

**A. I. N°** - 269193.0173/15-8  
**AUTUADO** - PCA REFEIÇÕES COLETIVAS E HOSPITALARES LTDA.  
**AUTUANTE** - GERALDO BARROS RIOS  
**ORIGEM** - INFAC CRUZ DAS ALMAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 22.06.2016

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0097-04/16**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. ENTRADAS INTERESTADUAIS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração não contestada. 2. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENTRADAS INTERESTADUAIS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração subsistente. 3. ALÍQUOTA. USO INCORRETO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE SAÍDAS A NÃO CONTRIBUINTES. ERRO NA ALÍQUOTA. Item subsistente. 4. OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Item subsistente. 5. LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO INCORRETA. MULTA. Infração comprovada. 6. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Infração comprovada. 7. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ENTREGA MESMO APÓS INTIMADO. MULTA. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/04/15, para exigir ICMS, no valor total de R\$179.799,29, com as seguintes imputações:

Infração 1 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no exercício de 2014, no valor de R\$1.908,54, e multa de 60%;

Infração 2 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$45.391,54, e multa de 60%.

Infração 3 – recolheu a menos o ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outras unidades da Federação, aplicando a alíquota interestadual, no valor de R\$2.059,67, e multa de 60%.

Infração 4 - deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$13.830,95, e multa de 60%;

Infração 5 - utilizou e/ou apresentou “livros fiscais fora das especificações de impressão e/ou numeração e/ou costura e/ou encadernação estabelecidos no RICMS/BA”, sendo indicada a multa de R\$460,00;

Consta que o contribuinte apresentou o livro Registro de Apuração do ICMS (exercícios de 2013) com o total das operações anuais e não por período mensal, como regulamentado, conforme as cópias apensadas.

Infração 6 – deixou de entregar o arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária (exercício de 2014), sendo indicada a multa de R\$16.560,00;

Infração 7 – deixou de fornecer arquivo magnético (exercício de 2013), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, com multa de R\$99.588,59.

Consta, ainda, que “os recibos de transmissão dos Reg. Sintegra apresentados, mostram que só forma transmitidos os Registros 61 (que nem são cabíveis para este contribuinte)” e “mesmo após 2 intimações posteriores, inclusive com a solicitação de eventuais JUSTIFICATIVAS CABÍVEIS, como previstas na I.N. 55/2014, não foi apresentada a este auditor a prova de transmissão dos registros exigidos pela legislação (especificamente, os Reg. 54,74 e 75, solicitados, nem quaisquer justificativas aceitáveis”.

O autuado apresentou defesa, quanto à infração 2, alegando, preliminarmente, que “o auto de infração não descreve os motivos pelos quais há a compreensão de/se/porque/como os bens adquiridos seriam para uso e consumo, exatamente porque não há descrição deles”, nem consta no Anexo II.2 “a identificação dos materiais, e as razões pelas quais esses materiais teriam sido considerados, no contexto da análise da atividade, como bens de consumo”.

Informa que atua na “Fabricação e Alimentos e Pratos Prontos”, de forma que entrega e serve os alimentos em formato de “refeições” para trabalhadores, e, contratualmente, fica obrigado a fornecer a alimentação em formatos de consumo pessoal individualizável (bandeja, quentinha ou peso) e também com os acessórios para esse consumo, conforme as regras de vigilância sanitária (guardanapos e copos descartáveis), itens absolutamente necessários para a prestação dos serviços.

Acrescenta que, consoante o previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 87/96, os guardanapos e copos descartáveis “são insumos com possibilidade de aproveitamento do crédito na forma da LC 87/96, cujo critério distintivo é exatamente a “atividade do estabelecimento”” (LC nº 87/96, arts. 19 e 20, § 1º; Lei nº 7.014/96, art. 29, § 4º, III; e RICMS/12, art. 309, I, “b”).

Acrescenta que “nos meses de 2014, de janeiro a dezembro a empresa acumulou saldos credores de ICMS em montantes superiores aos valores lançados no AI como créditos indevidos”, “do que resulta que não houve “utilização” do crédito, que é a conduta prevista na norma sancionadora” (Lei nº 7.014/96, art. 42, VII, “a”). Cita a doutrina a respeito do princípio da tipicidade fechada para reforçar seu argumento.

No que tange à infração 3, afirma que “o erro do contribuinte quanto a indicação da alíquota e destaque do ICMS na nota fiscal” não implicou valor a recolher em face da existência de crédito em valor superior aos débitos ora lançados, não ocorrendo a hipótese de falta de recolhimento do ICMS prevista na Lei Estadual.

Na infração 4, reitera que a existência de crédito em valor superior aos débitos implicaria em nenhum valor a recolher e, no caso em análise a apuração dos créditos em todos os meses supera o valor do ICMS ora lançado, não ocorrendo a hipótese de falta de recolhimento do ICMS prevista na Lei Estadual.

Concernente à infração 5, alega que “os livros apresentados estão em ordem, com as apurações mensais, como se vê em anexo”.

Referentemente às infrações 6 e 7, observa que ambas as infrações narram a mesma hipótese de falta de entrega de arquivos magnéticos e, “especificamente a infração 7 suscita a regra de formato SINTEGRA” que não é mais exigível, tal como prevê o Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 18 de abril de 2008, e a orientação geral da Secretaria da Fazenda da Bahia, disponível no seguinte endereço: [http://www.sefaz.ba.gov.br/especiais/aviso\\_escrituracao\\_fiscal\\_digital.htm](http://www.sefaz.ba.gov.br/especiais/aviso_escrituracao_fiscal_digital.htm).

(Convênio ICMS nº 143, de 15 de dezembro de 2006; Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 18 de abril de 2008, e suas atualizações; Ajuste SINIEF nº 02, de 03 de abril de 2009; e Regulamento do ICMS/12).

Acrescenta que “os formatos são diversos, e para fins de autuações não é possível considerar a analogia, de forma que a regra do at. 261 do RICMS-BA, referindo-se à Convênio 57/95 não pode ser entendida de forma a ler “Ato Cotepe 09/08”, porque isso é vedado pelo Código Tributário Nacional (art. 108, I e § 1º). Transcreve a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito de analogia.

Por fim, pede a improcedência do auto de infração.

O autuante, em sua informação fiscal, rebate as alegações defensivas, salientando, inicialmente, que o sujeito passivo não se manifestou sobre as infrações 1 e 5.

Quanto à infração 2, afirma que o Anexo II.2 caracteriza o ilícito tributário e foram anexadas “cópias de notas fiscais de entradas, com a descrição dos produtos, cópias do livro Reg. de Entradas, onde se vê a apropriação dos créditos, e cópias do livro RAICMS, onde tais créditos estão lançados”.

Ressalta que, apesar de o autuado estar obrigado a entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD), no ano em questão, não cumpriu a sua obrigação e, por isso, apensou “cópias dos livros apresentados pelo contribuinte, mesmo em formato ultrapassado, como elemento de prova da infração a ele imputada”.

Prosegue dizendo que o CONSEF já pacificou o entendimento de que não é admissível o crédito fiscal nesses casos.

Concernente às infrações 3 e 4, diz que o autuado não a autuação, alegando apenas um suposto saldo credor no conta corrente fiscal, sem qualquer comprovação, haja vista que não apresentou a Escrituração Fiscal Digital (EFD) do exercício fiscalizado, que é objeto da infração 6 deste lançamento de ofício, e muito menos trouxe provas em sua impugnação.

Em relação às infrações 6 e 7, aduz que não entendeu o que deseja o autuado, pois tratou de dois temas distintos como se fosse um só e, ainda, citou “retalhos de legislações e um julgado do STJ, sem, contudo, atacar o(s) objeto(s) da imputação”. Entende que ficou prejudicada sua defesa quanto a estes itens.

Por fim, pede a manutenção do auto de infração.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS e multas com fundamento em sete imputações, tendo sido impugnadas pelo sujeito passivo as infrações 2, 3, 4, 5, 6 e 7.

A infração 1, que trata de imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, não foi contestada pelo autuado, havendo, portanto, o reconhecimento tácito de sua procedência.

Na infração 2 o imposto foi exigido em razão de utilização indevida de crédito fiscal relativo à aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento.

O autuado apresentou defesa, alegando que não consta dos autos a descrição dos produtos e do porquê foram considerados materiais para uso e consumo do estabelecimento, entretanto, pelos documentos juntados por amostragem, às fls. 21 a 30 (Anexo II.2), depreende-se facilmente que se trata de “filme PVC 40x11cm”, “saco de lixo 400 l”, “saco bobina picotado”, “saco plástico”, “Bem. 500 ml alumínio” etc.

Ressalte-se que as notas fiscais de entradas foram coletadas no estabelecimento do próprio contribuinte e foram relacionadas pelo autuante no demonstrativo de fls. 19 e 20 dos autos. Dessa forma, o sujeito passivo poderia perfeitamente ter trazido ao presente processo administrativo fiscal cópias das notas fiscais e a relação de mercadorias com a descrição precisa de sua função em seu processo produtivo. Ao contrário, preferiu alegar genericamente que se trata de “*insumos com possibilidade de aproveitamento de crédito*”, o que não restou comprovado.

O impugnante ainda argumentou que possuía saldos credores durante todo o período da autuação, todavia não apresentou as provas de suas assertivas. Mantida a infração 2.

Na infração 3 o imposto foi lançado sob a acusação de recolhimento a menos em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outras unidades da Federação, com a aplicação da alíquota interestadual.

Mais uma vez o defendant argumentou que possuía saldos credores durante todo o período da autuação, supostamente superiores aos débitos ora cobrados, todavia não apresentou as provas de suas assertivas. Mantida a infração 3.

Na infração 4 o imposto foi exigido em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O argumento defensivo foi o mesmo: existência de saldos credores durante todo o período da autuação, supostamente superiores aos débitos ora cobrados. Como não comprovou a sua alegação, deve ser mantida a imputação.

Na infração 5 foi lançada multa porque o contribuinte apresentou o livro Registro de Apuração do ICMS (exercícios de 2013) com o total das operações anuais e não por período mensal, como regulamentado, conforme as cópias apensadas à fl. 44.

O autuado se limitou a dizer que “os livros apresentados estão em ordem, com as apurações mensais, como se vê em anexo”, porém não juntou aos autos nenhum documento que pudesse corroborar sua alegação. Mantida a infração 5.

Na infração 6 foi indicada penalidade porque o contribuinte teria deixado de entregar o arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, no exercício de 2014, a partir da data em que o autuado estava obrigado a apresentar a referida escrituração.

A acusação foi demonstrada por meio do documento de fl. 46 e as alegações do contribuinte não possuem nenhuma vinculação com esta imputação, que deve ser, assim, mantida.

Na infração 7 foi exigida multa por falta de fornecimento de arquivo magnético relativo aos Registros Tipo 54, 74 e 75, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas no exercício de 2013, tendo sido transmitidos pela internet apenas os Registros Tipo 61 (não indicados para esse tipo de contribuinte), consoante o documento de fl. 49 dos autos.

Verifico que o autuado foi intimado por duas vezes, em 27/02/15 e 10/04/15 (fls. 50 e 51), para retificar as inconsistências no prazo de 30 dias e, posteriormente, foi-lhe concedido o prazo de 5 dias para apresentar justificativas, não havendo, entretanto, nenhuma resposta.

As alegações do autuado não possuem nenhuma relação com o objeto da autuação e, portanto, deve ser mantida a imputação.

Pelas razões acima alinhadas, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269193.0173/15-8, lavrado contra **PCA - REFEIÇÕES COLETIVAS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$63.190,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais além de multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$116.608,59**, previstas no artigo 42, XIII-A, alíneas “i” e “j”, e XXII, da citada Lei, e dos acréscimos moratórios conforme revisão da Lei nº 9.837/05.

Sala das sessões do CONSEF, 16 de junho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA