

A. I. Nº - 206875.0004/17-7
AUTUADO - BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A
AUTUANTE - CLODOMAR FERNANDES COSTA
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21.02.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0001-02/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** APROPRIAÇÃO ANTECIPADA REFERENTE À MERCADORIA ENTRADA NO ESTABELECIMENTO EM DATA POSTERIOR AO LANÇAMENTO. Infração reconhecida. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração reconhecida. **c)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO. Elidida em parte a infração. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Fato não contestado. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Fato não contestado. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS ADQUIRIDOS PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO. Fato não contestado. Indeferido o pedido de diligência e por falta de competência não foi apreciada a alegação de confiscatoriedade da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação acessória. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 23/02/2017, para constituir o crédito tributário de ICMS no valor histórico de R\$27.488,95, em razão das seguintes infrações:

01 – 01.01.02 - Utilização antecipada de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$77,48, referente a mercadorias cujas entradas no estabelecimento ocorreram em data posterior à da utilização do crédito fiscal, com repercussão na obrigação tributária principal, nos meses de janeiro e fevereiro de 2016, conforme demonstrativo às fls.07 a 09.

02 – 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.315,77, referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a abril de 2016, conforme demonstrativos às fls.21 a 24.

03 - 01.02.06 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$23.540,87, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a abril de 2016, conforme demonstrativos às fls.10 a 20.

04 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$284,57, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de janeiro de 2016, conforme demonstrativos às fls.25 a 26.

05 - 03.02.05 - Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$499,87, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a março de 2016, conforme demonstrativos às fls.27 a 30.

06 – 06.01.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$1.770,39, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a abril de 2016, conforme demonstrativos às fls.31 a 32.

Consta à fl.35 um Recibo de Arquivos Eletrônicos, devidamente assinado pelo autuado, referente entrega, em 01/03/2017, de uma mídia eletrônica contendo todos os levantamentos e demonstrativos fiscais (fl.36).

Em 08/03/2017, o sujeito passivo foi cientificado pessoalmente da autuação, e em 05/05/2017, através do Processo SIPRO nº 072475/2017-8, fls.38 a 49, por intermédio de advogado legalmente constituído nos autos, apresentou tempestivamente defesa administrativa visando impugnar o auto de infração, pelas seguintes razões de fato e de direito.

Preliminarmente informou que está procedendo à extinção dos créditos tributários correlatos às infrações 01 (Código 01.01.02), 02 (Código 01.02.02), 04 (Código 02.01.03), 05 (Código 03.02.05) e 06 (Código 06.01.01), mediante pagamento, cujo comprovante de quitação diz que será apresentado oportunamente.

Quanto à infração 03 – 01.02.06, sobre a imputação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária, o autuado apresentou as seguintes razões para o cancelamento do débito no valor de R\$23.540,87, lançado no auto de infração.

Alega que grande parte das mercadorias indicadas, não estava sujeita ao regime de antecipação na época em que as operações ocorreram.

Comenta que o Anexo I do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, instituído pelo Decreto nº 13.780/12, relaciona as “MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA”, e que no período fiscalizado o referido anexo vigente possuía a redação dada pelo Decreto nº 16.499, de 23/12/15, para argüir que o referido Anexo não traz na relação de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS por antecipação alguns produtos que foram relacionados pela fiscalização.

IOGURTE - A título de exemplo, apontou as notas fiscais relacionadas na tabela abaixo.

Período	NumDoc	Descrição	VIBcIcms	VICred/Audi
21/01/2016	749	IOG GRE BAT120G PESS	65,64	11,16
21/01/2016	749	IOG NATURIS 400G PES	2,07	4,09
22/01/2016	90834	IOG GR NEST 400G F V	86,07	14,63
22/01/2016	90834	IOG GR NEST 400G PES	86,07	14,63
22/01/2016	90835	IOG GR NEST 400G TRA	57,38	9,75
22/01/2016	90834	IOG GR NEST 540G 3SA	97,28	16,54
22/01/2016	90834	IOG GR NEST DIN 600G	155,64	26,46
22/01/2016	90834	IOG MOLICO 170G MOR	155,01	26,35
22/01/2016	90834	IOG MOLICO 600G TRI	64,21	10,92
22/01/2016	90834	IOG NAT NESTLE 170G	228,83	38,90
22/01/2016	90835	IOG NAT NESTLE 170G	76,28	12,97
22/01/2016	90834	IOG NESTLE 150G MOR	392,04	66,65
22/01/2016	90834	IOG NESTLE 170G C/LA	45,76	7,78
22/01/2016	90834	IOG NESTLE 170G MEL	30,51	5,19
22/01/2016	90835	IOG NESTLE 170G MEL	45,76	7,78
22/01/2016	90834	IOG NESTLE DESN 160G	101,71	17,29
22/01/2016	90834	IOG NINHO 170G BAN/MACA	69,74	11,86

Desta forma, o impugnante apresentou detalhadamente a planilha anexa (Doc. 03, fls.137 a 153) visando demonstrar os itens que devem ser expurgados da autuação, posto que não estavam submetidos ao regime de antecipação no período fiscalizado.

BOLO ESPECIAL - Outro exemplo de mercadorias que foram objeto da autuação por equívoco, segundo o defendente, são os produtos de NCM 19059090, que também não estavam relacionados no Anexo I do RICMS/BA, no período em que as operações ocorreram.

Período	NumDoc	Descrição	VIBcIcms	VICred/Audi
18/01/2016	388264	CF BOLO R ESPECIAL	486,00	34,02
07/03/2016	397530	CF BOLO R ESPECIAL	486,00	34,00
06/04/2016	402921	CF BOLO R ESPECIAL		

Na mesma linha, diz que o equívoco se repete em relação as mercadorias classificadas no NCM 0403.1, que também não estavam relacionados no Anexo I do RICMS/BA, no período em que as operações ocorreram.

Período: 01-01-2016 a 30-04-2016				
08/01/2016	511916	IOG DANIO 125G BLUEB	49,35	8,39
08/01/2016	511916	IOG DANIO 125G MOR	164,49	27,96
08/01/2016	511916	IOG DANIO 125G PESS	32,90	5,59
08/01/2016	511916	IOG DANO 170G P/DESN	29,41	5,00
08/01/2016	511916	IOG DANON 1.35K VIT	67,11	11,41
08/01/2016	511916	IOG DANON 170G MOR	338,51	57,55
08/01/2016	511916	IOG DANON 170G VIT	101,55	17,26
08/01/2016	511916	IOG DANON 900G MO	94,60	16,08
08/01/2016	511916	IOG DANON 900G VIT	47,30	8,04
08/01/2016	511916	IOG DANONE 1.35KG MO	167,78	28,52
08/01/2016	511916	IOG GR DAN 100G FR V	76,48	13,00
08/01/2016	511916	IOG GR DAN 100G TRA	76,48	13,00
08/01/2016	511916	IOG GR DAN 400G ORIG	33,39	5,68
08/01/2016	511916	IOG GR DAN 800G MOR	92,34	15,70
08/01/2016	511916	IOG GR PAUL 95G MO	27,53	4,68
		IOG DANIO 125G ABAC		
15/01/2016	514190	RASP	32,90	5,59
15/01/2016	514190	IOG DANIO 125G BAN C	32,90	5,59
15/01/2016	514190	IOG DANIO 125G BLUEB	82,24	13,98

Em sequência, analisando o princípio da vedação ao confisco às multas tributárias, invoca os artigos 5º, 145 e 150, IV, da CF/88, o posicionamento no âmbito judicial, inclusive citando lições de renomados tributaristas, para argüir que não houve nenhum proveito ou benefício por parte do Impugnante pela prática do ato imputado como ilícito, ou seja, deixar de inserir o CPF ou CNPJ dos seus clientes nos cupons fiscais, não implicando em nenhum decréscimo no recolhimento do ICMS devido na operação, tanto é assim, que a fiscalização não cobrou nenhum valor decorrente de ausência de recolhimento de ICMS ou recolhimento a menor.

Com base no acima alinhado, aduz que a multa foi aplicada com o percentual de 60% sobre o valor das mercadorias, e o ICMS incidente na operação é de 17% sobre a mesma base de cálculo, cujo valor da multa é superior ao valor do tributo, entendendo está demonstrado o seu caráter confiscatório, razão que considera suficiente para o cancelamento total da infração impugnada.

Ao final, requer a improcedência do lançamento consubstanciado na infração 03. Requer ainda a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito.

Em 05/06/2017, através do Processo SIPRO nº 094710/2017-5, fls. 160-A a 165, o autuante destaca que o sujeito passivo acatou os débitos das infrações 01, 02, 04, 05 e 06, solicitando a extinção do crédito tributário pelo respectivo pagamento, que informou será comprovado oportunamente.

Em relação à infração 03, que foi impugnada, para a qual foi apresentada argumentação para alguns itens por parte da defesa, o autuante diz que foi verificado cada item apresentado na planilha, e após a verificação, acatou as argumentações apresentadas na referida planilha para os itens listados na defesa.

Assim, diz que após o confronto das argumentações apresentadas, e acatadas, novos demonstrativos de débito foram gerados para esta infração, sendo atualizado o débito para o valor histórico de R\$8.781,98, fora atualização monetária e respectivas multas.

Quanto ao argumento da desproporcionalidade da multa aplicada, entende inapreciável nesta via, eis que decorrência direta da lei sem qualquer margem de valoração na esfera administrativa.

Conclui, mantendo a autuação fiscal na sua inteireza, com exceção do débito objeto da infração 03, conforme novo demonstrativo em anexo, cujo valor foi ajustado para R\$ 8.781,98, solicitando a procedência parcial do auto de infração no total de R\$ 12.730,06, valor histórico, a serem atualizados e acrescidos das correspondentes penalidades.

Em 05/06/2017, o autuado foi cientificado da informação fiscal através do DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, fl.170, e em 14/06/2017, através do Processo SIPRO nº 101474/2017-3, fls.171 a 174, apresenta MANIFESTAÇÃO contra a Informação Fiscal, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Destaca que na informação fiscal apresentada, o autuante reconhece os argumentos de defesa apresentados, concluindo pela procedência parcial da infração 03 para o valor de R\$8.781,98, e pugna o defendente pela homologação da redução do referido valor, ao passo em que requer o julgamento pela improcedência da autuação, reiterando todos os argumentos de defesa veiculados na Impugnação.

Em 04/08/2017, através do Processo SIPRO nº 135601/2017-6, fls.177 a 179, o autuante apresenta outra Informação Fiscal na qual pontua que o autuado não apresentou nenhum fato novo ou relevante que justifique contra argumentação de sua parte, razão porque manteve a autuação fiscal na sua inteireza com a redução do débito do auto de infração para o valor de R\$12.730,06.

Constam às fls. 182 a 186, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento nos valores de R\$1.770,39; R\$ 1.315,77; R\$ 499,87; e 284,57, correspondente aos valores reclamados para os quais houve confirmação inequívoca de pagamento.

Em 18/10/2017, através do Processo SIPRO nº 191021/2017-5, fls.187 a 194, o autuado apresenta outra MANIFESTAÇÃO contra a Informação Fiscal, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

- a) Informa que procedeu a extinção do crédito correlato às infrações 02 (Código 010241) e 07 (Código 071505), mediante pagamento e impugnou as demais.
- b) Em relação à infração 01, diz que a fiscalização imputou creditamento de operações que supostamente estariam submetidas ao Regime de Substituição Tributária do imposto. Registrou que assiste razão ao autuante ao informar que o argumento referente à alíquota do imposto se refere à infração 04, contudo, aduz que permanece equivocado ao ratificar integralmente o seu demonstrativo. Justifica esta sua conclusão dizendo que alguns dos itens indicados pela fiscalização no seu demonstrativo não constam no Anexo I do RICMS do Estado Bahia, que relaciona as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme NCM's indicados na planilha anexa (Doc.01) e exemplos abaixo

demonstrados anexos. Por esta razão, aduz que o demonstrativo elaborado pela fiscalização merece ser refeito para expurgar da autuação os NCM's que não constam no Anexo I do RICMS.

- c) Sobre a infração 03, destaca que nas informações fiscais o autuante reconheceu o argumento defensivo apresentado pela Impugnante, razão pela qual pugna pelo cancelamento na ocasião do julgamento do presente processo.
- d) Quanto à infração 04, pontua que em sua impugnação apresentou como argumento que alguns produtos deveriam ser expurgados da autuação, demonstrando à título exemplificativo e por amostragem alguns produtos. Diz que nas informações fiscais o autuante se limitou a apreciar o produto "Aguardente", contudo, conforme tabela anexa (Doc.02) e abaixo exemplificada, vários outros itens merecem ser expurgados da autuação, posto que os produtos indicados foram tributados como ST, nos termos do Convênio ICMS 92/2015. Assim, entende que deve ser avaliado o demonstrativo apresentado pela fiscalização para que sejam retirados os produtos indicados na planilha anexa.
- e) Relativamente sobre a infração 05, destaca que conforme descrito pela fiscalização no rodapé da própria planilha que serviu de base para esta infração, a diferença de cálculo do DIFAL encontrada pela fiscalização decorre da aplicação da sistemática de cálculo pelo Convênio ICMS 93/2015. Prossegue interpretando o referido convênio e demonstrando o alegado erro da fiscalização, para ao final, sustentar que as operações autuadas não foram para consumidor final e sim para contribuintes do imposto, razão pela qual, diz que o impugnante que aplicou a fórmula prevista na Lei Complementar 87/96. Conclui que a infração não merece prosperar, devendo ser julgada improcedente.
- f) Por último, no que diz respeito à infração 06, registra que apresentou em sua defesa as notas fiscais e cópias de sua escrituração demonstrando o recolhimento antecipado do imposto, sendo mantida a infração pelo autuante sob o argumento de que não foram juntados os respectivos DAE's para comprovar os pagamentos. Desta forma, diz que está apresentando nesta oportunidade as guias solicitadas pela fiscalização, bem como planilhas elaboradas para demonstrar os pagamentos, considerando que cada guia contempla mais de uma nota fiscal em razão do prazo de recolhimento decendial.

Ao final, pugna pela procedência total de sua impugnação com homologação do cancelamento da Infração 03 reconhecida pelo autuante, ao tempo em que requer o julgamento pela improcedência da autuação, reiterando todos os argumentos de defesa veiculados na Impugnação.

VOTO

No plano formal, a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, não lhe faltando fundamentação legal, visto que os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, e está acompanhada das respectivas provas representadas por demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante, além de cópias de documentos fiscais, necessárias à demonstração dos fatos argüidos.

Tanto é assim, que o sujeito passivo não argüiu qualquer preliminar de nulidade da ação fiscal, tendo exercido o seu direito a ampla defesa e ao contraditório, abordando todos os aspectos da imputação, e trazendo aos autos documentos que ao seu entender elidiram a imputação, os quais serão devidamente analisados por ocasião do exame do mérito.

Isto posto, após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS decorrente de 06 (seis) infrações, não tendo o sujeito passivo impugnado as infrações 01 (Código 01.01.02), 02 (Código 01.02.02), 04 (Código 02.01.03), 05

(Código 03.02.05) e 06 (Código 06.01.01), cujos débitos já se encontram devidamente recolhidos, consoante comprovam os documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, constantes às fls. 182 a 186, referente ao pagamento nos valores de R\$77,48; R\$ 1.315,77; 284,57; e R\$ 499,87; e R\$1.770,39, respectivamente. Assim, diante do pagamento dos débitos (DAEs fls.155 a 159), não existe lide a ser julgada em relação a tais itens, subsistindo o reclamo fiscal, inclusive o próprio autuado solicitou a extinção do crédito tributário pelo respectivo pagamento.

Quanto à infração 03 – 01.02.06, a acusação diz respeito a apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$23.540,87, referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Ao defender-se o patrono do autuado alegou que grande parte das mercadorias indicadas, não estava sujeita ao regime de antecipação na época em que as operações ocorreram, quais sejam: IOGURTE e BOLO ESPECIAL (NCM 19059090), para os quais, apresentou detalhadamente a planilha de fls.137 a 153, contendo a demonstração dos itens que devem ser expurgados da autuação.

O autuante, por seu turno, em sua informação fiscal, diz que foi analisado cada item apresentado na planilha, e após a verificação, acatou as argumentações apresentadas na referida planilha para os itens listados na defesa, e elaborou novos demonstrativos de débito para esta infração, fls.166 a 170, resultando no débito no valor histórico de R\$8.781,98.

Às fls.fls.171 a 174, o sujeito passivo se manifesta sobre a última Informação Fiscal, não discordou do novo valor apurado pelo autuante, em relação ao item 03, pugnando pela homologação da redução do referido valor. Sendo assim, considero encerrada a lide, subsistindo em parte este item da autuação.

Quanto à manifestação apresentada pelo autuado em 18/10/2017, através do Processo SIPRO nº 191021/2017-5, fls.187 a 194, ressalto que a mesma não deve ser conhecida, tendo em vista que trata de matérias estranhas à que cuidam os autos deste PAF.

Sobre a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa referente à infração impugnada (03-01.02.06), observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação acessória neste processo é prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto a dispensa da multa ou a sua redução, que indiretamente foi suscitado na peça defensiva, apesar de o artigo 158 do RPAF-BA, atribuir competência da JJF para o seu atendimento, no caso em apreço, não pode ser acatado, pois não ficou provado, nos autos, que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$12.730,06, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÕES	VLS. LANÇADOS	VLS. JULGADOS
01 - 01.01.02	77,48	77,48
02 - 01.02.02	1.315,77	1.315,77
03 - 01.02.06	23.540,87	8.781,98
04 - 02.01.03	284,57	284,57
05 - 03.02.06	499,87	499,87
06 - 06.01.01	1.770,39	1.770,39
TOTAL	27.488,95	12.730,06

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencido.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/2016	09/02/2012	3.370,06	17,00	60,00	572,91
29/02/2016	09/03/2012	17.180,59	17,00	60,00	2.920,70
31/03/2016	09/04/2012	19.784,24	17,00	60,00	3.363,32
30/04/2016	09/05/2012	11.323,82	17,00	60,00	1.925,05
TOTAL					8.781,98

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206875.0004/17-7**, lavrado contra **BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.730,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alíneas “a” e “f”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Devem ser homologados os valores recolhidos, conforme documentos de fls. 182 a 186.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2018.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR