

A. I. Nº - 206958.3014/16-8
AUTUADO - MATOS GAMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/07/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0079-03/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS COM ISENÇÃO. Infração reconhecida. **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **c)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. **d)** FALTA DE ESTORNO DE MERCADORIAS UTILIZADAS NA INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS COM SAÍDAS ISENTAS. Infração RECONHECIDA. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O sujeito passivo consegue elidir parcialmente nos autos a acusação fiscal. Infração parcialmente subsistente. 3. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Infração caracterizada. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/11/2016, exige crédito tributário no valor de R\$81.893,43, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.03. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção de imposto, nos meses de fevereiro a dezembro de 2013 e novembro de 2015. Exigido o valor de R\$14.598,13, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 01.02.26 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução, nos meses de janeiro, abril, junho, agosto e setembro de 2014. Exigido o valor de R\$12.159,34, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 01.02.39 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, no mês de maio de 2014. Exigido o valor de R\$16.900,50, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 01.05.07. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias utilizadas na industrialização de produtos, cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto, nos meses de janeiro, março a novembro de 2014 e agosto a outubro de 2015. Exigido o valor de R\$19.363,63, acrescido da multa de 60%;

Infração 05. 02.01.03. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro a dezembro de 2014 e janeiro e junho a outubro de 2015. Exigido o valor de R\$16.372,05, acrescido da multa de 60%;

Infração 06. 03.01.01. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, no mês de janeiro de 2014. Exigido o valor de R\$2.499,78, acrescido da multa de 60%.

O Autuado impugna o lançamento, fls. 54 a 61, depois de reproduzir o teor dos seis itens da autuação, alinha os argumentos que se segue.

Inicialmente destaca que mesmo o trabalho realizado pela fiscalização aparentar estar revestido de todas as formalidades procedimentais e materiais, alguns erros foram encontrados, o que deve ser registrado a fim de que essa Junta de Julgamento decida dentro da forma mais justa pretendida pelo direito.

Chama a atenção para a forma prescrita no relatório que antecede as infrações no Auto de Infração, haja vista que há equívocos e informações difusas que criam dúvidas sobre o que o Autuante realmente está se referindo e qual o procedimento efetivamente por ele adotado.

Revela que nos itens do Auto de Infração o Autuante usa expressões, tais como: “Utilizou créditos indevidos [...] Toda a infração teve suporte nos dados obtidos nos arquivos EFDs/SIAF [...]”, sem discriminar com minúcias o cerne da fiscalização, o que torna a base fundante genérica e mina seu direito à impugnação, pois, sem ciência exata dos fatos não se pode produzir a melhor defesa.

Declara que, em relação às infrações descritas no presente Auto de Infração, há alguns fatos não delineados com clareza, que merecem considerações dignas de nota.

Infração 01 - Quanto a esse item, afirma não ter nada a contestar, exceto pela ausência de clara posta na legislação, o que deverá servir de atenuante quanto às infrações colacionadas. Explica que a utilização dos créditos no valor total de R\$14.598,13, referentes a mercadorias isentas, foram em decorrência das constantes mudanças na forma de tributação, pois anteriormente esses produtos eram tributados (a exemplo do feijão, arroz etc.). Pondera não haver como o contribuinte se pautar, mês a mês, em alterações da legislação, que não seguem o rito previsto na Constituição Federal, quando determina no art. 150, §6º, que qualquer alteração na legislação tributária referente a benefícios fiscais deverá ocorrer mediante lei específica.

Observa que, no caso da Bahia, todos os benefícios vêm e voltam por medidas infralegais, o que impede o contribuinte ter ciência do seu acerto em cada apuração de tributo, de modo que, pela observação reiterada do que comumente acontece, a ele deve ser aplicado o art. 100, parágrafo único do CTN, que exclui penalidades no caso de se observar as normas complementares, o que ocorre no caso concreto. Daí que não se aceitar o pagamento de qualquer penalidade.

Infração 02 - Quanto a esse item diz não ter nada a contestar quanto ao valor do imposto, apenas, visto que, conforme alinhado acima, a utilização dos créditos no valor total de R\$12.159,34, referentes às embalagens utilizadas nas mercadorias isentas, foram em decorrência das constantes mudanças na forma de tributação, pois anteriormente esses produtos eram tributados (exemplo do feijão, arroz etc.).

Infração 03 - Quanto a esse item não ter nada a contestar quanto ao valor do imposto, apenas, não foi observado pelo Autuante que a referida infração não foi relacionada no campo “Descrição dos Fatos” do presente Auto de Infração.

Infração 04 - Quanto a esse item, afirma não ter nada a contestar quanto ao valor do imposto, apenas, visto que, conforme alinhado acima, a utilização dos créditos no valor total de R\$19.363,63, referentes as embalagens, energia elétrica e matérias primas utilizadas para industrializar produtos isentos do ICMS nas operações internas, foram em decorrência das constantes mudanças na forma de tributação, pois anteriormente esses produtos eram tributados (exemplo do feijão, arroz etc.). Frisa que os mesmos argumentos acima colacionados sobre a não aplicação das penalidades na espécie devem ser ampliados no presente caso concreto.

Infração 05 - Observa que o Autuante se valeu de uma interpretação equivocada da legislação que regula as saídas dos produtos relacionados no demonstrativo específico que a exige valores a título de suposta falta de recolhimento de ICMS, nos termos em que se fez constar da acusação fiscal, mostra-se totalmente destituída de amparo legal e, bem por isso, não merece prosperar.

Registra que os produtos Milho em Grãos 30 kg, Milho em Grãos SC 60 kg e “Pipoca Grapiuna 20x500GR” têm na legislação do ICMS do Estado da Bahia tratamento tributário diferente do dado pelo Autuante.

Esclarece que os produtos “Milho em Grãos” 30 kg Animal (Boi, porco, franco e etc.), portanto, gozam da Isenção do ICMS prevista no art. 264, inciso XVII, do RICMS/BA 2012.

Assevera que efetuou as suas saídas de “Milho em Grãos” em sintonia com as disposições contidas no art. 264, inciso XVII, do RICMS/BA 2012, requer, portanto que o valor de R\$7.943,32 (Exercício: 2014) e de R\$1.336,03 (Exercício: 2015) sejam abatidos do valor reclamado na autuação fiscal.

Quanto ao produto “Milho para Pipoca” comercializado com o nome de “Pipoca Grapiuna 20x500GR”, afirma reconhecer seu lapso, realmente somente algumas notas fiscais foram emitidas sem o destaque do ICMS, porém, a acusação não se sustenta na sua totalidade, visto que a alíquota aplicada para determinar o valor do ICMS a recolher foi de 17%, quando o correto seria aplicar a alíquota de 7% conforme previsto no art. 16, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Ressalta que efetuou as suas saídas de “Milho para Pipoca” em total sintonia com as disposições contidas no art. 16, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, requer, portanto que o valor de R\$1.959,73 (Exercício: 2014) seja abatido do valor reclamado na autuação fiscal.

Infração 06 - Menciona que o Autuante alega que os valores exigidos se referem a recolhimentos a menos, conforme demonstrado nas planilhas encartadas ao Auto de Infração sob o título “Demonstrativo das Saídas com Recolhimento de ICMS a Menor - 2014” tendo como fonte de dados as EFDs/SIAF. Informa que, especificamente o registro C170 da EFD, contudo esse registro foi gerado com erro no campo Base de Cálculo e valor do ICMS somente no mês de janeiro/2014. Observa que seu sistema apropriou de forma aleatória os valores a menos para alguns produtos e a mais para outros produtos, gerando assim valores distorcidos entre os produtos registrados na EFD.

Assinala que a acusação fiscal baseia-se na assertiva de que a sistemática de cálculo aplicada para determinação do ICMS a recolher está a menos, no registro C170 da EFD realmente o valor do ICMS está menor devido a uma falha do sistema emissor da empresa, porém, conforme planilha em anexo, as notas fiscais estão corretas, com os valores de base de cálculo e ICMS devidamente calculados (Conforme o registro C100 da EFD). Assevera não ter havido recolhimento a menos, e sim, uma falha na distribuição dos valores no registro C170 da EFD do mês de janeiro de 2014, sendo que o valor total da base de cálculo e o valor total do ICMS estão conforme as notas fiscais. Afirma que a soma das notas fiscais corresponde ao total geral da EFD.

Diz verificar que o montante dos valores encontrados pelo auditor fiscal em seu levantamento, admitindo-se os valores do registro C170 da EFD, não espelham a realidade produzida pelo estabelecimento. Pugna que o valor de R\$2.499,88, seja abatido do valor exigido na autuação fiscal.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte referente a alguns itens das 05 infrações acima descritas que contestou e com os devidos abatimentos que solicita no presente ato de impugnação e Julgado improcedente em relação à Infração 06.

O autuante presta informação fiscal fls. 86 e 87, nos termos que se segue. Inicialmente observa que Infrações 01, 02, 03 e 04 foram acatadas pelo Autuado.

Em relação à Infração 05 afirma ter certeza que o Impugnante se equivocou em sua defesa ao declarar que suas saídas de milho em grãos 30 e 60 kg estavam isentas, por se destinar ao

emprego como ração animal, conforme prevê o inciso XVII, do art. 264, RICMS-BA/12. Esclarece que, salvo uma única exceção, todas as empresas destinatárias são comerciais varejistas de itens diversos, ou supermercados ou mercearias como os próprios nomes indicam. Informa que arrolou em demonstrativo colacionado aos autos as saídas desses itens e seus respectivos compradores. Registra que se foram comprados com este objetivo, cabe ao Autuado explicar com mais clareza sobre a existência dos usuários dos produtos como ração, nestas empresas. Destaca que a indicação do CFOP 5.102 em cada uma das notas fiscais de saída é suficiente para barrar a declaração da defesa. Por isso, diz manter as operações com milho em grão.

No que diz respeito ao item Pipoca Grapiuna, que entendeu ser pipoca já produzida em estado de consumo, esclarece que procedeu à alteração para 7% na cobrança das respectivas saídas, excluindo da exigência.

Assim, arremata frisando que esta infração será reduzida para R\$13.883,23, conforme demonstrativo que acosta às fls. 94 a 101.

Conclui, pugnando pela procedência parcial da Infração 05.

Em relação à Infração 06, observa que prefere seguir a legislação que estabelece que a nota fiscal é essencialmente eletrônica bem como sua escrituração via EFD. Esclarece que aquilo que o arquivo contém registrado é o que é legal para o exame fiscalizador e disso não pode se afastar. Informa que o conteúdo do demonstrativo, fls. 31 a 34, estão conforme a EFD e esta conforme a NFe. Frisa que os Danfes não geram escrituração. Acrescenta que o Autuado não apresentou qualquer caso exemplar de sua alegação. Afirma que mantém na íntegra a exigência fiscal da Infração 06.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração no valor histórico de R\$79.404,61.

Em manifestação às fls. 104 a 106, o Defendente em relação à Infração 05, além de afirmar que de acordo com a alínea “a”, do inciso XVII, do art. 264, do RICMS-BA/12 que o benefício fiscal da isenção é assegurado pela destinação final do produto e não pelas diversas operações de revenda até chegar ao destino final, diz que a relação de destinatários anexada pelo Autuante, fls. 88 a 93, se analisada com cuidado se verifica que os CNPJ e os nomes listados não conferem com os dados das notas fiscais. Reitera todas as demais alegações apresentadas em sua defesa

VOTO

Inicialmente cabe enfrentar as alegações de que ocorrera falta de clareza e informações difusas gerando dúvidas sobre o que está se referindo a acusação fiscal e qual o procedimento efetivamente adotado pela fiscalização.

Depois de compulsar as peças que compõem os autos verifico que não devem prosperar, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, o que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18, RPAF-BA/99, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, a autuação imputa ao sujeito passivo o cometimento de seis infrações à Legislação Baiana do ICMS.

Verifico que as Infrações 01, 02, 03, e 04 foram acatadas pelo Autuado. Logo, ante a inexistência de lide em torno desses itens da autuação ficam mantidas as respectivas exigências apuradas.

A Infração 05 trata da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas,

O Impugnante questionou a inclusão no levantamento fiscal do produto Milho em Grãos 30 kg, Milho em Grãos SC 60kg e Milho de Pipoca, “Pipoca Grapiuna 20 x 500gr”.

No tocante ao Milho em Grão comungo com entendimento esposado pelo Autuante e mantenho a autuação em relação a esse produto, haja vista que o benefício previsto no inciso XVIII, do art. 264, do RICMS-BA/12 explicita claramente que somente alcança a destinação nas saídas internas de insumos agropecuários, portanto, para usufruir do benefício, esse aspecto tem que restar indubitavelmente comprovado, sob pena de desvirtuar aplicação do benefício. Fato esse que não restou patente nos autos.

Em relação ao produto “Pipoca Grapiuna”, constato que assiste razão ao Impugnante e acolho o entendimento do Autuante ao reconhecer a redução da alíquota de 17%, para 7%, apontada pela defesa, e refazer o levantamento fiscal que por se tratar de milho para pipoca conforme previsão estatuída na alínea “a”, do inciso I, do art. 16, da Lei 7.014/96.

Nestes termos, acolho o novo demonstrativo ajustado efetuado pelo Autuante e acostado às fls. 94 a 101.

Concluo pela subsistência parcial desse item da autuação no valor de R\$13.883,24.

A Infração 06 cuida do recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto.

Em sede defesa, o Autuado alegou que a apuração da irregularidade teve com fonte de dados as EFDs/SIAF, especificamente o Registro C170 da EFD, contudo destacou que esse registro foi gerado com erro no Campo Base de Cálculo e Valor do ICMS, somente no mês de janeiro de 2014. Explicou que seu sistema apropriou de forma aleatória os valores a menos para alguns produtos e maior para outros, gerando valores distorcidos entre os produtos registrados na EFD, afirmando que não houve recolhimento a menos e sim uma falha na distribuição dos valores do Registro C170 de sua EFD no referido mês. Pugnou pelo abatimento no valor de R\$2.499,88, da exigência apurada,

Ao compulsar as peças que compõem o contraditório atinente a esse item da autuação, constato que, apesar de plausível a ponderação da defesa, a ausência de elementos inequívocos de comprovação de sua alegação em sua peça defensiva, mesmo deles dispondo, não há como acolher a sua pretensão. Eis que meras alegações sem suporte fático probatório não tem o condão de elidir acusação fiscal lastreada em dados que tiveram fonte sua própria EFD.

Assim, fica mantida a Infração 06.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.3014/16-8**, lavrado contra **MATOS GAMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79.404,62**, acrescido das multas de 60% previstas no inciso VII, alíneas “a” e “b”, inciso II, alíneas “a” e “b”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR