

A. I. Nº - 269197.3002/16-9
AUTUADO - ATACADÃO S.A.
AUTUANTE - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 15. 08. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0117-01/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. a) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração está devidamente caracterizada. b) CRÉDITO DECORRENTE DE BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO POR CONVÊNIO OU PROTOCOLO NOS TERMOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75. O direito ao crédito pressupõe efetivo recolhimento do imposto na etapa de aquisição da mercadoria. Exação pautada no Decreto 14.213/12. Infração subsistente. 2. OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA RECOLHIMENTO ICMS. Alegações defensivas refutadas. Infração procedente 3. ERRO NA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS. RECOLHIMENTO A MENOR. Afastado a exigência fiscal relativo ao período de julho a dezembro de 2013, período em que o benefício fiscal de redução da base de cálculo contemplava as operações internas do composto lácteo (Redação dada ao inciso XXV do art. 268 pelo Decreto nº 14.681, efeitos de 17/06/15 a 31/01/17, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento). Infração parcialmente subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA. Defesa nada apresenta em suas alegações que possa de fato elidir a infração Acusação fiscal consistente 5. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. a) MERCADORIAS BENS OU SERVIÇOS SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. b) ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTAS. Acusações fiscais perfeitamente caracterizadas e demonstradas em planilhas elucidativas e perfeitamente apropriadas para fins do exercício da defesa que não se concretizou. Infrações procedentes. Afastada a arguição de nulidade. Não verificado ofensa aos princípios da tipicidade fechada e legalidade. Negado pedido de perícia técnica. Lançamento dentro dos parâmetros legais. Constam dos autos todos os elementos necessários para avaliação fisco contábil do feito, permitindo a plena análise e cognição. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unanime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 16/09/2016 e refere-se à cobrança exigência

de crédito tributário no valor de R\$302.309,12, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 – 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). Anexo I - Referente ao período de jan/2012 a dez/2013. No valor de R\$30.594,83, e multa no percentual de 60%.

Infração 02 – 01.02.96 - O Contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais relativos 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. A vedação dos créditos fiscais é regulamentada no Decreto nº 14.213/2012 e com os percentuais de estornos tipificados no Anexo Único do referido Decreto. Anexo II. Referente ao período de dez/2012 a dez/2013. No valor de R\$71.438,53, e multa no percentual de 60%.

Infração 03 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. A empresa deu saídas em diversos produtos pelos ECF sem tributação, quando os produtos deveriam ser tributados. Anexo III. Referente ao período de jan/2012 a dez/2013. No valor de R\$84.008,62, e multa no percentual de 60%.

Infração 04 – 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. A empresa deu saída em diversos produtos pelos ECF com alíquota 7% (sete por cento), quando os produtos deveriam ser tributados com alíquotas de 17% (dezessete por cento). Anexo IV. Referente ao período de jan/2012 a dez/2013. No valor de R\$93.506,42, e multa no percentual de 60%.

Infração 05 – 07.01.03 - Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Referente ao período de jan/2012 a mar/2012; mai/2012 a dez/2013. Anexo V. No valor de R\$975,82, e multa no percentual de 60%.

Infração 06 – 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Anexo VI. Referente ao período de jan/2012 a dez/2013. No valor de R\$10.099,50, referente a multa no percentual de 1% sobre o valor comercial da mercadoria.

Infração 07 – 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Anexo VII. Referente ao período de jan/2012 a dez/2013. No valor de R\$11.685,41, referente a multa no percentual de 1% sobre o valor comercial da mercadoria.

O Contribuinte tomou ciência do feito em 10/10/2016, o que repercutiu como limite para apresentação da defesa o dia 09/12/2016. Constata-se, conforme documento às fls. 201, que aos dias 07/12/2016, tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 202 a 229, quando alegou cerceamento de defesa por não haver recebido por devolução os livros e documentos fiscais arrecadados para exame.

A defesa apresenta seu contraditório nos seguintes termos:

No tocante a Infração 01, pugna pela nulidade absoluta tendo em vista a alegação de que há uma dissociação entre os fatos que ensejaram a formalização da acusação e os dispositivos normativos tidos por violados. Ensejando, na opinião da defesa, ofensa aos princípios da tipicidade fechada e legalidade estrita. Exemplifica citando e transcrevendo o artigo 31 da Lei 7014/96, que afirma mencionar documentação inidônea e que na descrição da infração não ocorreu à acusação de inidoneidade da documentação fiscal objeto da autuação.

Conclui em seguida que “*Não se sustenta, portanto, a acusação de utilização indevida de crédito, em função da falta de subsunção fato norma, que fere o princípio da tipicidade fechada, do contraditório e ampla defesa da Autuada, cujo reconhecimento fica desde já requerido, nos exatos termos, ainda, do artigo 142 do CTN.*”

No que se refere à **infração 02**, descreve a acusação fiscal de haver a Autuada se utilizado

indevidamente de créditos fiscais relativos a entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado por convênio ou protocolo, conforme LC 24/75, e em seguida aduz ser improcedente a acusação fiscal e traz a baila decisão proferida pelo STJ e pelo TJBA, em que afirma haverem reconhecido o direito ao crédito do imposto em casos idênticos ao aqui tratado.

Afirma que se deve considerar que a Autuada arcou com o ICMS incidente sobre as operações mercantis em tela, destacado nas notas fiscais de compras efetuadas e que não nega a efetiva ocorrência das operações mercantis, nem a regularidade formal e material das notas fiscais que serviram para acobertar as compras realizadas, devidamente escrituradas.

Alega que se foram debitados 7% ou 12% de imposto (ICMS) nas notas fiscais de compra, os créditos são legítimos, já que o referido tributos indiretos compõe a base de cálculo e o preço pago. E que se os vendedores localizados em ES, GO e PB são detentores de benefícios fiscais outorgados por aquelas unidades da federação a seus contribuintes, segundo legislação própria decorrente do exercício de suas respectivas competências tributárias, a questão não pode envolver a ora Autuada.

Aduz ainda a falta de prova da pretensão fazendária, visto entender que não existe nos autos prova de que o imposto realmente tenha sido minorado na origem, e complementa que o Fisco não demonstrou que realmente tenham os contribuintes de outros Estados gozado dos supostos benefícios fiscais. E que este fato traz incerteza, insegurança, e, iliquidez ao crédito tributário formalizado no auto de infração em tela. E conclui que por este motivo não há como se afirmar que teriam sido violados os dispositivos dados como infringidos. E que neste caso aplica-se o disposto no **art. 142 do CTN**.

Alega que a LC 24/75 foi editada com vistas ao(s) Governador(es) que tenha(m) concedido eventual benefício ou incentivo fiscal ilegítimo e não aos contribuintes, e que a LC 24/75 só poderia gerar responsabilidade ao Estado infrator, mas não ao contribuinte recebedor das mercadorias que geraram o crédito tomado.

Afirma ainda que a norma específica que tratava da matéria foi **derrogada** pela CF/88 e não recepcionada, em função justamente do princípio da não-cumulatividade do ICMS lá estabelecido.

Acrescenta que lançamento de ofício levado a efeito contra a Autuada é fruto da “guerra fiscal” travada entre os Estados da Federação, e por isso não pode envolver os contribuintes, e lembra que as inúmeras **ações diretas de inconstitucionalidades** (ADIs) propostas pelos Estados, uns contra os outros, junto ao Eg. STF, bem demonstram o asseverado, de forma que as reclamações devem envolver apenas os entes políticos e não seus contribuintes.

Cita a respeito do tema em tela o acórdão prolatado pelo eg. Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Paraná, envolvendo a mesma empresa ora Autuada, como também a decisão monocrática exarada pela i. Ministra do Supremo Tribunal Federal, Dra. ELLEN GRACIE, quando reconsiderou decisão até então prolatada nos autos da A/C2611 0 AG .REG. NA AÇÃO CAUTELAR, e que afirma a Impugnante ter tratado de situação idêntica a discutida nestes autos.

Aduz que da decisão que destaca decorre que mesmo tendo agido um determinado estabelecimento de outro Estado de acordo com as respectivas legislações locais, não pode o Estado do estabelecimento de destino impedir o crédito de ICMS incidente, como se verifica na hipótese sob exame, e cita neste sentido decisão do STJ em relação ao Processo RMS 32453 / MT.

Conclui pela ilegitimidade da infração 02 afirmando que “segundo o entendimento jurisprudencial acima colacionado e atualmente vigente, o Estado que se sentir ofendido deve buscar guarida no Poder Judiciário em face do Estado tido como infrator e não simplesmente, de forma indevida, penalizar seus contribuintes, máxime como no caso dos autos onde houve o pagamento integral do imposto reclamado por parte da Autuada, já que, segundo o mesmo entendimento acima apontado: “...a pura e simples glosa dos créditos apropriados é descabida, porquanto não se compensam as inconstitucionalidades”.”

Em relação a Infração 03 que imputa à Autuada falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, alega que dentre as mercadorias arroladas, há situações abrangidas pela regra de isenção – Convênio 44/75 e art. 14, I; art.

265, II do RICMS/BA, não havendo que se falar em tributação. Cita neste sentido as seguintes mercadorias (arroz e feijão); (Hortifrúti: cominho, coentro, erva doce, louro, manjerona, orégano, salsa, ervilha, mandioca, salada verde, seleta, vagem fina e brócolis) e outros previstos nos seguintes dispositivos legais CONVENIO ICMS 44/75 E INCISO I DO ART. 14 DO RICMS/BA – 97 E INCISO I DO ART. 265, I, a do RICMS/BA 2012.

Explica que a isenção é hipótese de não-incidência tributária, legalmente instituída. Tal significa, assim, que as operações com mercadorias descritas abstratamente nas normas isentivas, encontram-se fora do campo de incidência tributária, requerendo ao final o cancelamento da autuação relativa a infração 03.

Quanto a infração 04, a qual imputa a Autuada a acusação de haver recolhido a menor o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação em saídas de mercadorias regularmente escrituradas, destaca que a respeito dos produtos leite em pó e vinagre, devem ser excluídas do levantamento fiscal por tratarem-se de mercadorias abrangidas pelo benefício fiscal da redução da base de cálculo, previsto no art. 87, inc. XXI o qual transcreve e relaciona os produtos que entende a defesa estarem compreendidos no artigo em questão.

Assevera a defesa que o dispositivo legal que evoca busca amparar a mercadoria leite em pó enquanto gênero, com o benefício da redução da base de cálculo e que nessa categoria estão os produtos comercializados pela Autuada, com aplicação da alíquota de 7%, por expressa previsão legal, os quais, contudo, foram arrolados pela fiscalização no demonstrativo anexo ao auto de infração, como sujeitos à alíquota de 17%.

Afirma ainda, que o afastamento do benefício fiscal procedido pelo fisco, com relação às mercadorias em tela, com a devida vênia, não merece prosperar, sob a égide de que deve dar ao caso interpretação literal, nos moldes do art. 111, do CTN, seja porque todos os produtos em tela enquadram-se na categoria leite em pó, seja porque não se trata de ampliação do objeto do benefício fiscal, mas sim de interpretação sistemática da norma o que implica tomar em consideração o sentido finalístico da norma. E neste sentido aponta entendimento externado pelo Eg. STJ quando do julgamento do Recurso Especial nº 967.693/DF, o RECURSO ESPECIAL Nº 734.541 - SP (2005/0044563-7) e ainda o posicionamento adotado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão JF nº 0034-03/13.

E diante dos paradigmas jurisprudenciais que colaciona, entende quanto ao leite em pó objeto da autuação que: *“Não há, assim, que se falar em erro na aplicação da alíquota.”* E estende o mesmo raciocínio para o produto vinagre, com base no inciso XXXI do Art. 87 do RICMS/97 e inciso XXVII do Art. 268 do RICMS/12.

Referindo-se a infração 05 que formaliza exigência de multa percentual sobre imposto que, supostamente, deveria ter sido pago por antecipação tributária afirma que prejuízo algum restou verificado pelo Fisco porque os dados tomados pela fiscalização foram extraídas de informações prestadas pela própria Autuada, não havendo dano ao erário, por força do prelecionado no §1º, do citado art. 42 da Lei 7014/96.

Aduz que a aplicação de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias deve se guiar, dentre outros, pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade, devendo ser analisada em cada caso concreto e que no caso em tela não houve embaraço à fiscalização, nem dano ao Erário, aptos a justificar a aplicação da penalidade em comento, requerendo, desde já, seu cancelamento.

Relativamente às infrações 06 e 07 que apontam suposta falta de registro quando da entrada de mercadorias no estabelecimento da Autuada alega a Impugante que a fiscalização deixou de proceder à *“correlação entre os documentos fiscais tomados, com eventuais situações de devolução, cancelamento, diligência junto aos fornecedores etc, procedimento esse que está sendo levado a cabo pela Autuada, e tão logo tenha todos os dados em mãos – dado o volume de operações envolvidas – será anexada aos autos, tudo sob a égide do princípio da busca da verdade material, que rege o procedimento administrativo.”*

Pugna a defesa ao final pela improcedência total do lançamento de ofício em tela e requer perícia técnica, para a comprovação de que nada é devido pela Autuada. E apresenta para fins da perícia os seguintes quesitos:

“a) a classificação fiscal dos produtos denominados “leite em pó” e “composto lácteo”, era a mesma à época dos fatos? As mercadorias elencadas no demonstrativo anexo ao AI, foram recebidas pela Autuada com o benefício da redução da base de cálculo, previsto no art. 87, inc. XXI, do RICMS/97?”

b) dentre os documentos fiscais arrolados pelo Fisco, há alguns que foram objeto de devolução? Em caso positivo, especificar detalhadamente cada uma das situações, com identificação da nota/cupom fiscal de recebimento pela Autuada e de devolução ao fornecedor.

c) ainda com relação às mercadorias objeto de devolução, foram elas recebidas pela Autuada com benefício de redução de base de cálculo?

d) protesta pela formulação de quesitos complementares.”

Como assistentes técnicos indica os seguintes profissionais:

Nome: Sérgio Rodrigo de Oliveira
RG: 5.814.641 SSP / PE
CPF: 030.630.724-35

Nome: Welberth Mota de Sousa
RG: 2374712-SSP DF
CPF: 007.056.091.97

E ante o exposto, requer seja conhecida e julgada procedente a presente defesa, declarando-se a insubsistência total do lançamento de ofício objurgado, como medida de Justiça.

Informa o Autuante que o Auto de Infração é auto elucidativo quanto às infrações descritas e os documentos comprobatórios juntados nos anexos, e durante a fiscalização foram disponibilizados os relatórios para a empresa fazer uma análise prévia.

Quanto a Infração 01 aduz que se trata de uma infração objetiva, e que estranha a infração ter sido contestada, uma vez que quando foi disponibilizado os relatórios prévios via e-mail, o seu departamento tributário através do Sr. Welberth Mota já tinha reconhecido a infração, conforme e-mail na folha 184 desse PAF, o qual transcreve. E acrescenta que contudo, a defesa não apresentou nenhum argumento plausível para a infração.

Em relação à Infração 02 destaco que a fiscalização é uma atividade vinculante as normas tributárias, e não cabe a essa autoridade fiscal nesse fórum administrativo a discussão constitucional do Decreto nº 14.213/2012.

E quanto ao mérito da autuação, observa que demonstrou minuciosamente no Anexo II, os valores admitidos de créditos e os valores a serem estornados de cada produto e Estado de origem conforme expresso no Decreto 14.213/12 e ainda que o ônus da prova, no caso em pauta, cabe a autuada, pois a simples negativa ao fato não é argumento suficiente para elidir a ação fiscal, citando os artigos 142 e 143 do RPAF e os Acórdãos da 2ª JF nº 0030-02/16 e da 3ª CJF nº 0524-13/13 que lhe serviram também de convencimento na constituição da referida infração e que consolida os aspectos constitucionais abordados pela defesa.

De referência a Infração 03, alerta que o primeiro item questionado é arroz, dizendo ser isento, no entanto o que a defesa não explicitou é que o arroz em discussão não é de consumo humano e sim ARROZ DESTINADO AO CONSUMO ANIMAL. Sendo que o Arroz para consumo animal não está contemplado pela isenção do art. 265, inc II, alínea “c” do RICMS/12 e que no RICMS/97 era 100% redução da base de cálculo prevista no Art. 78 - A., referenciando a seu favor o PARECER DITRI Nº

1707/2008 de 05/09/2008.

Quanto aos hortifrúti, que são considerados isentos na Clausula Primeira do Convênio ICM 44/75, bem como no art. 14, inc. I do RICMS/97 e no art. 265, inc. I, alínea “a” RCMS/2002, informa que os produtos objeto da autuação sofreram processo de industrialização, pois foram secados, colocado em embalagens padrões e rotulado pelas indústrias que identificam a sua marca, e desta forma não fazem jus a isenção tendo em vista a orientação da alínea “a”, inciso I do art. 265, “desde que não destinadas à industrialização”.

Tratando da Infração 04, referente as tributações do Agrin e do Composto Lácteo que saíram com uma carga tributária de 7% reafirma que seu entendimento é que a carga deveria ser efetivamente de 17%. Explica que no caso do Agrin, que a empresa alega ser vinagre, caso em que teria sua base de cálculo reduzida em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento), o próprio fabricante não classifica como vinagre conforme informação que afinça haver colhido no site: <http://www.marata.com.br/produtos/produtos-marata/vinagres-e-agrins>, como também informa que é evidente que o produto não se enquadra na definição dada pelo Ministério da Agricultura, através da Instrução Normativa nº 36 de 14/10/99, que define o que é Agrim e o que é Vinagre, que transcrevo abaixo:

"O vinagre é uma solução diluída de ácido acético, elaborada de dois processos consecutivos: a fermentação alcoólica, representada pela conversão de açúcar em etanol (álcool) e da fermentação acética, que corresponde à transformação do álcool em ácido acético por determinadas bactérias, conferindo o gosto característico de produto, conforme reação: $CH_3CH_2OH \rightarrow CH_3CHO \rightarrow CH_3CH(OH)_2 \rightarrow CH_3COOH$, etanol álcool acetaldeído hidrato de aldeído ácido sidrogenase acetaldeído desidrogenase acético"

Portanto, o produto que não estiver de acordo com esta portaria, recebe a denominação de AGRIN, que é um fermentado químico de álcool com vinho, isto é, sua composição surge a partir de percentuais variável de álcool e vinho, que normalmente é composto de 90% de álcool e 10% de vinho, cujos preços nas prateleiras dos supermercados variam a valores mais baixos que o vinagre. E assevera que como demonstrado está, o Agrin não é vinagre e, portanto, não há que se reduzir sua base de cálculo.

Tratando do COMPOSTO LÁCTEO refuta a alegação da Impugnante quando esta afirma que o leite em pó, tem que ser entendido como gênero, que a interpretação deve ser feita de forma literal (art. 111 CTN) e no sentido finalístico da norma. Sustenta que, ao contrário, que não podemos dar um tratamento expansivo ao da previsão legal com referência aos compostos lácteo elencados nessa infração, fazendo-se necessário analisar os seguintes aspectos: A) Descrição e classificação do produto pelo próprio fabricante; B) Tratamento tributário dispensado pelo RICMS – BA/1997 para o produto Leite em pó.

Aduz que o fabricante dos produtos objetos dessa autuação, descreve em suas embalagens e em seu sitio na internet, citados inclusive pelo próprio Impugnante, que esses produtos contêm os seguintes ingredientes: Leite desnatado, fibra solúvel (dextrina resistente em pó), sais minerais e vitaminas. E ainda que para deixar claro para o consumidor que não se trata de leite, mas de um produto que leva leite em sua composição, denominado de COMPOSTO LÁCTEO, coloca uma advertência em letras maiúsculas assim: ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ. Informação esta que afirma constar de material divulgado pela empresa, em seu sitio na internet, e nas embalagens dos produtos, onde se pode observar que o fabricante na descrição dos ingredientes que compõem os produtos, cita uma série de componentes como: maltodextrina, óleo de soja, açúcar, pirofosfato de ferro, emulsificante, lecitina de soja, vitaminas e também leite em pó. Conclui que: *“Portanto, não se trata de puro leite em pó, em verdade trata-se de um outro produto, que contém leite em pó na sua formulação e é denominado **COMPOSTO LACTEO**.”* E acrescenta: *“O produto leite em pó, descrito pelo legislador no Art. 87 tem em sua composição apenas leite, ocorre que os fabricantes estão desenvolvendo novos produtos, com vários ingredientes, inclusive leite, e para os quais querem dar o tratamento tributário previsto no citado artigo.”*

Acrescenta ainda que se deve aplicar o mesmo entendimento ao NAN 1 PRO, NAN 2 PRO, NAN Comfort, Nestogeno 1 semestre, Nestogeno 2 semestre. E quanto ao julgamento citado pela defesa, enfatiza que o CONSEF (CONSELHO DE FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA) já tem um entendimento, fazendo com que essa matéria hoje esteja pacificada por maioria dos seus membros e que o entendimento atual do Conselho de Fazenda, **pela procedência dessa infração**, exarado nos acórdãos CJF nº 0289-11/14 de 11/09/2014, JJF 0328-01/13 de 19/12/2013, JJF nº 13205/15 de 16/07/2015 e CJF nº 34911/15 de 10/12/2015 onde a Autuada/Recorrente **é a mesma do presente PAF** (ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA). Assevera ao final que *“Diante do exposto, não cabe a redução de base de cálculo que resulte na carga tributária de 7% (sete por cento).”*

Quanto a Infração 05 que versa sobre multa de produtos sujeitos a antecipação tributária, que não foram realizadas, mas que foram dadas saídas com tributação normal, afirma o autuante que durante a fiscalização, apresentou previamente o relatório do levantamento da infração ocasião em que procedeu diversos ajustes, havendo ao final a concordância da empresa quanto aos demais itens do levantamento, conforme email respondido pela empresa (folha 190) e Transcreve a norma expressa claramente alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei 7014/96 combinado com §1º do art. 42. De modo que ratifica a exigência da infração.

Tratando da Infração 06 e 07, informa que não tratou de ambas as infrações de forma distintas, por se tratarem de produtos tributados e produtos não tributáveis, mas com a mesma previsão de multa e por considerar ainda que a própria Impugnante também contestou conjuntamente.

Trata-se da cobrança de multa pela falta de registro das notas fiscais eletrônicas na Escrita Fiscal Digital (EFD) e que informa haver disponibilizado no dia 25 de agosto de 2016 em planilha o demonstrativo prévio dos documentos não registrados, conforme e-mail na folha 182. Acrescenta que a empresa apresentou no dia 08 de setembro via e-mail (fl. 185) justificativas referentes ao não registro das referidas notas fiscais e acatamos parcialmente, conforme apontado no e-mail na folha 186.

Informa ainda que das notas fiscais eletrônicas das quais foram mantidas a exigência da multa, foram adotadas todas as providências saneadoras para a busca da verdade material dos fatos, como cruzamentos para verificação se notas fiscais teriam sido canceladas pelo remetente, se teriam notas fiscais de devoluções correspondentes e se todas as notas foram devidamente autorizadas, conforme nota explicativa também no email na folha 186 do PAF.

Ressalta ainda que para sedimentar a exigência fez juntadas de diversas notas fiscais eletrônicas autorizadas (NFe) associadas ao conhecimento de transporte eletrônico (CTe) correspondente (folhas 164 a 181). Asseverando ao final que discorda cabalmente dos pedidos de perícia e diligência solicitada pela impugnante, considerando que toda a fiscalização foi feita dentro dos parâmetros legais, sendo disponibilizados todos os demonstrativos para uma análise prévia pela empresa, dentro de prazos razoáveis. E acrescenta que um dos assistentes técnicos apontados pela empresa, Sr. Welberth, foi o responsável por todo o acompanhamento da fiscalização, inclusive com a concordância de algumas infrações que no final foram contestadas.

Pugna ao final pela procedência total do lançamento nos termos em que foi constituído.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Preliminarmente voto pelo afastamento do pedido de nulidade quanto a infração 01, visto que além de não vislumbrar a realidade fática da alegação da defesa de que há uma dissociação entre os fatos

que ensinaram a formalização da acusação e os dispositivos normativos tidos por violados, não verifiquei ofensa aos princípios da tipicidade fechada e legalidade estrita. O enquadramento efetuado pelo Autuante funda-se nos artigos 93 §§2º e 5º e Art. 124 do RICMS/97, como também no artigo 31 da Lei 7014/96, dispositivos que se referem ao direito ao crédito, conforme demonstrado pelo levantamento fiscal.

De igual forma indefiro o pedido de perícia e diligência solicitada pela impugnante, porquanto verifico que toda a fiscalização foi feita dentro dos parâmetros legais e constam dos autos todos os elementos necessários para avaliação fisco contábeis do feito, permitindo a plena análise e cognição.

Sendo assim, adentrando ao mérito da Infração 01, considerando que a defesa nada apresentou quanto ao mérito, e havendo verificado que a infração está devidamente caracterizada nos autos, conforme demonstração no ANEXO 01 às fls. 21 a 27, voto pela integral procedência desta exação fiscal 01.

Quanto a infração 02 discordo da afirmativa da Impugnante de que arcou com o ICMS incidente sobre as operações mercantis destacado nas notas fiscais de compras objeto da autuação pois, tratando-se de operação que foi objeto de benefício fiscal na unidade de origem, conclui-se que o destaque do ICMS foi meramente formal e que não tendo sido recolhido integralmente ao estado de origem, não pode gerar nenhum direito a empresa adquirente autuada. O direito ao crédito pressupõe efetivo recolhimento do imposto na etapa de aquisição da mercadoria, e sendo assim a exação fiscal em tela não comprometeu o princípio da não-cumulatividade do ICMS, ao revés preservou este princípio, porquanto a glosa em questão refere-se a imposto não pago na operação anterior.

Em relação a alegação de falta de prova da pretensão fazendária, verifico que também não procede esta pretensão defensiva, pois a autuação, conforme declara o autuante foi pautada no Decreto 14.213/12, bastando que a defesa trouxesse aos autos os elementos fáticos que invalidassem o levantamento fiscal a partir deste alicerce legal. Mais uma vez a defesa apenas busca se valer de alegações infundadas. Descarto, portanto, também esta alegação defensiva.

A LC 24/75 trata dos regramentos admitidos para convênios objetivando a concessão de isenções e benefícios fiscais do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, é claro que se as isenções ou benefícios fiscais foram editados por quaisquer das unidades federadas sem respeitar estes limites, de forma que, o respectivo benefício não tem valor legal e pode ser glosado pela unidade federada de destino, como de fato ocorreu neste lançamento fiscal sob julgamento.

A “guerra fiscal” alegada pela defesa é um fato que explica a autuação em questão, mas não socorre a Impugnante. E a jurisprudência colacionada pela defesa não tem o condão de obrigar a este CONSEF, visto não ter força vinculante. De forma que voto pela procedência da infração 02.

De referência à infração 03 que imputa à Autuada falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, verifico que a alegação de que dentre as mercadorias arroladas, há situações abrangidas pela regra de isenção – Convênio 44/75 e art. 14, I; art. 265, II do RICMS/BA, não procede: quanto ao arroz a autuação alcança apenas para fins de ração animal que não está abarcado pela isenção, quanto ao feijão não encontrei este produto no rol dos produtos objeto da autuação, em relação aos (Hortifrúti: cominho, coentro, erva doce, louro, manjerona, orégano, salsa, ervilha, mandioca, salada verde, seleta, vagem fina e brócolis), verifiquei que se tratam de produtos industrializados e portanto absolutamente tributados. De forma que, considerando que a defesa se limitou, quanto aos demais produtos que alega serem isentos apenas sua citação de forma genérica, sequer apontando sua existência e o valor computado no levantamento fiscal, voto pela desconsideração das alegações defensivas também quanto a esses itens.

Quanto a infração 04, a qual imputa a Autuada a acusação de haver recolhido a menor o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação em saídas de mercadorias regularmente escrituradas, não acompanho o entendimento da defesa de que o produto vinagre, deve ser excluída do levantamento fiscal por discordar de que tal produto se trate de mercadorias abrangidas pelo benefício fiscal da redução da base de cálculo, pois comprova o Autuante que o

produto objeto da exação foi o AGRIN e que este produto não é vinagre e afirma isto com base na definição dada pelo Ministério da Agricultura, através da Instrução Normativa nº 36 de 14/10/99, que define o que é Agrim e o que é Vinagre.

Quanto ao composto lácteo, objeto da autuação pela infração 04, verifiquei que no período de agosto/13 objeto da autuação, o benefício fiscal de redução da base de cálculo contemplava as operações internas do composto lácteo, conforme redação dada ao inciso XXV do art. 268 pelo Decreto nº 14.681, efeitos de 01/08/13 a 31/12/13), que definia a carga tributária incidente para este produto correspondia à época a 7% (sete por cento), não assistindo razão ao Autuante para a exação quanto ao composto lácteo neste período, conforme texto da referido dispositivo regulamentar transcrito a seguir:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

XXV - revogado;

Nota: O inciso XXV do caput do art. 268 foi revogado pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, efeitos a partir de 01/02/17.

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pelo Decreto nº 16.151, de 16/06/15, DOE de 17/06/15, efeitos a partir de 17/06/15 a 31/01/17:

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”

Neste sentido, apuramos o valor correspondente a exação fiscal objeto da infração 04 quanto ao item BEBIDA LACTEA, conforme planilha demonstrativa a seguir onde restou apurado o valor de R\$ 5.096,03, o qual opino seja deduzido do valor total correspondente à infração 04 de R\$93.506,42, repercutindo no voto pela sua procedência parcial, em vista da redução do valor exigido por esta infração para R\$88.410,39.

Data	UF	CFOP	Cod Item	Descrição Item	Dif. ICMS (F) = (E) - (C.)
31/08/2013	BA	5102	1-42287953	BEB.LACTEA 3CORACOES CAPPUCINO CHOC 1x1 187ML	14,48
31/08/2013	BA	5102	1-12666904	BEB.LACTEA BOA VIDA CHOCOLATE TP 1x1 1L	25,75
31/08/2013	BA	5102	1-12666116	BEB.LACTEA BOA VIDA CHOCOLATE TP 1x12 1L	22,00
31/08/2013	BA	5102	1-17909959	BEB.LACTEA DEL V.KAPO CHOCOLATE 1x1 200ML	13,25
31/08/2013	BA	5102	1-26603930	BEB.LACTEA ITALAC CHOCOLATE TP 1x1 1L	176,65
31/08/2013	BA	5102	1-44049984	BEB.LACTEA ITALAC CHOCOLATE TP 1x1 3X200ML	9,69
31/08/2013	BA	5102	1-26603142	BEB.LACTEA ITALAC CHOCOLATE TP 1x12 1L	302,62
31/08/2013	BA	5102	1-44049196	BEB.LACTEA ITALAC CHOCOLATE TP 1x8 3X200ML	50,12
31/08/2013	BA	5102	1-23424100	BEB.LACTEA ITALAC CHOCOLATE TPNC* 1x24 200ML	446,88
31/08/2013	BA	5102	1-23424248	BEB.LACTEA ITALAC CHOCOLATE TPNC* 1x3 200ML	147,20
31/08/2013	BA	5102	1-44046905	BEB.LACTEA MARAJOARA KIDS CHOC. 1x1 3X200ML	8,78
31/08/2013	BA	5102	1-44046117	BEB.LACTEA MARAJOARA KIDS CHOC. 1x9 3X200ML	57,91
31/08/2013	BA	5102	1-16628263	BEB.LACTEA MARAJOARA KIDS CHOCNC* 1x3 200ML	184,26
31/08/2013	BA	5102	1-16628114	BEB.LACTEA MARAJOARA KIDS CHOCNC* 9x3 200ML	1.261,26
31/08/2013	BA	5102	1-44051987	BEB.LACTEA MARATINHO CHOCOLATE 1x1 3X200ML	10,22
31/08/2013	BA	5102	1-44051199	BEB.LACTEA MARATINHO CHOCOLATE 1x9 3X200ML	16,18
31/08/2013	BA	5102	1-35621199	BEB.LACTEA MARATINHO CHOCOLATENC* 1x27 200ML	184,76
31/08/2013	BA	5102	1-35621247	BEB.LACTEA MARATINHO CHOCOLATENC* 1x3 200ML	121,78
31/08/2013	BA	5102	1-35016970	BEB.LACTEA NESCAU ACTIGEN-E TP 1x1 1L	64,20
31/08/2013	BA	5102	1-35016182	BEB.LACTEA NESCAU ACTIGEN-E TP 1x12 1L	25,70
31/08/2013	BA	5102	1-44053905	BEB.LACTEA NESCAU PRONTINHO TP 1x1 3X200ML	35,25
31/08/2013	BA	5102	1-44053117	BEB.LACTEA NESCAU PRONTINHO TP 1x9 3X200ML	85,34
31/08/2013	BA	5102	1-28846917	BEB.LACTEA NESCAU PRONTINHO TPNC* 1x1 200ML	0,14

31/08/2013	BA	5102	1-28846278	BEB.LACTEA NESCAU PRONTINHO TPNC* 1x3 200ML	379,15
31/08/2013	BA	5102	1-28846129	BEB.LACTEA NESCAU PRONTINHO TPNC* 9x3 200ML	440,29
31/08/2013	BA	5102	1-31899900	BEB.LACTEA NESTLE ALPINO 1x1 280ML	21,23
31/08/2013	BA	5102	1-42598964	BEB.LACTEA NESTLE NESCAU 1x1 280ML	12,66
31/08/2013	BA	5102	1-43159944	BEB.LACTEA NESTLE SUFLAIR 1x1 270ML	13,49
31/08/2013	BA	5102	1-44055924	BEB.LACTEA TODDYNHO CHOCOLATE 1x1 3X200ML	25,99
31/08/2013	BA	5102	1-44055136	BEB.LACTEA TODDYNHO CHOCOLATE 1x9 3X200ML	47,27
31/08/2013	BA	5102	1-14595245	BEB.LACTEA TODDYNHO CHOCOLATE*NC* 1x3 200ML	375,10
31/08/2013	BA	5102	1-14595197	BEB.LACTEA TODDYNHO CHOCOLATE*NC* 9x3 200ML	466,18
31/08/2013	BA	5102	1-17666995	RF.BEB.LACTEA CHAMYTO IMAISI CHOC. 1x1 130G	50,25
				TOTAL	5.096,03

Em relação a infração 05 que formaliza exigência de multa percentual sobre imposto que, supostamente, deveria ter sido pago por antecipação tributária, também a defesa nada apresenta em suas alegações que possa de fato lhe socorrer, a acusação se apresenta absolutamente consistente, e a multa foi subsumida de previsão legal, estando sua aplicação vinculada a ocorrência da conduta indevida que foi eficazmente comprovada. Desta forma voto pela subsistência da infração 05.

Relativamente às infrações 06 e 07 que apontam suposta falta de registro quando da entrada de mercadorias no estabelecimento da Autuada pesa contra a autuação apenas alegação sem nenhum indício de prova apresentado de que a fiscalização deixou de proceder à correlação entre os documentos fiscais tomados, com eventuais situações de devolução, cancelamento, diligência junto aos fornecedores. De forma que posso desconsiderar a acusação fiscal perfeitamente caracterizada e demonstrada em planilhas elucidativas e perfeitamente apropriadas para fins do exercício da defesa que não se concretizou. Assim voto pela procedência das infrações 06 e 07.

Destarte, com base na exposição de motivos retro alinhados voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL deste Auto de Infração, opinando pela redução do valor exigido para R\$297.213,09.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269197.3002/16-9**, lavrado contra a empresa **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$274.452,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$22.760,67**, previstas nos incisos II, “d”, IX e XI do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a norma da Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR