

PROCESSO - A. I. Nº 269193,0173/15-8
RECORRENTE- PCA REFEIÇÕES COLETIVAS E HOSPITALARES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0097-04/16
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/12/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0315-11/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENTRADAS INTERESTADUAIS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Foi reconhecido em sede diligencial pelo próprio autuante que algumas mercadorias eram destinadas à prestação de serviço do Contribuinte. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. ALÍQUOTA. USO INCORRETO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE SAÍDAS A NÃO CONTRIBUINTES. ERRO NA ALÍQUOTA. Item subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 3. OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Item subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 4. LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO INCORRETA. MULTA. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. 5. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. 6. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ENTREGA MESMO APÓS INTIMADO. MULTA. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 28/04/15, para exigir ICMS, no valor total de R\$179.799,29. A infração 01 não foi contestada pelo contribuinte, não sendo objeto de análise. Assim, subsistem as demais infrações, quais sejam:

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;

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.

Após ocorrida a devida instrução processual, com manifestação do contribuinte e da autoridade fiscal, a 4ª JJF entendeu pela Procedência nos seguintes termos abaixo transcritos:

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 defendente 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.

Inconformada, a recorrente interpôs Recurso Voluntário defendendo a reforma da Decisão de piso nos seguintes moldes:

Quanto à infração 2, critica que no Auto de Infração não estão descritos 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.

Aduz que no anexo II.2 não há identificação dos materiais e as razões para estes serem considerados bens de consumo, sendo tal individualização necessária em razão de que a qualificação de um bem nessa classificação consumo/insumo depende do tipo de atividade exercida pela empresa.

Assim, cita trecho do julgado e afirma que a solicitação de apresentação das cópias das notas fiscais e a relação de mercadorias com a descrição precisa de sua função em seu processo produtivo é desproporcional.

Afirma que os itens copos descartáveis e guardanapos, neste ramo de atividade (fabricação de alimentos e pratos prontos) tem a qualificação de bens de uso e consumo, de forma que não são aplicáveis as regras citadas na autuação.

Assim, cita o Convênio ICMS 91/2012, cláusula primeira, como também art. 13, II da LC 87/96, defendendo ser item obrigatório a ser fornecido pela empresa, já que a mesma fornece alimentos de consumo pessoal individual, sendo regra de a vigilância sanitária dotar guardanapos e copos descartáveis para as pessoas que consomem os alimentos.

Colaciona no bojo do recurso trecho do artigo de André Luiz Carvalho Estrella sobre “*O artigo 20 da LC 87/96 e a Adição Limitada do Crédito Financeiro*”, destacando o entendimento do mesmo sobre bens de uso e consumo do ativo imobilizado, o qual acredita que tais bens possuem, como característica, o tempo de vida útil inferior a um ano.

Deste modo, defende a necessidade de tais itens para a prestação de serviço, devendo ser reconhecidos como “insumos com possibilidade de aproveitamento de crédito”, já que a LC adota como critério distintivo a “atividade do estabelecimento”.

Ressalta, ainda, que tal crédito apropriado não foi consumido e, mesmo em caso de estorno desses créditos, não há valor a ser pago, conforme entendimento do art. 305 do RICMS/BA, já que nos meses de 2014 a empresa acumulou saldos credores de ICMS em montantes superiores aos valores lançados no Auto de Infração como créditos indevidos.

Explica sobre o princípio da tipicidade fechada para corroborar seu entendimento.

Quanto à infração 3, alega que o fato de existirem créditos em valor superior aos débitos, não há valor a ser recolhido.

Cita trecho do julgamento de primeira instância que entendeu que tal alegação não foi provada pela recorrente.

Assevera então que tais dados de apuração são disponíveis aos servidores da turma de julgamento, de forma que não poderia ser desprezada a alegação da recorrente, que afirma não ter incorrido na falta e recolhimento do ICMS prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Quanto à infração 4, cita a mesma teoria de defesa da infração 3.

Em relação à infração 5, afirma que os livros apresentados estão em ordem, com as apurações mensais, como se apresentou na impugnação.

No pertinente às infrações 6 e 7, defende a nulidade do julgamento por entender que a Decisão não enfrenta a questão da mudança de entrega dos arquivos. Alega que os contribuintes devem entregar os arquivos conforme ATO COTEPE ICMS 09/2008, tendo a Decisão de piso calcado seu entendimento na analogia, vedada pelo CTN, art. 108. Assim, colaciona entendimento exarado pelo STJ sobre o tema.

Ao final, pugna pelo recebimento do Recurso Voluntário e pede que seja julgado Improcedente o presente Auto de Infração.

Em Sessão de Julgamento realizada em 15/02/2017 esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF) converteu o feito em diligência, visto que foi observada, no pertinente à infração 2, a necessidade de informações dos produtos que deram origem a infração, no sentido de se apurar se tais produtos eram, de fato, de uso e consumo do estabelecimento.

Deste modo, foi solicitado ao fiscal autuante:

1. Que indicasse os itens que foram considerados como de uso e consumo, através das NF utilizadas na produção do demonstrativo apresentado, adicionando-se ao demonstrativo uma coluna detalhando todos os produtos objeto da infração 2;
2. Que apresentasse cópia das NFs para apurar se, de fato, todos os produtos foram realmente glosados;
3. Que se intimasse a empresa recorrente para indicar quais os produtos são utilizados na prestação de serviços do estabelecimento, a fim de se apurar se são bens de uso e consumo os itens autuados.

Em resposta, o auditor diligente informou que:

1. A empresa recorrente atendeu à intimação e entregou CD com uma planilha descritiva dos itens tidos por ele como de Uso e Consumo ou de Uso na Prestação de Serviços, bem como cópia das Notas Fiscais arroladas na planilha.
2. Às fls. 29 e 30 deste PAF têm-se cópias dos livros RAICMS e Entradas do contribuinte, onde ele lança tais créditos como advindos de produtos para uso e consumo, com CFOP 1.556 e 2.556; e
3. Quanto à classificação feita pelo defendente na planilha apresentada, não se manifestou, tendo em vista que isto não foi requerido na diligência e porque, por certo, a convicção que será formada pela relatora será estribada na descrição dos produtos contida na já citada planilha da defesa, independentemente da opinião deste diligente.

Em Sessão de Julgamento realizada, esta 1ª CJF decidiu converter o feito novamente em diligência, oportunizando formalmente a manifestação do Fiscal Autuante sobre a classificação feita pelo autuado na planilha apresentada, para que este externasse o seu entendimento quanto aos produtos apresentados como de Uso e Consumo e Uso na Prestação de Serviços.

Em Resposta, o autuante opinou no sentido de acatar a classificação feita pela defesa. Assim, elaborou novo demonstrativo da infração 2, junto às fls. 240/243.

VOTO

Visa o presente Recurso Voluntário a reapreciação da Decisão de Primeira Instância, com o intuito de que o presente Auto de Infração seja julgado improcedente.

A infração 2 trata de uso indevido de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento.

A Junta de Julgamento Fiscal entendeu pela manutenção da infração, justificando 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.*

Em suas razões de defesa, a recorrente, mais uma vez, apontou que não consta dos autos a descrição dos produtos e da motivação para serem considerados como bens de uso e consumo.

Afirma que, neste ramo de atividade (fabricação de alimentos e pratos prontos), os bens autuados não têm a qualificação de bens de uso e consumo, de forma que não são aplicáveis as regras citadas na autuação, devendo ser reconhecidos como “insumos com possibilidade de aproveitamento de crédito”, já que a LC adota como critério distintivo a “atividade do estabelecimento”.

O processo foi convertido em diligência no intuito de sanear tais questionamentos. Nesta oportunidade, foi solicitado ao autuante que: a) indicasse os itens que foram considerados como

de uso e consumo, através das NFs utilizadas na produção do demonstrativo apresentado, adicionando-se ao demonstrativo uma coluna detalhando todos os produtos objeto da infração 2;

b) apresentasse cópia das NFs para apurar se, de fato, todos os produtos foram realmente glosados.

Por fim, foi solicitado à empresa recorrente que indicasse quais os produtos são utilizados na prestação de serviços do estabelecimento, a fim de se apurar se são bens de uso e consumo os itens autuados.

A empresa cumpriu o determinado e apresentou junto às fls. 155 a 232, CD com uma planilha descritiva dos itens tidos por ela como de Uso e Consumo ou de Uso na Prestação de Serviços, bem como cópia das Notas Fiscais arroladas na planilha.

A título exemplificativo do trabalho realizado, na Nota Fiscal nº 32045, a empresa recorrente segregou os seguintes itens como utilizados em sua prestação de serviço: FILME PVC 40x11; POTE 205ML; RED EMBA.500ML ALUM; GARFO MASTER; TAMPA PLAST; FACA MASTER; EMBAL NP-20; COPO PLAST 200ML, totalizando R\$4.570,00.

Já os itens: SACO DE LIXO 400LTS; SACO BOBINA PICOTADO; SACO AMOSTRA COLETA; SACO PLASTICO 14X24; PANO DE CHAO ALVEJ; SACO DE LIXO 400LTS; SACO DE LIXO 400LTS; SACO PLAST P/ALIMENTO; ROLO ALUMINIO; FIBRAS LIMP PESADA; LUVA DESCARTÁVEL; ÁLCOOL 70; PANO MULTIUSO PERFEX; totalizando R\$2.361,70 foram informados como de uso/consumo.

E assim segue listando todas as notas fiscais autuadas.

O autuante, na segunda diligência solicitada, quando questionado sobre os documentos apresentados, opinou pelo acatamento da planilha fornecida pelo contribuinte.

Após análise dos itens e, sendo a empresa recorrente do ramo da produção de alimentos e pratos prontos, constando como atividade secundária o fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas, resta claro que itens como: EMBA.250ML ALUM; EMBA.1170ML ALUM; TAMPA PLAST; GUARDANAPO PAPEL; FACA PREMIUM; GARFO PREMIUM; FILME PVC 40X11; TAMPA PLÁSTICA; POTE 250ML RED; COPO PLAST 200ML; BANDEJA ISOPOR dentre os outros listados, estão intimamente ligados à sua prestação do serviço.

Assim, acolho as planilhas apresentadas pela recorrente, as quais fazem um detalhamento preciso das notas fiscais autuadas, dos itens de uso e consumo e dos itens utilizados na prestação de serviço, os quais dão direito ao Contribuinte de se creditar daquilo que é essencialmente ligado à sua atividade.

Deste modo, subsiste a infração 2 em R\$19.196,41, conforme relatório apresentado pelo autuante na fl. 240.

Quanto às infrações 3 e 4, a recorrente apenas afirmou existirem saldos credores durante todo o período da autuação superiores aos débitos cobrados, se limitando a afirmar sem comprovar o alegado.

O mesmo vale para a infração 5, a qual teve como defesa a seguinte afirmação: *“os livros apresentados estão em ordem, com as apurações mensais, como se vê em anexo.”*. Ora, o autuante afirma e prova o alegado (anexo V.1), que a recorrente apresentou livro de Registro de Apuração de ICMS (ano 2013) com o total das operações anuais e não por período mensal, como regulamentado.

Compulsando a fl. 44, nota-se que o período de apuração é de 01/02/2013 a 31/12/2013, incorrendo a recorrente em erro, devendo, deste modo, ser mantida a infração em comento.

Insta ressaltar que o art. 123 do RPAF/BA assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento acompanhado das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

Porém, se assim não proceder o sujeito passivo, limitando-se tão somente a tecer alegações genéricas e sem provar suas alegações, de forma a cumprir sua incumbência de elidir a acusação

fiscal, seu direito de fazer em outro momento processual torna-se precluso, conforme previsto no art. 123, §5º, do RPAF, a menos que: fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; se refira a fato ou a direito superveniente; se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. Logo, não cabe ao ente tributante produzir provas pelo autuado.

Quanto às infrações 6 e 7, peço vênha para transcrever trecho do voto de piso com o qual comungo do mesmo entendimento. Vejamos:

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.

Deste modo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário. Assim, o montante remanescente é conforme quadro abaixo:

INF.	VLR. LANÇADO	VLR. JULG.-JJF	VLR. JULG.-CJF	MULTA	RESULTADO
01	1.908,54	1.908,54	1.908,54	60%	RECONHECIDA
02	45.391,54	45.391,54	19.196,41	60%	PROC. PARTE/P.PROVIDO
03	2.059,67	2.059,67	2.059,67	60%	PROCEDENTE/N.PROVIDO
04	13.830,95	13.830,95	13.830,95	60%	PROCEDENTE/N.PROVIDO
05	460,00	460,00	460,00	-----	PROCEDENTE/N.PROVIDO
06	16.560,00	16.560,00	16.560,00	-----	PROCEDENTE/N.PROVIDO
07	99.588,59	99.588,59	99.588,59	-----	PROCEDENTE/N.PROVIDO
Total	179.799,29	179.799,29	153.604,16		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269193.0173/15-8**, lavrado contra **PCA – REFEIÇÕES COLETIVAS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.995,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “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 nos XIII-A, alíneas “i” e “j” e XXII, da citada lei e artigo, com os acréscimos moratórios conforme revisão da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS