

A. I. Nº - 269369.0938/15-1
AUTUADO - RONDELLI CENTER LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19/04/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0069-03/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Em sede de defesa, autuado comprova a existência de mercadorias no levantamento fiscal, a época dos fatos geradores, fora do regime de substituição tributária. Infração parcialmente subsistente. **b)** LANÇADO NA ESCRITA FISCAL VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO. Infração reconhecida. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% e 1%, respectivamente, sobre o valor comercial das mercadorias. Ajuste realizado pelo autuante à vista de prova apresentada pela defesa elide parcialmente a acusação imputada. Infrações parcialmente caracterizadas. Reduzida para 1% a multa de 10% aplicada para as mercadorias sujeitas à tributação, com fundamento na alteração promovida pela lei n. 13.461/15 no inciso IX do art. 42 da lei n. 7.014/96, com a adoção da retroatividade benigna, nos termos da alínea "c", inciso II do art.106 do CTN. Indeferido pedido de diligência e perícia técnica. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 29/09/2015, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$51.632,41, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

- 1 – 01.02.05. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária nos meses de janeiro a dezembro de 2011, no valor de R\$13.885,72, acrescido da multa de 60%;
- 2 - 16.01.01 - deu entrada no estabelecimento em mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor das notas fiscais não registradas, totalizando R\$31.786,75;
- 3 - 16.01.02 - deu entrada no estabelecimento em mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das notas fiscais não registradas, totalizando R\$3.923,47;
- 4 - 01.02.40 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nas

notas fiscais nos meses de janeiro a dezembro de 2011, no valor de R\$2.036,47.

O autuado impugna o lançamento às fls.192/196. Diz que o auto de infração lavrado não pode prevalecer, uma vez que pautado em pressupostos jurídicos inaceitáveis; em completa afronta aos princípios elementares do Direito e em postergação da própria lei tributária editada pelo Estado da Bahia.

Diz que lhe foi imputada várias infrações que, em verdade, jamais existiram. Afirma que a ação fiscal resultou eivada de equívocos e irregularidades que comprometem a própria seriedade e credibilidade da autuação.

Assevera que ao refazer todos os levantamentos elaborados pelo autuante, identificou a existência de vários equívocos cometidos pelo preposto fiscal, como demonstrará na refutação itemizada das infrações.

No que diz respeito à infração 01, aduz que o auditor fiscal se equivocou em relação a algumas mercadorias classificando-as como não tributadas ou tributadas por antecipação. Anexa notas fiscais e planilha elaborada pelo próprio auditor fiscal, fls. 198/377 (anexo I), de acordo com os códigos específicos, citando os produtos: **biscoito de polvilho, chocolate em pó, lombo, tender, ração (painço), peito de frango cozido, defumado, chester**, que entende serem tributados e assim considerados pelo fornecedor, conforme notas fiscais de entradas, portanto, não é devida cobrança sobre estes produtos.

Comenta também sobre o produto Danone afirmando que apesar de estarem descritos como iogurte, na verdade são bebidas lácteas ou leite fermentado ou sobremesas conforme provado nas planilhas e notas fiscais anexas e conforme se verifica nos códigos usados nas entradas desses produtos, não se tratar de iogurte, portanto, entende não ser devida a cobrança apontada nesta infração.

Sobre a infração 02, afirma que também o auditor fiscal laborou em equívoco. Isto porque, não observou que dentre as notas fiscais relacionadas no seu arquivo de nome “Notas Não Escrituradas_tributadas” existem várias notas fiscais que estão devidamente escrituradas no livro de Entradas do contribuinte, o que pode ser verificado no seu SPED fiscal já entregue nas datas aprazadas. Por outro lado, diz que existem algumas notas fiscais que estão com a situação de “cancelada”, no ambiente das notas fiscais eletrônicas e, ainda, outras notas fiscais que o próprio fornecedor emitiu, como correspondente à situação tributária de “outras entradas”, tendo dessa forma anulado a respectiva operação.

Comenta que para comprovar o equívoco do autuante, elaborou planilha e traz cópia das notas fiscais, fls. 187 a 591(anexo II), onde inseriu uma coluna - data de escrituração - na planilha “Notas Não Escrituradas-Tributadas” informando a situação de cada documento fiscal. Portanto assevera ser indevida a infração.

Sobre a infração 03, declara terem ocorrido os mesmos fatos ocorridos sobre a infração anterior. Identifica no levantamento fiscal, notas fiscais que estão devidamente escrituradas no livro de Entradas do contribuinte, o que pode ser verificado no SPED fiscal desse contribuinte já entregue nas datas aprazadas. Diz que, também existem notas fiscais que estão com a situação de “cancelada” no ambiente das notas fiscais e outras que o próprio fornecedor emitiu como “outras entradas” anulando a operação. Aduz que inseriu uma coluna – data de escrituração - na planilha “Notas Não Escrituradas_não Tributadas” em que informa a situação de cada nota fiscal, fls. 592 a 926 (anexo III). Conclui ser indevida a infração.

A respeito da infração 04, declara reconhecer o equívoco apontado pelo Auditor e já recolheu os valores levantados.

Afirma que pelos argumentos expendidos se verifica que os levantamentos fiscais elaborados pelo Fisco não dispõem de validade jurídica, nem detém suporte fático que assegure a sua procedência.

Assegura que houve equívoco de avaliação do autuante, o que poderá ser constatado em qualquer trabalho de revisão fiscal, caso determinada por este Conselho de Julgamento Fiscal, providência que se impõe e desde já, fica requerido, a fim de que fiscais estranhos ao feito possam reexaminar o trabalho e concluir pela improcedência da autuação. Discorre sobre a necessidade de diligência e perícia fiscal.

Sustenta ser imprescindível, sob pena de cerceamento de defesa, a realização tanto de diligência quanto de perícia, nos termos admitidos pelo RPAF/99, a fim de se deixar patenteada a falibilidade completa dos levantamentos realizados pelo preposto fiscal.

Requer seja a autuação tornada nula no que concerne ao levantamento fiscal realizado, e que, no mérito, seja julgado o auto parcialmente improcedente em face das argumentações já apresentadas.

O autuante prestou a informação fiscal fls.1136/1142 (volume V). A respeito da infração 01, sintetiza os argumentos defensivos para dizer que é pela procedência da infração.

No que tange a infração 02, após resumir as alegações do defendente, declara acatar os argumentos da defesa na medida dos valores comprovados. Elabora planilha demonstrando valores remanescentes no total de R\$520,65.

Sobre a infração 03, também acata os argumentos do impugnante informando através de demonstrativo valor remanescente de R\$450,70.

Relativamente à infração 04, registra não ter havido contestação.

Consta às fls. 1144/1145 extrato do SIGAT/SICRED com o pagamento dos valores reconhecidos pelo autuado.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário consubstanciado na apuração de 04 (quatro) infrações descritas e relatadas na inicial, que serão objeto da apreciação nas linhas seguintes.

De início, verifico que o autuado não contestou a infração 04 que considero caracterizada, visto que sobre a mesma inexistente lide.

Mesmo não sendo arguidas questões específicas de nulidade quanto ao Auto de Infração, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei foi fornecido os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, dentro deste específico PAF.

O defendente solicitou a realização de perícia contábil e diligência fiscal a ser realizado por auditor fiscal estranho ao feito, todavia não vislumbro razão para o atendimento desse pleito, pois considero que os elementos existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Dessa forma com fulcro no art.147, II, "a" e "b", do RPAF/99, indefiro a solicitação de perícia e diligência fiscal.

No mérito, a infração 01 refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição.

Nas razões de defesa, o autuado afirmou que não cometeu a irregularidade apontada, visto que o auditor fiscal se equivocou em relação a algumas mercadorias classificando-as como não tributadas ou tributadas por antecipação. Cita os produtos: **biscoito de polvilho, chocolate em pó, lombo, tender, ração (painço), peito de frango cozido, defumado, chester**, que entendeu serem tributados normalmente, portanto seria legítima a utilização do crédito fiscal nas entradas destes produtos. Arguiu também, que o produto **Danone** apesar de estar descrito como iogurte, na

verdade é bebida láctea, leite fermentado ou sobremesas e como tal não estaria enquadrado no regime de substituição tributária.

Analisando a planilha demonstrativa que dá suporte a esta infração fls.15 a 64, aliada aos documentos fiscais trazidos aos autos pelo autuado para rebater a acusação fiscal, aprecio os itens questionados pela defesa conforme segue:

a) **danone** - s notas fiscais das folhas 215 a 272 descrevem NCM 0403.90.00. Destaco que o art. 353, inc. II, 3.3 do RICMS-BA, prevê a hipótese de antecipação tributária exclusivamente sobre iogurtes classificados no NCM 0403.10.00. Contudo, o Autuante glosou o crédito fiscal de produtos da marca DANONE, independentemente da descrição do produto e, principalmente, do seu NCM de fato. Assim, estão listados no levantamento fiscal, diversos outros da linha “danoninho, activia, sobremesas danone,” conforme alegação defensiva, portanto, produtos com classificação fiscal diversa da prevista na lei, que não faz parte da Substituição Tributária de Iogurtes, pois apenas a NCM 0403.10.00 é contemplada, conforme art. 353, II, item 3.3 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6284/97. Não se tratando, assim, na situação em lide, de operações comerciais com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, este item deve ser excluído do levantamento fiscal.

Da análise conjunta da descrição, da natureza e da respectiva NCM dos demais produtos questionado pela defesa, constato que também não se encontram elencadas no referido inciso II do art. 353 do RICMS/97, e devem ser excluídas do levantamento fiscal, as mercadorias:

- chocolate em pó - NCM 2209.0000; 1806.1000 - notas fiscais fls.326 e 339
- biscoito polvilho - NCM 1905.9090 e 1905.3100; nota fiscal fl. 276 e 277
- ração para aves (painço) - NCM 1008.2000 e 2309; nota fiscal fls. 355 e 357

Considero correto o entendimento do autuante em manter no levantamento fiscal, lombo canadense e peru perdigão temperado, peito de frango e de peru, assim como chester, uma vez que estão enquadrados no regime de substituição tributária, visto que se trata de carne resultante do abate de aves, gado bovino e suíno, **congelado e defumado ou temperado**, conforme previsto no item 9, inc. II do art. 353 do RICMS/97.

Dessa forma, excluindo-se da planilha do autuante fls.15/64, os produtos chocolate em pó, biscoito polvilho, rações para aves e iogurtes que não se enquadrem na NCM prevista no art. 352, II do RICMS/97, a infração 01 subsiste parcialmente e remanesce em R\$ 4.475,07 conforme quadro abaixo:

Meses / 2011	Crédito Indevido
janeiro	355,74
fevereiro	249,49
março	398,19
abril	313,07
maio	385,65
junho	286,29
julho	316,76
agosto	277,25
setembro	351,62
outubro	371,28
novembro	762,22
dezembro	407,51
Total	4.475,07

As infrações 02 e 03 referem-se, respectivamente, a entradas de mercadorias tributáveis e não tributáveis, no estabelecimento do autuado sem registro na escrita fiscal.

Em sua impugnação o autuado disse que a respeito destas infrações, o auditor fiscal teria cometido equívoco, visto que teria identificado no levantamento fiscal, notas fiscais que estão devidamente escrituradas no livro de Entradas, podendo-se confirmar tal afirmativa verificando-se seu SPED entregue nas datas aprazadas. Afirmou ainda, que foram relacionadas notas fiscais com a situação “cancelada”, o que se pode verificar no ambiente das notas fiscais eletrônicas, além de documentos fiscais em que a operação não se realizou e foi anulada pelo próprio fornecedor. Com base na própria planilha do autuante, acrescentou coluna, fls.187 a 591, informando a situação de cada documento fiscal.

O autuante em sede de informação fiscal declarou acatar os argumentos da defesa na medida dos valores comprovados. Elaborou planilha demonstrando valores remanescentes no total de R\$520,65 para a infração 02 e de R\$450,70 para a infração 03.

Analisando os elementos trazidos pela defesa, comparados com os valores originalmente lançados para estas infrações, acato os novos demonstrativos elaborados pelo autuante considerando as provas apresentadas da regularidade de parte das operações, pois remanesceram valores não comprovados. Dessa forma, as infrações 02 e 03 são parcialmente subsistentes.

Entretanto, observo que foi publicada no DOE de 11 dez 2015, a Lei nº 13461 de 10/12/2015 que alterou a Lei nº 7.014 de 1996, no que diz respeito ao art. 42, e reduziu o valor da multa prevista no inciso IX de 10% para 1%, conforme transcrevo abaixo:

Art. 42.

.....

IX - 01% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Considerando que a infração 02 trata de multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme a disposição prevista na alínea "c", inciso II do art.106 do CTN, entendo que deverá ser aplicada ao caso concreto, *in verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Logo, a infração 02, que remanesceu no valor de R\$520,65 deve ser reduzida a 1%, totalizando R\$52,06.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com a redução de ofício da multa aplicada na infração 02, devendo ser homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269369.0938/15 -1**, lavrado contra **RONDELLI CENTER LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.511,54**, acrescido da multa de 60% previstas no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de

obrigação acessória no valor de **R\$502,75** previstas nos incisos IX e XI do art. 42 do citado diploma legal, alterada pela Lei 10.847/07 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR