digitação, ao informar os produtos adquiridos sob o regime de antecipação tributária, consignou no referido arquivo 54, o valor do ICMS destacado nas Notas Fiscais, quando deveria apenas consignar o valor da base de cálculo nas colunas apropriadas e sem a inclusão do valor do ICMS contido nas notas fiscais. Por conta disso, o autuante imaginou que a empresa tivesse utilizado os créditos fiscais correspondentes, quando na verdade não houve qualquer utilização pela empresa, dos aludidos créditos fiscais.

O autuante esclareceu que o defendente foi intimado a apresentar e corrigir os arquivos magnéticos, e novos arquivos foram apresentados, com os valores totais do crédito que conferem em 100% com os valores lançados no livro fiscal. Informou que, por falta de apresentação de dados e/ou provas sobre a questão, a defesa é totalmente incabível.

Efetivamente, o defendente não acostou aos autos qualquer documento para comprovar a alegação defensiva. Neste caso, o impugnante deveria exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal, considerando a previsão legal de que é vedado o crédito do imposto relativo a mercadorias cuja fase de tributação se encontre encerrada.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009.

O impugnante alegou que o autuante resolveu tributar todas as vendas de leite longa vida, adquirido de outros Estados da Federação, sob o argumento de que não estava amparado pela redução da base de cálculo, já que essa redução somente se aplicava aos produtos fabricados neste Estado. Frisa que o autuante deve ter lastreado sua acusação fiscal com fundamento no art. 87, inciso XXXV, do RICMS-BA/97, que contempla apenas as operações internas com leite de gado tipo longa vida (pasteurizado), fabricado neste Estado, com redução da base de cálculo de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%. Entende que a norma do inciso XXXV do art. 87, do RICMS-BA/97 é inconstitucional.

Observo que conforme estabelecido no inciso XXXV do art. 87, do RICMS-BA/97, nas operações internas com leite de gado tipo longa vida, fabricado neste Estado é prevista a redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%.

Por outro lado, o art. 100 do mencionado RICMS-BA/97 prevê que o contribuinte deve estornar ou anular o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso, forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução. Neste caso, pela regra estabelecida no referido dispositivo regulamentar, considerando que é reduzida a base de cálculo nas operações subsequentes com leite longa vida, produzido em território baiano, há necessidade de estornar o crédito excedente em cada um dos documentos fiscais de aquisição cujo imposto destacado seja em valor superior ao da redução concedida.

Quanto ao argumento do autuado de que a norma do inciso XXXV do art. 87, do RICMS-BA/97 é inconstitucional, saliento que não se inclui na competência desta Junta de julgamento Fiscal a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, consoante o art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

O defendente também alegou que se encontra contido nesta infração, no ano de 2008, o valor de R\$6.178,39 e em 2009, o valor de R\$4.442,53 relativos a diversos produtos como: brócolis congelado, coco seco, milho verde congelado, ervilha congelada, ervilha partida, mix de vegetais, seleta de legumes, que estão devidamente amparados por normas de isenção tributária. Transcreve o art. 14 do RICMS-BA/97 e afirma que o autuante está a cobrar ICMS sobre venda de produtos reconhecidamente isentos.

Este item foi objeto de diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, sendo apresentados os seguintes esclarecimentos:

Quanto aos marinados observa que não são mercadorias em estado natural. Também a mistura para pão, lava auto, silicone, colas e limpa pneus não estavam classificadas à época no bojo da substituição tributária (exercícios de 2008 e 2009).

Em relação a brócolis congelado, milho verde ervilha partida, mix de vegetais e seleta de legumes, diz que há alguns aspectos a considerar: 1) o contribuinte não apresenta as NCMs destas mercadorias; 2) credita-se mensalmente dos imposto dessas mercadorias; 3) as mercadorias passam por um processo de seleção e embalagem que alteram suas apresentações para 30 g, 350g, 400g e 500g, conforme fl. 317 do PAF. Dessa forma, ficou configurado processo de industrialização.

Sobre o coco seco, diz que o descascamento não é processo de industrialização, contudo, selecionar e embalar um a um os cocos secos, não sendo para fins exclusivo de transporte do

mesmo, tem-se aí acondicionamento dessa mercadoria, constituindo fato gerador do ICMS através da industrialização.

No caso de ervas finas, alecrim, manjerição, manjerona e orégano em pó, informa que essas mercadorias passaram por um processo de secagem logo após a moagem, seleção e embalagem. Isso altera as apresentações dessas mercadorias, configurando processo de industrialização.

Quanto ao arroz integral, flocos de milho e sal grosso, diz que essas mercadorias têm suas composições finais alteradas, e ainda, o contribuinte se creditou na entrada em seu estabelecimento.

Observo que para os efeitos do RICMS-BA, consideram-se produtos industrializados aqueles decorrentes de operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, tais como:

1. transformação, assim entendida a que, executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, resulte na obtenção de espécie nova;
2. beneficiamento, a que importe modificação, aperfeiçoamento ou, de qualquer forma, alteração do funcionamento, da utilização, do acabamento ou da aparência do produto;
3. montagem, a que consista na reunião de peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma;
4. acondicionamento ou reacondicionamento, a que importe alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à originária, salvo quando se tratar de simples embalagem de apresentação de produto primário ou de embalagem destinada apenas ao transporte da mercadoria;
5. renovação ou recondicionamento, a que, executada sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização.

Foi informado pelo preposto fiscal encarregado pela diligência efetuada, que os dados utilizados no levantamento fiscal foram obtidos no arquivo SINTEGRA enviado pelo contribuinte, demonstrando o fracionamento das mercadorias que seriam isentas e suas respectivas embalagens. Diz que acrescentou, a título de exemplo, as planilhas de cálculo às fls. 390 a 392, de forma a caracterizar a venda fracionada e embalada, ficando confirmado o processo de industrialização,

Pelo que foi informado na diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, as mercadorias questionadas foram objeto de processo de industrialização, por isso, quando das operações de saídas deveria ter sido efetuadas com incidência do ICMS.

Nos demonstrativos às fls. 390/392 o Auditor Fiscal estranho ao feito informou que constatou a veracidade das informações constantes no parecer relativo à diligência realizada. Disse ainda, que procedeu ao levantamento quantitativo de estoque e constatou omissão de entradas e saídas de mercadorias.

Sobre o resultado do levantamento quantitativo apurado pela diligência fiscal, não pode ser objeto de decisão neste julgamento e exigência do imposto no presente Auto de Infração, considerando que, se houve agravamento em virtude do aumento do valor do débito apurado, no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, devendo ser mantidos os valores originariamente lançados. A repartição fiscal de origem pode instaurar novo procedimento fiscal para exigência do tributo apurado, podendo preliminarmente, intimar o contribuinte a recolher espontaneamente o débito correspondente à diferença encontrada.

Ficou comprovado o cometimento da irregularidade apurada, inclusive por meio de diligência fiscal realizada por preposto estranho ao feito, de que as mercadorias autuadas foram objeto de

processo de industrialização, por isso, as operações de saídas deveriam ter sido efetuadas com incidência do ICMS. Dessa forma, concluo pela subsistência deste item do presente lançamento.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 298942.0302/13-1**, lavrado contra **RONDELI & RONDELI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$203.114,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” e “b”, e inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA