

A. I. N° - 281394.0401/15-4
AUTUADO - FRANKLIN ROBSON DIAS DA SILVA
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23/03/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0042-03/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor comercial das mercadorias que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Os cálculos foram refeitos para excluir as notas fiscais comprovadas pelo autuado. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração não impugnada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo e ativo permanente do estabelecimento. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado não contestou. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIO FISCAL DO ICMS NÃO AUTORIZADO POR CONVÊNIO OU PROTOCOLO. Infração comprovada. **b)** SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas ou destinadas à exportação. **c)** MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Infração subsistente. 6. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Levantamento fiscal efetuado a partir das notas fiscais do autuado, sendo apurados os valores devidos e deduzidos os recolhimentos efetuados antes da ação fiscal. Infração subsistente. 8. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste

Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado. **9. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO.** Constitui infração à lei tributária o não recolhimento do ICMS escriturado no livro fiscal próprio. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/12/2015, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$120.091,18, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro 2013. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$649,96.

Infração 02 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$1.405,51.

Infração 03 – 03.02.04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação, na apuração dos valores do imposto, nos meses de fevereiro e março de 2013. Valor do débito: R\$29,21. Multa de 60%.

Infração 04 – 06.05.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$2.337,96. Multa de 60%.

Infração 05 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$33.047,76. Multa de 60%.

Infração 06 – 01.02.96: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$14.870,90. Multa de 60%.

Infração 07 – 07.15.02: Recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$13.918,46. Multa de 60%.

Infração 08 – 07.01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$34.324,62. Multa de 60%.

Infração 09 – 02.01.01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro, abril, junho e setembro de 2013. Valor do débito: R\$15.291,11. Multa de 60%.

Infração 10 – 01.02.03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$455,85. Multa de 60%.

Infração 11 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$3.759,84. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 74 a 78, alegando que deve ser anulado o Auto de Infração. Quanto à infração 01, afirma que ao consultar as Notas Fiscais autuadas percebeu que as operações de emissão dessas notas fiscais ou foram denegadas ou foram canceladas, motivo pelo qual, esses documentos fiscais não foram contabilizados, uma vez que não recebeu tais notas.

Cita como exemplo a NF 141913, de 19/03/2013 afirmando que consta como cancelada pelo emitente; a NF 3376, idem; a NF 944239 também foi cancelada pelo emitente; idem quanto à NF 944246; a NF 15410 foi denegada pelo Fisco; idem a NF 1667638; também a NF 78007 foi denegada; idem a NF 78008; idem a NF 1667640; também a NF 1667642; idem NF 113637; a NF 282432 foi cancelada pelo emitente; a NF 31785 foi denegada; a NF 18913 foi cancelada; a NF 336396 foi cancelada; em relação às demais notas fiscais, diz que, provavelmente, foram desviadas ou a mercadoria foi faturada em nome do autuado e entregue em outro estabelecimento, fato que necessita ser esclarecido com a exibição dos comprovantes de recebimento das mercadorias pelas empresas emissoras das referidas notas fiscais.

Em relação à infração 02, alega que se trata da mesma situação ocorrida no item anterior. Diz que não houve por parte do autuante a preocupação em conferir a existência das notas fiscais e se as mesmas foram validadas e emitidas.

Quanto à infração 04, alega que está dispensado do lançamento e do pagamento relativo à diferença de alíquotas, nas aquisições de bens do ativo permanente, estando obrigado a pagar a diferença de alíquota quando adquirir o material de uso e consumo, conforme art. 272 do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012.

Diz que o autuante não informou se a cobrança se refere a ativo imobilizado ou material de uso e consumo, e no caso de empresa de pequeno porte, o pagamento da diferença de alíquota é dispensada.

Sobre a infração 06, alega que em relação a carne ou outros produtos comestíveis, resultantes do abate de animais (aves, gado bovino, equídeo, bufalino, caprino, ovino ou suíno), em estado natural, esfriados, congelados, maturados, salgados ou secos, o autuante listou presuntado, lingüiça como alguns dos itens que tiveram o crédito contestado. Trata-se de produtos embutidos que não se enquadram na definição acima.

Quanto às mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista de Minas Gerais, diz que foram enquadrados neste item produtos como pizza, lasanha, bacalhau dessalgado adquiridos de fornecedores classificados como indústria.

Afirma que em relação às mercadorias importadas, foram listados nesta categoria alho limpo, Eva, tesoura escolar, sabonete, maionese, etc. Indaga em que informação o autuante enquadrou tais itens, e diz mais uma vez não há clareza quanto ao crédito cobrado.

Sobre a infração 07, afirma ser outra afirmação dúbia do autuante porque o ICMS relativo à antecipação parcial foi pago através de DAE onde constam as notas fiscais a que se referem. Diz que o autuante não conferiu as informações constantes dos DAEs, somente juntou planilha cujas notas fiscais encontram-se referenciadas nos DAEs de recolhimento, como por exemplo as NFs 17420/92899/3700/277494/91085/64474/3628961/1352/306923/170526/4622/253843/7096/173977/81424.

Afirma que a autuação não pode prosperar, face a dúvida quanto a conferência do que foi pago e do que é cobrado.

Quanto à infração 08, alega que não entende como o autuante chegou aos cálculos do valor supostamente devido. Os valores foram recolhidos através de GNRE e DAE, tudo conforme

determina a legislação. A diferença cobrada foi recolhida através de DAE, calculado e pago pelo contribuinte, disponível para conferência por este Fisco.

Observa que conforme acordo interestadual e Anexo 1 do RICMS/BA, se o Estado onde se localiza o vendedor participa do acordo, o ICMS referente à substituição tributária já virá destacado na nota fiscal. Se o substituto tiver inscrição como “contribuinte substituto” no Estado da Bahia poderá recolher o ICMS retido no mês subsequente à ocorrência do fato gerador no prazo estabelecido. Se não obtiver a inscrição, o recolhimento deve ser antes do início do fato gerador. Caso o substituto não recolha e não tenha inscrição de “Contribuinte Substituto” no Estado da Bahia, o adquirente responde por solidariedade, podendo ser cobrado pelo Fisco. Na situação em que o Estado onde está localizado o vendedor não participa do acordo interestadual, a responsabilidade é do adquirente na Bahia. Caso atenda as condições estabelecidas no §2º do art. 332 do RICMS/BA, poderá recolher até o dia 25 do mês subsequente. Caso não atenda, deverá recolher antes da entrada no Estado.

Ressalta que de acordo com o entendimento acima, a responsabilidade pelo recolhimento do valor pago a menos será do remetente. Pela análise dos produtos em lista juntada pelo Fisco, os remetentes participam de acordos quanto ao recolhimento da antecipação total, e não houve por parte do autuante informação se os fornecedores participam ou não de acordo interestadual, o que gera dúvida de quem seria a responsabilidade quanto ao recolhimento do ICMS pago a menos.

Quanto à Infração 09, afirma que as alegações do autuante são totalmente descabidas e em contato telefônico que este fez com o contador do autuado, foi lhe informado o método de apuração e cálculo do ICMS NORMAL COMÉRCIO. Ocorre que o autuado recolheu a maior o ICMS em determinados meses e fez a compensação do valor pago a maior no mês subsequente. Mesmo obtendo a informação esclarecedora o autuante glosou tais créditos, o que por si torna toda a autuação nula, pois aqui se evidencia um abuso de poder comprometedor da exigência do crédito tributário.

Entende que o bom senso há de prevalecer para acolher os argumentos defensivos, determinando a correção desta infração que nem mesmo chegou a existir vez que foi recolhido tempestivamente o que era devido. Afirma que o mencionado recolhimento pode ser comprovado pelos livros de registros de entradas e saídas e por cópia do livro Razão em anexo.

Elabora quadro indicando os valores recolhidos, o saldo pago a mais e, quando constatado recolhimento a menos,, a sua compensação com o recolhido a mais.

Infração 10: Alega que nesta infração também há outra confusão quanto ao que se enquadra como mercadoria isenta ou não. Diz que na lista anexada pelo autuante constam itens que não são tributados como isentos. Cita como exemplos, flocos de milho, farinha de milho, semente de girassol, sal grosso, canjiquinha, flocão de milho, cuzcuz, milharina. Transcreve o art. 265 do RICMS-BA/2012

Infração 11: Alega que não existe clareza por parte do fiscal autuante quanto ao alegado sendo que o mesmo somente juntou uma lista com vários produtos destacando a base de cálculo. Por exemplo, os itens listados como iogurte na realidade são tributados como bebidas lácteas, sujeitas a antecipação parcial e não substituição tributária. A diferença entre o que é iogurte e bebida láctea, de acordo com o anexo I do RICMS, se dá pelo NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul.

Diz que outro detalhe a ser levado em conta é que a legislação determina que na falta do recolhimento da antecipação parcial quem deve proceder ao recolhimento da substituição tributária é quem adquire a mercadoria. Quando o fornecedor não recolhe o valor correto, a contabilidade faz a adequação, calculando o valor faltante justamente para evitar que o comerciante venha a ter problemas com o fisco. Reproduz o art. 290 do RICMS-BA/2012,

Por fim, apresenta o entendimento de que deve ser anulado o auto de infração, determinando que outro auditor fiscal proceda a verificação do quanto alegado, para que o presumido crédito tributário não venha ser eivado de vício e dúvida, o que fatalmente incorreria na sua anulação em outras instâncias.

O autuante presta informação fiscal às fls. 225 a 230 dos autos. Quanto às infrações 01 e 02, diz que foram retiradas as notas fiscais impugnadas pelo contribuinte, constantes nas folhas 82 a 96 (infração 01) e 98 a 128 (infração 02). Elabora demonstrativo do débito remanescente às fls. 225/226.

Em relação à infração 04, informa que de acordo com a fl. 27, “Demonstrativo de Débito de Diferencial de Alíquota – Ativo/Material de Consumo – Demonstrativo do Cálculo”, a cobrança se refere ao Ativo e ao Material de Consumo, e o autuado, no período fiscalizado, encontrava-se na condição de contribuinte do sistema normal de apuração do imposto.

Infração 06: Informa que os produtos de Minas Gerais, apresuntado, linguiça e outros estão inseridos no item 2.3 do anexo ao Decreto nº 14.213/2012. Diz que o CNPJ 05.017.780/0002-87 não pertence a estabelecimento atacadista, e que foi alterado o crédito admitido para 7% deste CNPJ. Com relação ao mesmo, não foi alterado o crédito admitido referente às mercadorias do item 2.3 no seu período de validade. Pescado salgado tem isenção, bacalhau dessalgado congelado não se enquadra na isenção. As pizzas e lasanhas são recheadas.

Quanto aos produtos do Espírito Santo, alho limpo e EVA, presta os seguintes esclarecimentos:

- a) segundo o remetente, são mercadorias importadas;
- b) basta o contribuinte verificar a alíquota utilizada de 4% no DANFE ou no arquivo da NF, tomando como referência o que determina a Resolução do Senado Federal nº 13 de 2012.
- c) quem define a origem da mercadoria é o remetente. A planilha é bem clara. A coluna crédito admitido depende de a mercadoria estar enquadrada ou não no Decreto 14.213 de 2012. Se estiver enquadrada, o crédito admitido (%) indica a qual item do decreto ela pertence.

Infração 07: Informa que na planilha constam os itens das notas fiscais sujeitos à antecipação parcial. Foi feito levantamento mês a mês. A receita é apropriada mensalmente de acordo com o período de referência. Os valores foram recalculados em virtude do remetente CNPJ 05.017.780/0002-87, que não é atacadista. No cálculo da antecipação parcial deve-se aplicar o Decreto N° 14.213 de 2012.

Quanto à infração 08, informa que foram retirados os itens do remetente CNPJ 05.798.208/0001-11 e transcreve o art. 6º, inciso XV da Lei nº 7.014/96.

Infração 09: Diz que existe uma diferença entre os valores apresentados pelo contribuinte (folha 77), e os valores apurados na EFD e no SIGAT. Com relação ao mês de junho, existe um DAE , de valor R\$ 8.548,12, que foi recolhido com o código de receita 830 (ICMS Regime Simplificado de Apuração). Este valor é a diferença entre o recolhimento apresentado na tabela (folha 77), e o recolhimento apurado no SIGAT. O contribuinte foi orientado por *e-mail* a solicitar a apropriação na receita ICMS Regime Normal - Comércio.

Infração 10 – Mantém a infração. Diz que os produtos citados são isentos.

Infração 11: Informa que o Demonstrativo de Crédito Indevido – “Mercadorias com ICMS Substituído”, foi feito com base na EFD do contribuinte. A mercadoria Iogurte, NCM 0403.1, está incluída na substituição tributária por antecipação total, item 5 do anexo 1 da Lei 7.014 de 1996 c/c item 21 do anexo 1 do Regulamento do ICMS 2012 (Decreto 13.780/12).

Intimado acerca da informação fiscal, o defendant apresentou manifestação às fls. 293 a 299, afirmando que vários foram os equívocos cometidos durante o processo de verificação de infrações que obstam ao prosseguimento do feito.

Afirma que uma dúvida ainda ressurge quanto a Infração 05, que consiste no fato de que parece ter havido problema com o arquivo fiscal transmitido, pois vários itens tributados aparecem com alíquota zerada. Faz-se necessário uma verificação na memória fiscal das máquinas do período a fim de confrontar se tais itens de fato foram emitidos com alíquota zerada.

Quanto à Infração 01, repete a alegação de que as notas fiscais objeto da autuação fiscal, percebeu que as operações de emissão das notas fiscais ou foram denegadas ou foram canceladas, motivo pelo qual, as notas não foram contabilizadas uma vez que o contribuinte não recebeu tais notas. Citou os exemplos apresentados na impugnação inicial. Repete a informação do autuante de que foram retiradas as notas fiscais impugnadas, constantes nas folhas 82 a 96 e diz que o autuante entendeu que razão assiste ao contribuinte.

Infração 02: Diz que se trata da mesma situação ocorrida no item anterior. Também repete a informação do autuante de que foram retiradas as notas fiscais contestadas pelo contribuinte, constantes nas folhas 98 a 128, e informa que o autuante entendeu que razão assiste ao contribuinte.

Infração 04: Afirma que está dispensado o lançamento e o pagamento relativo a diferença de alíquotas nas aquisições de bens do ativo permanente. Está obrigado a pagar a diferença de alíquota quando adquirir o material de uso e consumo. Art. 272 do Decreto 13.780/2012.

Diz que o autuante não informou se a cobrança se refere a ativo imobilizado ou material de uso e consumo. No caso de empresa de pequeno porte, o pagamento da diferença de alíquota é dispensado.

Infração 06: Reproduz a informação prestada pelo autuante e diz que o fisco concedeu em parte razão ao autuado.

Infração 07: Alega que se trata de outra afirmação dúbia do autuante, pois o ICMS antecipado parcial foi pago através de DAE onde constam as notas fiscais a que se referem. O Autuante não conferiu as informações constantes dos DAEs, somente juntou planilha cujas nf encontram-se referenciadas nos DAEs de recolhimento, como por exemplo as NFs 17420/92899/3700/277494/91085/64474/3628961/1352/306923/170526/4622/253843/7096/173977/81424. Só para efeito de embasamento jurídico.

Em virtude disto, entende que a autuação não pode prosperar face a dúvida quanto a conferência do que foi pago e do que é cobrado.

Repete a informação fiscal de que na planilha constam os itens das notas fiscais sujeitos à antecipação parcial. Foi feito levantamento mês a mês. A receita é apropriada mensalmente de acordo com o período de referência. Os valores foram recalculados em virtude do remetente CNPJ 05.017.780/0002-87, que não é atacadista. No cálculo da antecipação parcial deve-se aplicar o Decreto Nº 14.213 de 2012.

Infração 08: Diz que, mais uma vez, não entendeu como o autuante chegou aos cálculos do valor supostamente devido. Os valores recolhidos foram feitos através de GNRE e DAE, tudo conforme determina a legislação. A diferença cobrada foi recolhida através de DAE, calculado e pago pelo contribuinte, disponível para conferência por este Fisco. Diz que a responsabilidade pelo recolhimento do valor pago a menor será do remetente. Pela análise dos produtos em lista juntada por este fisco, os remetentes participam de acordos quanto ao recolhimento da antecipação total. Não houve por parte do autuante informação se os fornecedores participam ou não de acordo interestadual, o que gera dúvida de quem seria a responsabilidade quanto ao recolhimento do ICMS pago a menos.

Repete a informação do autuante de que foram retirados os itens do remetente CNPJ 05.798.208/0001-11. Diz que o autuante entendeu que razão parcial assiste ao contribuinte.

Infração 09: Afirma que as alegações do autuante são totalmente descabidas e em contato telefônico que este fez com o contador do autuado, lhe foi informado o método de apuração e

cálculo do ICMS NORMAL COMÉRCIO. Ocorre que o autuado recolheu a mais o ICMS em determinados meses e fez a compensação do valor pago a mais no mês subsequente. Mesmo obtendo a informação esclarecedora o autuante glosou tais créditos, o que por si torna toda a autuação nula, pois aqui se evidencia um abuso de poder comprometedor da exigência do crédito tributário.

Elabora quadro para comprovar que de acordo com os livros de registros de entradas e saídas e cópia do livro Razão em anexo, foi recolhido tempestivamente o ICMS devido. Diz que se pode constatar que o contribuinte pagou a mais o valor de R\$2.818,50 (dois mil oitocentos e dezoito reais e cinqüenta centavos).

Infração 10: Afirma que houve confusão do autuante quanto ao que se enquadra como mercadoria isenta ou não. Na lista anexada pelo autuante constam itens que não são tributados como isentos. Exemplos: flocos de milho, farinha de milho, semente de girassol, sal grosso, canjiquinha, flocão de milho, cuzcuz, milharina. Transcreve o art. 265 do RICMS-BA/2012

Reproduz a informação do autuante de que mantém a infração. Diz que os produtos citados são isentos e que existem divergências conforme estabelecido no Regulamento do ICMS.

Infração 11: Alega que não existe clareza por parte do fiscal autuante quanto ao alegado sendo que o mesmo somente juntou uma lista com vários produtos destacando a base de cálculo. Por exemplo, os itens listados como iogurte na realidade são tributados como bebidas lácteas, sujeitas a antecipação parcial e não substituição tributária. A diferença entre o que é iogurte e bebida láctea, de acordo com o anexo I do RICMS, se dá pelo NCM – NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL.

Diz que outro detalhe a ser levado em conta é que a legislação determina que na falta do recolhimento da antecipação parcial quem deve proceder ao recolhimento da substituição tributária é quem adquire a mercadoria. Quando o fornecedor não recolhe o valor correto, a contabilidade faz a adequação, calculando o valor faltante justamente para evitar que o comerciante venha a ter problemas com o fisco.

Por fim, requer o pleno atendimento do quanto solicitado no primeiro momento de defesa a saber:

1. anulação do auto de infração 281394.0401/15-4, determinando que outro auditor fiscal proceda a verificação do quanto alegado para que o presumido crédito tributário não venha ser eivado de vício e dúvida, o que fatalmente incorreria na sua anulação em outras instâncias;
2. confronto de todos os dados levantados com os disponíveis nas memórias fiscais das impressoras fiscais, notas fiscais de entrada e outros documentos fiscais à disposição do fisco, com a anexação da imagem digitalizada de todos os documentos que serviram de base para a autuação;
3. intervenção técnica com a exibição detalhada dos itens registrados nas memórias fiscais das impressoras a fim de verificar o quanto apurado na infração 05;
4. Caso não seja atendido o pedido do autuado, requer a remessa dos autos ao CONSEF, para análise e julgamento do quanto requerido.

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS e penalidade por descumprimento de obrigação acessória, conforme descrição dos fatos efetuada de forma compreensível, tendo sido indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas. Não foi constatada 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 no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

No mérito, as infrações 01 e 02 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que tratam de entradas no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Infração 01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro 2013. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$649,96.

Infração 02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$1.405,51.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, para mercadorias sujeitas a tributação bem como em relação às mercadorias não tributáveis (art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96).

A falta de escrituração de notas fiscais causa dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso, é aplicado multa correspondente, conforme estabelece o art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96, haja vista que interessa ao Estado manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas, e a falta de escrituração dos documentos fiscais impede o mencionado controle; a multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual.

Quanto à infração 01, o defensor alegou que ao consultar as Notas Fiscais autuadas percebeu que as operações de emissão dessas notas fiscais ou foram denegadas ou foram canceladas, motivo pelo qual, esses documentos fiscais não foram contabilizados, uma vez que não recebeu tais notas. Citou exemplos.

Sobre a infração 02, alegou que se trata da mesma situação ocorrida no item anterior. Diz que não houve por parte do autuante a preocupação em conferir a existência das notas fiscais e se as mesmas foram validadas e emitidas.

Na informação fiscal, o autuante disse que foram excluídas as notas fiscais impugnadas pelo contribuinte, infrações 01 e 02, conforme folhas 82 a 96 (infração 01) e 98 a 128 (infração 02). Elaborou demonstrativo do débito remanescente às fls. 225/226.

Na manifestação apresentada após a informação fiscal, o defensor afirmou que o autuante entendeu que razão assiste ao contribuinte.

Acato as conclusões do autuante, não contestadas pelo defensor, com a subsistência parcial das infrações 01 e 02, conforme demonstrativos às fls. 225/226, considerando a revisão efetuada para excluir as três notas fiscais comprovadas.

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação na apuração dos valores do imposto, nos meses de fevereiro e março de 2013.

Infração 05: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

De acordo com as razões de defesa, o autuado não impugnou estas infrações. Dessa forma considero procedentes estes itens da autuação fiscal (infrações 03 e 05), considerando que não há lide a ser decidida.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo e ativo permanente do estabelecimento.

O defensor alegou que está dispensado do lançamento e do pagamento relativo à diferença de alíquotas, nas aquisições de bens do ativo permanente, estando obrigado a pagar a diferença de alíquota quando adquirir o material de uso e consumo, conforme art. 272 do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012.

Disse que o autuante não informou se a cobrança se refere a ativo imobilizado ou material de uso e consumo, e no caso de empresa de pequeno porte, o pagamento da diferença de alíquota é dispensado.

O autuante informou que de acordo com a fl. 27 do PAF, “Demonstrativo de Débito de Diferencial de Alíquota – Ativo/Material de Consumo – Demonstrativo do Cálculo”, a cobrança se refere ao Ativo e ao Material de Consumo, e o autuado, no período fiscalizado, encontrava-se na condição de contribuinte do sistema normal de apuração do imposto.

O demonstrativo elaborado pelo autuante indica na descrição das mercadorias que foi exigido ICMS relativo à diferença de alíquota em relação a mercadorias como filme PVC, bobina picotada, filtro, bandeja, comprovando que se trata de materiais de uso ou consumo do estabelecimento.

Na manifestação apresentada após a informação fiscal, o defensor reafirma que está dispensado do lançamento e do pagamento relativo a diferença de alíquotas nas aquisições de bens do ativo permanente, estando obrigado a pagar a diferença de alíquota quando adquirir o material de uso e consumo, conforme art. 272 do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012. No caso de empresa de pequeno porte, o pagamento da diferença de alíquota é dispensado.

Conforme estabelece o art. 272, inciso I, alínea “a”, item 2, do RICMS-BA/2012, fica dispensado o lançamento e o pagamento relativo à diferença de alíquotas, nas aquisições de bens do ativo permanente destinada a microempresas e empresas de pequeno porte.

No histórico de atividade econômica no cadastro desta SEFAZ, consta que o estabelecimento autuado encontrava-se na condição de empresa de pequeno porte no período de 11/09/2012 até 18/06/2013, quando passou à condição do regime normal de apuração do imposto, por meio de conta corrente fiscal.

Conclui pela subsistência desta infração, considerando a previsão legal quanto à dispensa de diferença de alíquota para empresa de pequeno porte sobre aquisições de bens do ativo permanente, e o fato de os demonstrativos indicarem que se trata de bens de uso ou consumo, e o autuado, a partir de junho de 2013, já se encontra na condição de contribuinte do sistema normal de apuração do imposto.

Infração 06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

O autuado alegou que em relação a carne ou outros produtos comestíveis, resultantes do abate de animais (aves, gado bovino, equídeo, bufalino, caprino, ovino ou suíno), em estado natural, resfriados, congelados, maturados, salgados ou secos, o autuante listou presuntado, lingüiça como alguns dos itens que tiveram o crédito contestado. Trata-se de produtos embutidos que não se enquadram na definição acima.

O autuante informou que os produtos de Minas Gerais como, apresuntado, linguiça e outros estão inseridos no item 2.3 do anexo ao Decreto nº 14.213/2012. Disse que o CNPJ 05.017.780/0002-87

não pertence a estabelecimento atacadista, e que foi alterado o crédito admitido para 7% deste CNPJ. Com relação ao mesmo, não foi alterado o crédito admitido referente às mercadorias do item 2.3 no seu período de validade. Disse que pescado salgado tem isenção; bacalhau dessalgado congelado não se enquadra na isenção e as pizzas e lasanhas são recheadas.

Quanto aos produtos do Espírito Santo, alho limpo e EVA, prestou os seguintes esclarecimentos:

- a) segundo o remetente, são mercadorias importadas;
- b) basta o contribuinte verificar a alíquota utilizada de 4% na DANFE ou no arquivo da NF, tomando como referência o que determina a Resolução do Senado Federal nº 13 de 2012.
- c) quem define a origem da mercadoria é o remetente. A planilha é bem clara. A coluna crédito admitido depende de a mercadoria estar enquadrada ou não no Decreto 14.213 de 2012. Se estiver enquadrada, o crédito admitido (%) indica a qual item do decreto ela pertence.

Na manifestação posterior à informação fiscal, o defendente não apresentou outros elementos para contrapor o levantamento fiscal, tendo afirmado que o Fisco concedeu em parte razão ao autuado.

Conforme estabelece o art. 1º do Decreto 14.213/2012, “fica vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975”.

No caso em exame, entendo que assiste razão ao autuante, considerando que o levantamento fiscal foi realizado em relação aos créditos utilizados nas entradas de mercadorias sob o CFOP 2102 (COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO), tendo sido apurada a diferença entre o crédito apropriado e o crédito admitido (fl. 34), conforme previsto na legislação deste Estado. Mantida a exigência fiscal.

Infração 07: Recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

O autuado alegou que o ICMS relativo à antecipação parcial foi pago através de DAE onde constam as notas fiscais a que se referem. Disse que o autuante não conferiu as informações constantes nos DAEs, somente juntou planilha cujas notas fiscais encontram-se referenciadas nos mencionados DAEs. Apresentou o entendimento de que a autuação não pode prosperar, face a dúvida quanto a conferência do que foi pago e do que é cobrado.

O autuante informou que na planilha constam os itens das notas fiscais sujeitos à antecipação parcial. Foi feito levantamento mês a mês. A receita é apropriada mensalmente de acordo com o período de referência. Os valores foram recalculados em virtude do remetente CNPJ 05.017.780/0002-87, não ser atacadista. No cálculo da antecipação parcial foi aplicado o Decreto Nº 14.213 de 2012.

O defendente repete a alegação de que o ICMS relativo à antecipação parcial foi pago através de DAE onde constam as notas fiscais a que se referem. O Autuante não conferiu as informações constantes dos DAEs, somente juntou planilha cujas notas fiscais encontram-se referenciadas nos DAEs. Diz que a autuação não pode prosperar face a dúvida quanto a conferência do que foi pago e do que é cobrado.

Não acato a alegação defensiva, considerando que o levantamento dos DAEs pagos (fls. 43/44), identifica o mês de referência, o código da receita, o Banco arrecadador, data de pagamento e o correspondente valor do DAE, o que possibilitou o contribuinte fazer o confronto e constatar se existem divergências entre os valores considerados no levantamento fiscal, efetuado mensalmente, e os montantes efetivamente recolhidos.

O levantamento fiscal foi efetuado a partir das notas fiscais do autuado, sendo apurados os valores devidos, os recolhimentos efetuados (inclusive por meio de DAEs) e as diferenças a pagar, conforme fl. 40 dos autos. Infração subsistente.

Infração 08: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

O defendente alegou que não entendeu como o autuante chegou aos cálculos do valor supostamente devido. Disse que os valores foram recolhidos através de GNRE e DAE, tudo conforme determina a legislação, e a diferença cobrada foi recolhida através de DAE calculado e pago, disponível para conferência pelo Fisco.

Afirmou que a responsabilidade pelo recolhimento do valor pago a menos será do remetente. Pela análise dos produtos em lista juntada pelo Fisco, os remetentes participam de acordos quanto ao recolhimento da antecipação total. Não houve por parte do autuante informação se os fornecedores participam ou não de acordo interestadual, o que gera dúvida de quem seria a responsabilidade quanto ao recolhimento do ICMS pago a menos.

Na informação fiscal, o autuante disse que foram retirados os itens do remetente CNPJ 05.798.208/0001-11; transcreve o art. 6º, inciso XV da Lei nº 7.014/96, e informou que na manifestação posterior, o defendente afirmou que o Auditor Fiscal entendeu que razão parcial assiste ao contribuinte.

Voto pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$33.467,37, conforme demonstrativo constante no CD à fl. 231, considerando a previsão no art. 6º, inciso XV da Lei nº 7.014/96, de que é solidariamente responsável pelo pagamento do ICMS, o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, quando o remetente não possuir inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Infração 09: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro, abril, junho e setembro de 2013.

O defendente alegou que recolheu a mais o ICMS em determinados meses e fez a compensação do valor pago a mais no mês subsequente. Mesmo obtendo a informação esclarecedora o autuante glosou tais créditos, o que por si torna toda a autuação nula, pois aqui se evidencia um abuso de poder comprometedor da exigência do crédito tributário.

O autuante informou que existe uma diferença entre os valores apresentados pelo contribuinte (folha 77), e os valores apurados na EFD e no SIGAT. Com relação ao mês de junho, existe um DAE, no valor de R\$ 8.548,12, que foi recolhido com o código de receita 830 (ICMS Regime Simplificado de Apuração). Este valor é a diferença entre o recolhimento apresentado na tabela (folha 77), e o recolhimento apurado no SIGAT. O contribuinte foi orientado por *e-mail* a solicitar a apropriação na receita ICMS Regime Normal - Comércio.

Em nova manifestação, o defendente afirmou que recolheu a mais o ICMS em determinados meses e fez a compensação do valor pago a mais no mês subsequente. Mesmo obtendo a informação esclarecedora o autuante glosou tais créditos, o que por si torna toda a autuação nula, pois aqui se evidencia um abuso de poder comprometedor da exigência do crédito tributário. Elaborou quadro para comprovar a alegação de que pagou a mais o valor de R\$2.818,50 (dois mil oitocentos e dezoito reais e cinqüenta centavos).

Como relatado pelo autuante, existe uma diferença entre os valores apresentados pelo contribuinte (folha 77), e os valores apurados na EFD e no SIGAT. Ou seja, as informações constantes na Escrituração Fiscal Digital – EFD apresentada pelo defendente não conferem com os dados alegados em sua defesa.

Conforme estabelece o art. 247 do RICMS-BA/2012, a Escrituração Fiscal Digital – EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

No § 1º do referido artigo consta a informação de que a EFD substitui os seguintes livros: i) Registro de Entradas; ii) Registro de Saídas; iii) Registro de Inventário; iv) Registro de Apuração do ICMS; v) documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP .

Por outro lado, consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega e, havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deverá retransmiti-lo com todas as informações, o § 2º desse mesmo art. 247 RICMS-BA/2012 prevê que se Consideram escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

O levantamento fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração foi efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio de EFD. A correção de erros, se existirem é de responsabilidade do contribuinte e os registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias e inventário. Portanto, no caso de existência de erros, compete ao contribuinte informar e corrigir o erro antes de qualquer ação fiscal.

As alegações defensivas não foram comprovadas por meio da Escrituração Fiscal Digital – EFD. Quanto aos valores alegados que foram recolhidos a mais, tal alegação não pode ser acatada, tendo em vista que nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96. Mantida a exigência fiscal neste item da autuação.

Infração 10: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

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 quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria não for tributada ou for isenta do imposto, sendo essa circunstância previamente conhecida.

O autuado alegou que nesta infração também há confusão quanto ao que se enquadra como mercadoria isenta ou não. Diz que na lista anexada pelo autuante constam itens que são tributados considerados como isentos. Citou como exemplos, flocos de milho, farinha de milho, semente de girassol, sal grosso, canjiquinha, flocão de milho, cuzcuz, milharina. Transcreve o art. 265 do RICMS-BA/2012

Reproduz a informação do autuante de que mantém a infração. Diz que os produtos citados são isentos e que existem divergências conforme estabelecido no Regulamento do ICMS.

Quanto ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, observando os limites ou condições para utilização de créditos fiscais. No levantamento fiscal constam mercadorias como flocos de milho, canjiquinha de milho sal grosso, sementes diversas, alface, fubá de milho.

Após análise efetuada na planilha elaborada pelo autuante em confronto com as informações prestadas pelo defensor, concluo que a exigência fiscal se refere a mercadorias isentas, por isso, é vedado utilizar o respectivo crédito fiscal. Dessa forma, conluso pela subsistência desta infração, considerando que a escrituração do crédito fiscal deve ser efetuada nos livros fiscais próprios mediante documento fiscal idôneo que atenda a todas as exigências da legislação pertinente, o que não se observou no presente caso. Infração subsistente.

Infração 11: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro e dezembro de 2013.

O defensor afirmou que não existe clareza por parte do fiscal autuante quanto ao alegado, e que o mesmo somente juntou uma lista com vários produtos destacando a base de cálculo. Por exemplo, os itens listados como iogurte na realidade são tributados como bebidas lácteas, sujeitas a antecipação parcial e não substituição tributária. A diferença entre o que é iogurte e bebida láctea, de acordo com o anexo I do RICMS, se dá pelo NCM – Nomenclatura Comum do Mercosul.

O autuante informou que o Demonstrativo de Crédito Indevido – “Mercadorias com ICMS Substituído” foi feito com base na EFD do contribuinte. Concorde com a informação do autuante de que a mercadoria iogurte, NCM 0403.1, está incluída na substituição tributária por antecipação total, item 5 do anexo 1 da Lei 7.014 de 1996 e item 21 do anexo 1 do Regulamento do ICMS 2012 (Decreto 13.780/12).

Em relação à mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, ficando vedada a utilização de crédito fiscal. Isso implica dizer que, com o encerramento da fase de tributação, houve a realização efetiva do fato gerador presumido e, salvo exceções expressas na legislação, não há crédito fiscal a ser utilizado, tanto em relação ao ICMS da operação normal como o imposto antecipado.

Vale salientar que a legislação estabelece vedação ao crédito do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, quando a operação de aquisição tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito.

Concluo pela procedência deste item da autuação fiscal, conforme o demonstrativo elaborado pela autuante, haja vista que ficou comprovado por meio do levantamento fiscal que foi efetuado crédito fiscal relativo ao imposto recolhido por substituição tributária.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, considerando que os itens 01, 02 e 08 do presente lançamento são parcialmente subsistentes, conforme demonstrativos do autuante às fls. 225/226 e 231.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281394.0401/15-4, lavrado contra **FRANKLIN ROBSON DIAS DA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$117.179,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a”, “d” e “f”, e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$1.324,46**, prevista no art. 42, inciso IX e XI, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA