

PROCESSO - A. I. Nº 207095.3018/16-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DDA DINÂMICA DISTRIBUIDORA E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS E TRANSPORTE S/A.
RECORRIDOS - DDA DINÂMICA DISTRIBUIDORA E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS E TRANSPORTE S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0092-01/17
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0171-12/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTO FISCAL. DESTAQUE A MAIOR. Restou comprovado o registro na EFD de valor maior que aquele constante na NF - e. Infração caracterizada. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Parte significativa das notas fiscais apontadas foram canceladas regularmente, constando no portal de nota fiscal eletrônica, na situação de “cancelado”. Infração parte subsistente. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. A operação com bonificação ocorre quando o estabelecimento vendedor oferece a seu cliente, de forma gratuita, o excedente de certa mercadoria, seja por quantidade adquirida, fidelidade do cliente ou outra situação comercial. Mercadoria, que é parte do estoque, da linha normal de comercialização, mesmo não sendo cobrado o valor ao cliente, deverá ser baixada do estoque e a operação deverá ser tributada regularmente. O ICMS tem como fato gerador, entre outros, a saída de mercadoria, a qualquer título de estabelecimento de contribuinte, inclusive de bonificação. Infração caracterizada. **c)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. BENS DE USO E CONSUMO ADQUIRIDOS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. Não houve a fiel descrição da mercadoria sobre a qual incidiu a tributação do ICMS DIFAL com cerceamento ao direito de defesa. Infração nula. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO. Excluída da exigência saídas dos veículos descritos no relatório fiscal, porque de modelos 2006 e 2007. Veículos usados e beneficiados por isenção do ICMS. Infração parcialmente caracterizada. **b)** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. O preposto fiscal desconsiderou indevidamente o benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00. Infração descaracterizada. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. VENDAS PARA CONTRIBUINTES DENTRO DO ESTADO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Parte significativa das notas fiscais apontadas foram canceladas regularmente, constando no portal de nota fiscal eletrônica, na situação de “cancelado”. Infração em parte subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. O autuado alega apenas que tributou corretamente o ICMS-ST. Não manejou sua defesa com elementos de provas que pudessem confrontar o levantamento apresentado pelo Fisco. Item

subsistente. **5. DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS NÃO ESCRITURADAS NA EFD - ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS.** Multa 1% do valor comercial das mercadorias não registradas, em face da alteração da Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15, que reduziu o percentual da penalidade prevista para a falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, de 10% para 1%. O autuado não comprova respectivos registros. Descumprimento de obrigação acessória caracterizado. Rejeito pedido de Perícia Fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 1ª JF, respectivamente em razão do Acórdão 1ª JF Nº 0092-01/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 207095.3018/16-6, lavrado em 27/09/2016, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$213.751,50, relativos a dez infrações distintas, todas objeto dos presentes recursos, descritas a seguir.

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos períodos de janeiro/fevereiro e setembro de 2012; março/julho, outubro/novembro de 2013. Valor R\$405,72. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referentes às operações não escrituradas os livros fiscais próprios, nos períodos de julho/agosto de 2012; abril/dezembro de 2013. Valor R\$16.659,30. Multa de 100%.

INFRAÇÃO 3 - Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, escrituradas regularmente, nos períodos de fevereiro/julho e outubro de 2013. Valor R\$5.279,59. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Recolheu a menor o ICMS em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos períodos de agosto / setembro de 2012; fevereiro/março, julho/agosto e outubro/novembro de 2013. Valor R\$19.894,28. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 - Recolheu a menor o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo de imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos períodos de janeiro/julho de 2012; março/maio, setembro/novembro de 2013. Valor R\$2.422,25. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 - Deixou de recolher o ICMS 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 períodos de fevereiro, julho, setembro de 2012; fevereiro, setembro/outubro de 2013. Valor R\$5.536,88. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 7 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos períodos de julho de 2012; abril/maio, julho, outubro e dezembro de 2013. Valor R\$11.351,22. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 8 - Procedeu retenção do ICMS a menor o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos períodos de janeiro/dezembro de 2012; janeiro/dezembro de 2013. Valor R\$93.804,97. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 9 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos períodos de janeiro/dezembro de 2012; janeiro/dezembro de 2013. Multa de 1%. Valor R\$45.791,93.

INFRAÇÃO 10 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, nos períodos de janeiro/dezembro de 2012; janeiro/dezembro de 2013. Multa de 1%. Valor R\$12.605,36.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 26/05/2017 (fls. 163 a 173) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

O presente lançamento de ofício contempla a exigência das dez infrações descrita e relatadas na inicial dos autos, que serão apreciadas nas linhas seguintes.

Verifico, inicialmente, que o Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Resta indeferida a solicitação da diligência ou perícia fiscal (artigos 7º, § 2º; 123, § 3º e 145 do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/99) manejada pelo autuado, nos termos do art. 147, I, RPAF/BA, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação de juízo sobre a matéria, e ainda porque a diligência não se presta a trazer provas ausentes nos autos, cuja incumbência compete ao responsável pela ação fiscal de um lado e ao autuado de outro lado.

No mérito, a primeira infração acusa o sujeito passivo da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado na nota fiscal, no valor de R\$405,72.

O autuado alega apenas que não subsiste a exigência, requerendo a realização de diligência fiscal para a retificação do lançamento tributário.

O Auditor, em sua Informação, confirma a escrituração de créditos fiscais em valor maior do que o destacado no documento fiscal, elaborando demonstrativo de débito (fls. 61/63) para dar suporte ao valor exigido.

Examinando as peças que compõem a exigência tributária, verifico que o direito assiste à fiscalização do Estado da Bahia, porquanto o contribuinte autuado apropriou em sua escrita fiscal digital - EFD, valor maior que aquele destacado no respectivo documento fiscal. Além das notas fiscais eletrônicas exemplificadas pelo autuante (nota fiscal 190932 - valor R\$22,43 e na EFD R\$24,07; nota fiscal 197539 - valor R\$22,06 e na EFD R\$23,79), estão também lançados irregularmente os diversos valores identificados nos autos, inclusive a nota fiscal eletrônica 199906 - valor R\$143,34 e na EFD R\$215,01; ou a nota fiscal eletrônica 241 - valor R\$0,00 e na EFD R\$145,59 (papel higiênico). Dessa forma, resta procedente a exigência constante a inicial, no valor de R\$405,72.

A infração 02 acusa o autuado de deixar de recolher o ICMS, nos prazos regulamentares, referentes às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

O auditor fiscal elaborou e acostou aos autos demonstrativos de débito que instruem a exigência (fls. 64/65), totalizando R\$16.659,30.

O contribuinte autuado alegou tão apenas a improcedência da exigência, além do pedido para a realização de diligência fiscal.

Verifico no demonstrativo de suporte do item, a discriminação das diversas operações de saída de mercadorias que não foram devidamente escrituradas no livro de saída da Escrituração Fiscal Digital - EFD. Contudo, em sua maioria, as notas fiscais foram canceladas regularmente, constando no portal de nota fiscal eletrônica, na situação de “cancelado”.

Dessa forma, apenas as notas fiscais exemplificadas pelo Auditor Fiscal, número 231371, emitida em 24.07.12 e ICMS no valor de R\$15,50; número 231369, emitida em 22.08.12 e ICMS no valor de R\$12,55; além das notas fiscais números 329402 e 329403, emitidas em 31.07.13 e ICMS nos valores de R\$1,70 e R\$33,80, respectivamente, somando R\$35,50, constantes do demonstrativo de fls. 64/65, podem ser validamente exigidas.

A infração 2 resta caracterizada parcialmente nas parcelas de R\$15,60 (jul 2012), R\$12,55 (ago 2012) e R\$35,50 (jul 2013), totalizando R\$63,65.

A infração 03 acusa o autuado de deixar de recolher o ICMS, nos prazos regulamentares, referentes às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

A infração 03 foi descrita para exigir a falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, no valor de R\$5.279,59.

Explica o autuado que deu saídas de mercadorias com bonificação, que é uma modalidade de desconto, consistente na entrega de uma maior quantidade de produto vendido, em vez de conceder uma redução do valor da venda. Sacramento sua tese através da posição do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS.

O Auditor autuante, na sua Informação Fiscal, acatou os questionamentos defensivos e desconsiderou a exigência.

Verifico que o preposto fiscal discriminou as operações com CFOP 6910 e 5910, no demonstrativo acostado aos autos de fls. 67/69. Classificam-se nestes códigos as remessas de mercadorias a título de bonificação, doação ou

brinde.

A operação com bonificação ocorre quando o estabelecimento vendedor oferece a seu cliente, de forma gratuita, quantidade excedente de certa mercadoria, seja devido à quantidade adquirida, fidelidade do cliente, entre outras situações comerciais. Como se trata de mercadoria excedente, a mesma certamente faz parte de seu estoque e de sua linha normal de comercialização e mesmo não sendo cobrado o valor do cliente, esta mercadoria deverá ser baixada do estoque da empresa e deverá seguir para o cliente bonificado.

Sabe-se que os brindes, bonificações, descontos, premiações, ou mesmo doações são expedientes utilizados pelas empresas a fim de criar atrativos para manter e atrair novos clientes; diversos tipos de incentivos são utilizados para estimular vendas e fidelizar a clientela. Ocorre que cada uma dessas operações têm repercussão tributária, por vezes diversas. Dentre tais, destaque para a “bonificação de mercadorias”, onde a empresa ao faturar determinada quantidade de produto ao preço normal, promove a distribuição gratuita de algumas unidades adicionais ou a figura do “brinde”, cuja característica essencial afasta a inclusão das mercadorias, normalmente comercializadas pelo autuado.

Ocorrendo referidas operações teremos um reflexo na seara tributária, mais especificamente no campo do ICMS. O ICMS tem como fato gerador, entre outros, a saída de mercadoria, a qualquer título de estabelecimento de contribuinte, inclusive de bonificação.

Portanto, as saídas de unidades de mercadorias oferecidas gratuitamente a título de bonificação serão normalmente tributadas pelo ICMS e mesmo pelo IPI.

Não obstante estarem abrigados sob o mesmo código de operação, em síntese, a operação de “bonificação” é diferente da operação denominada “brinde”. No primeiro caso, a operação é efetuada com mercadoria normalmente comercializada pelo estabelecimento; os brindes, para serem assim considerados, não podem fazer parte ou constituir objeto normal da atividade da empresa. Não há brinde com mercadoria de estoque do estabelecimento (art. 388, RICMS BA).

Portanto, na bonificação, existirá a ocorrência do fato gerador do ICMS e a legislação estabelece que a operação é integralmente tributada pelo imposto, não existindo nenhum benefício de ordem para esta situação e a Nota Fiscal deverá ser emitida, como ocorreu no presente caso, com CFOP 5910 / 6910 e CST do ICMS 00. A possibilidade da existência de mercadorias sujeitas à sistemática da substituição tributária, conforme sugeriu o autuado, não foi observado, nem tampouco, o contribuinte autuado fez qualquer indicação, nesse sentido.

Infração 03 caracterizada, no valor de R\$5.279,59.

A infração 4 acusa o autuado de recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em valor que totaliza R\$19.894,28.

A reclamação defensiva é que não existe incidência de ICMS sobre a operação de baixa de bens do ativo imobilizado, aduzindo que tal bem não se confunde com mercadoria, pelo fato de não ser adquirido com o propósito de mercancia (venda). Pede o cancelamento da respectiva exigência.

O Auditor autuante contesta a argumentação da defesa, firmando que a exigência tributária recai sobre a saída de mercadoria e não de bens do imobilizado, como diz a defesa, deduzindo apenas o valor de R\$ 8,96, nos lançamentos com o CFOP 5949.

Examinando os autos do processo e o demonstrativo elaborado pelo preposto fiscal, verifico que foram discriminadas operações de saídas de mercadorias, sem a devida tributação. Contudo, a apuração dos valores que teriam sido recolhidos a menor pelo autuado, no relatório fiscal em debate (fls. 71/74), merece reparos:

1 - o preposto fiscal incluiu o benefício da redução da base de cálculo previsto no Decreto 7.799/00, que trata do acordo atacadista, para os produtos margarina ou gordura vegetal que já dispunham de outra redução de sorte que a carga tributária fosse igual a 7%.

Sabe-se que tratamento tributário previsto no Decreto nº 7.799/00 objetiva a redução da carga tributária do setor atacadista; as atividades atingidas são seletivas e descritas no próprio decreto, envolve os produtos de tributação normal, no percentual de 41,176% na base de cálculo e estabelecimento de alíquota real (carga tributária) de 10% nas operações abrangidas.

Nesse sentido, os produtos que já gozam de uma redução de carga tributária para 7%, não poderão cumular a redução de base de cálculo no percentual de 41,176% (carga tributária de 10%).

2 - o preposto fiscal incluiu, equivocadamente, na exigência tributária, as baixas de veículos do estabelecimento autuado, registrados no CFOP 6551. Tais operações não se sujeitam à incidência do ICMS e devem ser excluídos do levantamento fiscal.

Restou identificado pelo preposto do autuado presente na Sessão de Julgamento que os veículos descritos no relatório fiscal eram de modelo 2006 e 2007, veículos usados, portanto, beneficiados pela isenção do ICMS, nos termos do art. 265, inciso 10 RICMS-12/BA. Tais itens serão excluídos da exigência.

Com relação aos produtos margarina ou gordura vegetal, que o Auditor Fiscal aplicou, já vimos, por equívoco, além da redução da base de cálculo no percentual de 41,176%, de sorte que a carga tributária restasse definida em 10%, de forma acumulada, a redução prevista no art. 268, inciso XXVII, do RICMS/BA (Decreto 13.780/12), vigente à época da ocorrência dos fatos, em exame. O procedimento correto, no caso, seria a aplicação única da redução para a carga tributária de 7%, considerando ser mais benéfico para o contribuinte, sem contudo, acumular os dois benefícios (art. 4º, II, do Decreto nº 7.799/00).

Nesse sentido, observando com precisão o devido processo legal, o órgão julgador optou por não fazer as correções na base de cálculo do valor exigido, em relação aos produtos margarina ou vegetal, no curso do presente processo, em face às reduções manejadas de forma indevida pela fiscalização, em desfavor da Fazenda Pública, evitando a chamada “reforma in pejus”. Represento, outrossim, a autoridade da repartição fiscal do autuado, para autorizar a apuração da indevida redução, em nova fiscalização, respeitando-se o prazo decadencial.

Infração 4, portanto, caracterizada parcialmente, no valor de R\$3.686,58 (R\$624,64 - ago 2012; R\$1.858,30 - set 2012; R\$173,93 - mar 2013; R\$36,37 - abr 2013 e R\$993,34- nov 2013)

A acusação fiscal na infração 5 é de também recolhimento a menor o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo de imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$2.422,25. Demonstrativo de débito acostado aos autos, fls. 76/77.

O preposto fiscal desconsiderou indevidamente o benefício da redução da base de cálculo, nas operações praticadas pelo contribuinte autuado, que permitiu uma carga tributária de 10%, nos termos do Decreto 7.799/00. Exigência que não subsiste.

Na infração 06, a exigência tem origem na falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$5.536,88.

Questiona o autuado a improcedência da infração, afirmando que a questão subjacente decorre de erro formal que cometeu na classificação do CFOP do produto, conforme se denota do próprio relatório elaborado pelo Auditor Fiscal, que exigia ICMS DIFAL na aquisição de sal grosso, material adquirido para mercancia.

De fato, o demonstrativo fiscal (fls. 78/80) discrimina operações de aquisição de “SAL GROSSO HIKARI C/ ALHO 500G” que, por obvio, não se trata da aquisições de mercadorias ou bens destinados ativo imobilizado (ou mesmo a uso, consumo) do adquirente, situações que caracterizaria a exigência do ICMS diferencial de alíquotas, instituída a exigência na Lei 7.014/96 (art. 2º inciso IV).

Apesar de asseverar na Informação Fiscal que as mercadorias descritas nas respectivas notas fiscais se tratam de produtos diversos, sequer logrou o proposto do Fisco de proceder à fiel descrição da mercadoria sobre a qual impingia a tributação do ICMS DIFAL, oportunizando ao contribuinte conhecer o que lhe estava sendo cobrado e oferecer a contestação possível.

Autuação assim feita configura vício insanável e constitui cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, devendo ser nulo o lançamento de ofício que não determine com segurança a infração imputada, nos termos do art. 18, IV, do RPAF/BA.

Infração 06 nula.

A acusação tributária na infração 7 é que o autuado deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor da exigência R\$11.351,22.

Alega o autuado que as notas fiscais indicadas pelo Auditor Fiscal já estavam canceladas à época da lavratura deste auto de infração.

Verifico que os documentos fiscais das operações de saída de mercadorias, discriminados no demonstrativo que ampara a exigência (fls. 64/65), foram, na maior parte, regularmente canceladas, constando no portal de nota fiscal eletrônica, na situação de “cancelado”.

Dessa forma, apenas a nota fiscal eletrônica número 231371, emitida em 24.07.12 e ICMS-ST no valor de R\$214,00, pode ser validamente exigida.

A infração 7 resta caracterizada parcialmente no valor de R\$214,00 (jul 2012).

A infração 8 constitui crédito tributário, no valor de R\$93.804,97, face à retenção e recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Informa o preposto do Fisco que foram feitas retenções a menor do ICMS-ST, nas saídas internas, quando alienadas a contribuintes não inscritos.

Elaborou e acostou aos autos, o preposto fiscal, extenso demonstrativo relacionando as diversas operações de saídas de mercadorias para adquirentes sem inscrição no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia (fls.

81/88). A legislação desse Estado estabelece a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito (art. 8, I, da Lei 7.014/96).

Alega o contribuinte autuado tão somente que aplicou corretamente a legislação, ao tributar a operação pelo ICMS, e recolheu o tributo sob a sistemática da substituição tributária, com espeque no artigo 8º, inciso I, c/c artigo 23, e Anexo II, todos da Lei nº 7.014/96. Deveria manejar sua defesa com elementos de provas que pudessem confrontar ao levantamento apresentado pelo Fisco, o que não ocorreu. Infração subsistente, no valor de R\$93.804,97.

As infrações 09 e 10 acusam o sujeito passivo do descumprimento da obrigação acessória de não ter registrado na escrita fiscal (SPED FISCAL - EFD) a entrada de mercadorias sujeitas a tributação (1%) e não sujeitas à tributação (1%), respectivamente, nos valores de R\$45.791,93 e R\$12.605,36.

A relação jurídica obrigacional tributária é objeto essencial do direito tributário. As obrigações tributárias acessórias são os deveres instrumentais exigidos pelo sujeito ativo (obrigação de fazer) com o intuito de assegurar o interesse da arrecadação dos tributos e também para facilitar a atividade de fiscalização no sujeito passivo. A legislação tributária estadual estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (Lei nº 7.014/96, art. 34). Entre as prestações positivas, encontra-se a obrigação de escrituração no livro Registro de Entradas das entradas de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 217, RICMS-12 BA); ou na forma de Escrituração Fiscal Digital - EFD, que substitui, em seu primeiro módulo, a escrituração e impressão dos livros fiscais, Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS, Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP (art. 247, § 1º, RICMS BA-12), a partir do momento em que estiver obrigado, o contribuinte.

No caso em concreto, o autuado encontra-se obrigado a apresentar os arquivos da EFD - Escrituração Fiscal Digital (EFD), desde 01.01.2011, portanto, no período abrangido na presente autuação. Os contribuintes do Estado da Bahia obrigados à apresentação da EFD devem fazê-lo, até o dia 25 do mês subsequente ao fato gerador. Consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega (§ 2º, do art. 247, RICMS/BA-12).

O sujeito passivo reclamou laconicamente da excessividade da multa aplicada, do seu efeito de confisco e a necessidade da realização de diligência fiscal.

Já houve pronunciamento anterior acerca do indeferimento ao pedido de diligência; no tocante às multas aplicadas, apesar da irrisignação do autuado, entendo acertada a sua aplicação, porque insculpidas na Lei nº 7.014/96, não sendo dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação posta (art. 167 do RPAF/BA).

Especificamente sobre as infrações 09 e 10, restou confirmado que a autuada deixou de escriturar na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, os documentos fiscais listados nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, situação que caracteriza as infrações imputadas. Aplicada, inclusive, pelo próprio Auditor Fiscal, a recente alteração à Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15, que reduziu o percentual da penalidade prevista para a falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, de 10% para 1%. Retroatividade benígna que deve ser feita, com previsão no art. 106, II, "c", do CTN - Código Tributário Nacional. A nova redação do inciso IX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

"Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

IX - 01% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal"

Diante do exposto, a multa por descumprimento de obrigação acessória, nas infrações 09 e 10 resta caracterizada, nos valores de, respectivamente, R\$45.791,93 e R\$12.605,36.

O presente Auto de Infração é **PROCEDENTE EM PARTE**, conforme extrato seguir descrito:

Infração 01 - Procedente - R\$405,72 - 60%

Infração 02 - Procedente Parte - R\$63,65 - 100%

Infração 03 - Procedente - R\$5.279,59 - 60%

Infração 04 - Procedente Parte - R\$3.686,58 - 60%

Infração 05 - Improcedente

Infração 06 - Nula

Infração 07 - Procedente Parte - R\$214,00 - 60%

Infração 08 - Procedente - R\$93.804,97 - 60%

Infração 09 - Procedente - R\$45.791,93 - Multa por descumprimento de obrigação acessória

Infração 10 - Procedente - R\$12.605,36 - Multa por descumprimento de obrigação acessória

É como Voto.”

A 1ª JF interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 192 a 206, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Quanto às infrações 01 e 02 (utilização a maior de crédito tributário destacado em nota fiscal), a Recorrente reitera que improcede *in totum* a autuação. Requer, novamente, a realização de diligência/perícia, a fim de que o Ilustríssimo Auditor Fiscal esclareça e, se for o caso, retifique o lançamento fiscal, bem assim que possa ser demonstrado, claramente, que não subsiste esta infração, para que não reste caracterizado o cerceamento ao direito de defesa. Assegura que o requisito contido no artigo 145 do RPAF está cabalmente preenchido, na medida em que se revela deveras importante o esclarecimento do autuante, somente com o que poderá contestar/impugnar especificamente o lançamento fiscal em epígrafe. É o que se requer.

Quanto à Infração 03 (operação com produtos bonificados / brindes), alega que a concessão de bens/mercadorias bonificadas não está sujeita à incidência do ICMS. Argumenta que, hodiernamente, a bonificação é uma modalidade de desconto que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido, ao invés de conceder uma redução do valor da venda. Afirmar que a jurisprudência uníssona do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS. Ora, se não integra a base de cálculo, incontestavelmente pode ser objeto de lançamento fiscal em separado. Transcreve decisão da Corte Superior em apoio aos seus argumentos.

Argumenta que, ainda que assim não fosse, o que se admite apenas para argumentar, o Auditor Fiscal elencou produtos de toda sorte, e sequer se desincumbiu do dever em apontar especificamente a infração legal. Questiona se será que 100% das mercadorias bonificadas, se sujeitas estivessem à incidência do ICMS, estariam sujeitas à sistemática da substituição tributária.

Alega que o Auditor Fiscal não se desincumbiu do dever de apontar clara e diretamente a legislação supostamente infringida. E, não se pode cancelar um lançamento tributário lastreado apenas em teratologia, exercícios de futurologia etc, pois o cerceamento ao direito de defesa é flagrante. Qual a norma infringida? (questina) Qual o Protocolo ICMS? Convênio? Artigo do RICMS? Qual o fundamento para o lançamento? Afirmar que, para nenhuma destas indagações, é possível encontrar resposta no AI. Reafirma que o cerceamento ao direito de defesa é flagrante, conforme já asseverara na impugnação.

Afirmar que, neste esquadro de ideias, ou bem se julga pela improcedência integral do crédito tributário relacionado às operações com mercadorias bonificadas (pelo fundamento do cerceamento ao direito de defesa) ou bem se julga pela improcedência com fundamento no enquadramento jurídico-tributário imprimido pelo Auditor Fiscal em clara dissonância à jurisprudência do STJ sedimentada em Recurso Repetitivo, haja vista não haver base de cálculo para a operação em epígrafe. É o que requer.

Subsidiariamente, caso esta Colenda Câmara entenda que o ICMS é devido nas operações com mercadoria bonificada, então, roga que se aplique a jurisprudência do STF, haja vista ter o Ilmo Auditor Fiscal enquadrado-as como sujeitas ao regime de substituição tributária. Explica que, conforme restou decidido no RE 593.849/MG, o Pleno do Pretório Excelso entendeu que os contribuintes têm o direito de restituir os valores de ICMS pago a maior na sistemática da substituição tributária “para frente”, tendo fixado a Tese de que os Estados devem restituir o ICMS-ST “para frente” pago a maior quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. Transcreve ementa da decisão citada.

Afirmar que, claramente, há subsunção deste julgado ao caso em concreto, seja pelo entendimento

de que as mercadorias bonificadas enquadram-se como redutores de custo das demais entregues ao adquirente, seja pelo entendimento de que as mercadorias bonificadas não são efetivamente comercializadas, mas sim conferidas gratuitamente (que é o entendimento da Recorrente), o que implica em saldo zero de tributo a pagar.

Ante o exposto, requer a improcedência integral desta Infração, com o consequente cancelamento do respectivo crédito tributário e consectários.

Quanto à Infração 04, (aplicação de alíquota diversa nas saídas de mercadorias), explica que se trata de recurso manejado em relação à parte residual considerada procedente pela Colenda 1ª JF, nos termos do Acórdão Recorrido. A Recorrente reitera os termos das razões aduzidas na sua impugnação, no sentido de que não se trata de operação com mercadorias e sim com bens. Ensina que a diferença entre bens e mercadorias não é uma distinção de essência, mas de destinação, pois mercadoria é o bem móvel sujeito a mercancia, destinado ao comércio, inserto no processo econômico de comercialização. Transcreve a doutrina de José Souto Maior Borges, em apoio aos seus argumentos.

Conclui assim, que nada é mercadoria por sua própria natureza. Transcreve a doutrina de Paulo de Barros Carvalho para apoiar a tese de que a natureza mercantil de um bem não deflui de suas propriedades intrínsecas, mas de sua destinação específica. Portanto, para que um bem móvel seja havido por mercadoria, e como tal sujeito à incidência do ICMS, é mister que tenha por finalidade a venda ou revenda. Em suma, a qualidade distintiva entre bem móvel (gênero) e mercadoria (espécie) é extrínseca, consubstanciando-se no propósito de destinação comercial. Cita, ainda, a doutrina de Roque Antonio Carrazza.

Assim sendo, entende a Recorrente que o bem do ativo imobilizado não se confunde com mercadoria, pelo fato de não ser adquirido com o propósito de mercancia (venda), ou seja, não ser objeto do comércio. Significa que o emprego e a destinação dada ao bem em uma determinada empresa ou atividade econômica é o critério que definirá sua classificação contábil e jurídica.

Ademais, nos termos do artigo 7º, § 2º c/c artigo 123, § 3º e artigo 145, todos do RPAF, a Recorrente reitera o pedido de realização de diligência/perícia, a fim de que o Ilustríssimo Auditor Fiscal esclareça e, se for o caso, retifique o lançamento fiscal (em relação à matéria residual ora recorrida), bem assim que possa ser demonstrado, claramente, que não subsiste esta infração apontada pela Fiscalização, haja vista que não apontou quais eram as operações (demonstrativo analítico) que foram objeto de autuação nos períodos de Agosto/2012, Setembro/2012, Fevereiro/2013, Outubro/2013, e Novembro/2013 (incompleto), não sendo de competência da Colenda JF a sua implementação ex officio. É o que requer.

Quanto à Infração 07 (não retenção do ICMS/ST nas vendas internas), alega que inexistiram os fatos geradores apontados, uma vez que as notas fiscais indicadas foram canceladas. Reitera que improcede *in totum* a autuação em relação à suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado na nota fiscal. Nos termos do artigo 7º, § 2º c/c artigo 123, § 3º e artigo 145, todos do RPAF, a Recorrente requer, novamente, a realização de diligência/perícia, a fim de que o Auditor Fiscal esclareça e, se for o caso, retifique o lançamento fiscal, bem assim que possa ser demonstrado, claramente, que não subsiste esta infração apontada pela Fiscalização, para que não reste caracterizada o cerceamento ao direito de defesa. Diante disto, entende que o requisito contido no artigo 145 do RPAF está cabalmente preenchido, na medida em que se revela deveras importante o quanto solicitado no parágrafo anterior, somente com o que a Recorrente poderá contestar/impugnar especificamente o lançamento fiscal em epígrafe. É o que requer.

Quanto à Infração 08 (não recolhimento e recolhimento a menor de ICMS/ST), alega que improcede *in totum* a autuação. Requer a realização de diligência/perícia, a fim de que o Ilustríssimo Auditor Fiscal esclareça e, se for o caso, retifique o lançamento fiscal, bem assim que possa ser demonstrado, claramente, que não subsiste esta infração apontada pela Fiscalização. Explica que tal requisição ganha relevo ao se verificar que a Recorrente aplicou adequadamente a legislação tributária, ao tributar a operação pelo ICMS, e recolher o tributo sob a sistemática da

substituição tributária, com espeque no artigo 8º, inciso I, c/c artigo 23, e Anexo II, todos da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos. Cita trecho do voto do Relator da 1ª JF, no sentido de que a ora Recorrente deveria ter manejado, na peça de impugnação, elementos de provas que pudessem confrontar o levantamento apresentado pelo Fisco, para, em seguida, concluir que é cerceamento ao direito de defesa não se conceder prazo equivalente ao contribuinte, àquele concedido pela legislação à fiscalização.

Argumenta ser uma questão de isonomia, pois como pode a contribuinte adequadamente se defender de 10 (dez) infrações, em exíguo prazo, se o Fisco dispôs de, aproximadamente, 12 (doze) meses para concluir a lavratura do AI? (interroga). Alega que há que se ter parcimônia com a persecução fiscalizatória, conferindo aos contribuintes a devida e constitucional ampla defesa, razão por que se requer o deferimento de prazo não inferior a 60 (sessenta) dias para conclusão da diligência pela ora Recorrente.

Diante disto, entende que o requisito contido no artigo 145 do RPAF está cabalmente preenchido, na medida em que se revela deveras relevante que seja permitido à ora Recorrente apresentar as suas memórias de cálculo, somente com o que poderá contestar/impugnar especificamente o lançamento fiscal em epígrafe. É o que requer.

Por fim, quanto às infrações 09 e 10 (multa por descumprimento de obrigação acessória), alega que, na mesma linha do quanto sustentado na impugnação, improcede *in totum* a alegação do Ilmo. Auditor Fiscal em relação à suposta não escrituração de notas fiscais. Explica que a questão que se propõe é no sentido de se verificar se a vedação constitucional ao confisco (art. 150, inciso IV) refere-se apenas ao tributo ou, ainda, se se estenderia às multas fiscais, pois é exatamente neste cenário que a autuação imputada à Recorrente deve ser analisada. E já de plano se afirma que, na hipótese de se considerar que a Recorrente realmente está sujeita ao pagamento da penalidade aplicada, o princípio do não-confisco também deve ser respeitado.

Argumenta que a conclusão decorre do fato de que tanto a penalidade como o tributo são capazes de compor a obrigação tributária (artigo 113 do CTN) e, por essa razão, devem respeito à aludida limitação constitucional. Portanto, nos casos em que a multa, ainda que isoladamente, seja excessiva, será também confiscatória e constitucionalmente proibida, já que a sanção tributária tem por finalidade apenar o contribuinte pelo descumprimento da obrigação tributária, assim como desestimulá-lo a praticar qualquer tipo de infração, incitando-o, dessa forma, ao cumprimento correto e pontual de suas obrigações fiscais, sob o risco de sua oneração. Nada mais que isso, em linhas gerais.

Em assim sendo, argumenta que não pode a multa fiscal ser utilizada como mero expediente que aumente a arrecadação dos entes tributantes, como se verdadeiro tributo disfarçado fosse – argumento esse que ganha ainda mais força se analisadas as penalidades aplicadas em valores exorbitantes, como é o caso em epígrafe. Transcreve a doutrina de Sacha Calmon Navarro Coêlho em apoio aos seus argumentos.

Nesse sentido, alega que a vedação ao confisco deve ser aplicada inquestionavelmente também às multas fiscais, pois exigir dos contribuintes, como é o caso da Recorrente, multas astronômicas é, por deveras, exagerado. Afirma que, na situação em apreço, onde o percentual da multa aplicada é de 1% do valor das operações objeto de autuação, o caráter confiscatório da penalidade fica ainda mais nítido.

Defende que a multa deve ser em valor fixo e módico, para que tenha caráter sancionatório e disciplinar; jamais, confiscatório! Explica que, como não poderia deixar de ser, o STF novamente amparou os contribuintes, estendendo a proibição constitucional do confisco às multas fiscais, por meio de brilhante decisão do Ministro Celso de Mello, cujo trecho transcreve.

Conclui, portanto, que deve haver proporcionalidade e razoabilidade entre o ilícito e a pena cominada em lei, sem as quais restaria configurada grande violação aos direitos dos contribuintes, restando evidente, dessa forma, que a conduta adotada pelo Fisco, de aplicar multa de 1% sobre o valor da operação não é razoável e tampouco proporcional.

Dessa forma, defende que é de rigor o integral provimento desta impugnação também sob esse argumento, com o cancelamento do AI e a baixa do crédito tributário dele decorrente. É o que requer.

Isto posto, a Recorrente arremata a sua peça recursal, refutando, em todos os seus termos, o crédito tributário residual mantido pelo Acórdão Recorrido. Reiterando os pedidos expostos acima como se aqui estivessem transcritos, requer a esta Colenda Câmara o julgamento pela improcedência integral do crédito tributário residual mantido, com a consequente baixa do crédito tributário dele decorrente. Subsidiariamente, requer que esta Colenda Turma acate os pedidos formulados no sentido de realização de diligência/perícia, nos termos dos pedidos acima exarados.

Termos em que, pede deferimento.

VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 1ª JF (Acórdão Nº 0092-01/17) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$411.952,77 para o montante de R\$299.171,86, em valores atualizados à data do julgamento (vide folha 176), o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que a redução do valor lançado está relacionada à decretação da nulidade da Infração 06, da improcedência da Infração 05 e da procedência parcial das infrações 02, 04 e 07, sendo este o objeto do presente recurso.

Quanto à Infração 02, a conduta foi descrita como *“Deixou de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referentes às operações não escrituradas os livros fiscais próprios, ...”*. Trata-se, como explica o AI, de notas de saída não escrituradas, conforme fl. 02. A decisão de piso reduziu o valor lançado, de R\$16.659,30 para R\$63,65, após consulta ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica, ao fundamento de que várias das notas fiscais listadas no demonstrativo de débito se encontram com a situação cancelada, conforme se depreende da leitura de trecho da decisão recorrida, à folha 168, abaixo transcrito.

“Verifico no demonstrativo de suporte do item, a discriminação das diversas operações de saída de mercadorias que não foram devidamente escrituradas no livro de saída da Escrituração Fiscal Digital - EFD. Contudo, em sua maioria, as notas fiscais foram canceladas regularmente, constando no portal de nota fiscal eletrônica, na situação de “cancelado”.

Dessa forma, apenas as notas fiscais exemplificadas pelo Auditor Fiscal, número 231371, emitida em 24.07.12 e ICMS no valor de R\$15,50; número 231369, emitida em 22.08.12 e ICMS no valor de R\$12,55; além das notas fiscais números 329402 e 329403, emitidas em 31.07.13 e ICMS nos valores de R\$1,70 e R\$33,80, respectivamente, somando R\$35,50, constantes do demonstrativo de fls. 64/65, podem ser validamente exigidas

Examinando os documentos fiscais listados no demonstrativo de débito acostado às folhas 64/65, é possível notar que os itens excluídos se referem, efetivamente, a notas fiscais canceladas no SPED, o que revela o acerto da decisão recorrida, que fica mantida neste ponto.

Quanto à Infração 04, a conduta foi descrita como *“Recolheu a menor o ICMS em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ...”*. A decisão de piso reduziu o valor lançado, de R\$19.894,28 para R\$3.686,58, fruto da exclusão das baixas de veículos usados, de propriedade da empresa, ao fundamento de que se trata de operações isentas, à luz do art. 265, inciso 10 do RICMS-12/BA, cujo texto reproduzo abaixo.

“Art. 265. São isentas do ICMS:

*...
X - as operações de saídas de veículos usados;
...”*

De fato, considerando que os veículos baixados possuíam ano de fabricação 2006 e 2007, não era

mais possível exigir-se ICMS pela sua desincorporação, nos exercícios de 2012 e 2013. Mantida a decisão recorrida.

Quanto à Infração 05, a conduta foi descrita como “*Recolheu a menor o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo de imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ...*”. A decisão de piso julgou improcedente a exigência fiscal, ao fundamento de que o preposto fiscal olvidara-se de reduzir a base de cálculo nas saídas das mercadorias autuadas, omissão esta que levou a um falso juízo de ilicitude a menor nas saídas indicadas.

O exame do demonstrativo de débito acostado às folhas 76/77, revela que, efetivamente, a diferença entre os valores apurados pela fiscalização e o lançado pelo Contribuinte decorre, exclusivamente, do fato de que o fisco não reduziu a base de cálculo das mercadorias nas operações autuadas.

Ora, considerando que o Autuado é estabelecimento que tem como atividade econômica “o comércio atacadista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios” (vide ficha cadastral à folha 15 do processo), e que possui termo de acordo firmado com a SEFAZ/BA, é forçoso reconhecer que as suas saídas internas devem desfrutar da redução da base de cálculo de 41,176%, nos termos do art. 1º do Dec. 7799/00, abaixo reproduzido.

*“Art. 1º - Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:
...”*

Entendo que a decisão de piso agiu com acerto, não merecendo reparo neste ponto. Mantida a decisão.

Quanto à Infração 06, a conduta foi descrita como “*Deixou de recolher o ICMS 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, ...*”. A decisão de piso julgou nula a exigência fiscal, ao fundamento de que as mercadorias adquiridas não se referem a bens do ativo imobilizado, mas a aquisições de “sal grosso”.

O Exame dos autos revela que as notas fiscais autuadas descrevem as mercadorias adquiridas como sendo “SAL GROSSO HIKARI C ALHO 500G”, conforme demonstrativos às folhas 79/80. Ora, tratando-se de estabelecimento atacadista de produtos alimentícios em geral, penso que não é possível exigir-se o diferencial de alíquotas sobre as aquisições de sal grosso, uma vez que se trata de mercadorias que fazem parte de seu comércio. Entendo que agiu bem a 1ª JF, pois o lançamento não possui certeza e liquidez neste ponto. Mantida a decisão.

Quanto à Infração 07, a conduta foi descrita como “*Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, ...*”. Trata-se, como explica o AI, de notas de saída não escrituradas, conforme fl. 02. Noto que o demonstrativo de débito é o mesmo daquele relativo à Infração 02 (vide folhas 64/66). A decisão de piso reduziu o valor lançado, de R\$11.351,22 para R\$214,00, após consulta ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica, ao fundamento de que várias das notas fiscais listadas no demonstrativo de débito se encontram com a situação cancelada, conforme se depreende da leitura de trecho da decisão recorrida, à folha 168, abaixo transcrito.

“Verifico que os documentos fiscais das operações de saída de mercadorias, discriminados no demonstrativo que ampara a exigência (fls. 64/65), foram, na maior parte, regularmente canceladas, constando no portal de nota fiscal eletrônica, na situação de “cancelado”.

Dessa forma, apenas a nota fiscal eletrônica número 231371, emitida em 24.07.12 e ICMS-ST no valor de R\$214,00, pode ser validamente exigida.”

Examinando os documentos fiscais citados, é possível notar que os itens excluídos se referem,

efetivamente, a notas fiscais canceladas no SPED, o que revela o acerto da decisão recorrida. Mantida a decisão de piso neste ponto.

Do exposto, Nego Provimto ao Recurso de Ofício.

Quanto ao recurso voluntário, o Sujeito Passivo ataca a Decisão de piso naquilo que se refere às infrações 01, 02, 03, 04, 07, 08, 09 e 10, sendo este o objeto do presente recurso.

Noto que as preliminares argúidas remetem, se acolhidas, à decretação de nulidade material das infrações atacadas, em face do que deixo para apreciá-las quando da análise individual de cada uma das infrações contestadas.

Quanto à solicitação de diligência, denego por entender que os elementos do processo são suficientes à formação de minha convicção.

Noto que a peça recursal repete o conteúdo da peça impugnatória, reproduzindo as mesmas alegações já apreciadas na primeira instância.

Quanto à Infração 01, a conduta infratora foi descrita como “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, ...”. Trata-se de crédito fiscal a maior que o destacado no documento fiscal, conforme esclarece o AI, à folha 01. O Sujeito Passivo alega cerceamento do seu direito de defesa, embora não esclareça exatamente a que conduta está a se referir, apenas citando a necessidade de que o autuante esclareça o lançamento.

Examinando o demonstrativo de débito relativo a esta infração (folhas 61/63), noto que o lançamento fiscal identificou todas as notas fiscais que deram origem à presente autuação, tendo relacionado os valores destacados nos documentos de origem e identificado os valores de crédito lançados, bem como apontado as diferenças respectivas, que foram objeto da presente exigência. Resta claro, assim, que motivos não há para que se cogite de cerceamento do direito de defesa da Recorrente.

Ademais, há provas materiais que indicam o creditamento a maior apontado, pois, além das notas fiscais eletrônicas exemplificadas pelo autuante (nota fiscal 190932 - valor R\$22,43 e na EFD R\$24,07; nota fiscal 197539 - valor R\$22,06 e na EFD R\$23,79), estão também lançados irregularmente os diversos valores identificados nos autos, inclusive a nota fiscal eletrônica 199906 - valor R\$143,34 e na EFD R\$215,01; ou a nota fiscal eletrônica 241 - valor R\$0,00 e na EFD R\$145,59 (papel higiênico), aspectos já devidamente destacados pela decisão de piso. Mantenho a decisão de piso neste ponto.

Quanto à Infração 02, a conduta infratora foi descrita como “Deixou de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referente às operações não escrituradas os livros fiscais próprios, ...”. Trata-se de notas fiscais de saída não escrituradas, conforme esclarece o AI, à folha 02. Da mesma forma que o fez em relação à Infração 01, o sujeito Passivo alega cerceamento do seu direito de defesa, embora não esclareça exatamente a que conduta está a se referir, apenas citando a necessidade de que o autuante esclareça o lançamento.

Noto que a decisão de piso já reduzira o valor lançado, neste item, para R\$63,65, tendo excluído a maior parte das notas fiscais lançadas, pelos motivos já analisados quando da apreciação do recurso de ofício. Não tendo deduzido qualquer argumentação específica, entendo que a peça recursal pecou por inépcia, conforme art. 10, § 1º, inciso III, alínea “a” do RPAF/99, abaixo reproduzido.

“Art. 10. A petição será indeferida de plano pela autoridade ou órgão a que se dirigir ou pelo órgão preparador, conforme o caso, se intempestiva, se assinada por pessoa sem legitimidade ou se inepta ou ineficaz, vedada a recusa de seu recebimento ou protocolização.

§ 1º A petição será considerada:

...

III - inepta, quando:

a) não conter pedido ou seus fundamentos;

...”

Assim, mantenho a decisão recorrida.

Quanto à Infração 03, a conduta infratora foi descrita como “Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, escrituradas regularmente, ...”. Trata-se de saídas de doações e brindes sem tributação, conforme esclarece o AI, à folha 02. O sujeito Passivo alega que as saídas de mercadorias a título de doação e brindes não podem ser objeto de tributação.

Não assiste razão ao Sujeito Passivo, pois a bonificação é fato gerador do ICMS e a legislação estabelece que a operação é integralmente tributada pelo imposto. O Contribuinte não apontou, de forma especificada, a existência de mercadorias sujeitas à sistemática da substituição tributária. Mantida a decisão recorrida.

Quanto à Infração 04, a conduta foi descrita como “Recolheu a menor o ICMS em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ...”. Noto que a decisão de piso já reduzira o valor lançado, de R\$19.894,28 para R\$3.686,58, conforme já analisado no recurso de ofício.

O Sujeito Passivo reproduz o conteúdo de sua peça impugnatória, sem a adição de qualquer argumento que pudesse se contrapor à decisão recorrida, tendo sido genérico nas suas alegações. Penso que a decisão da 1ª JF já acolheu o argumento deduzido pelo Sujeito Passivo, em face do que excluiu as operações com bens usados.

Ora, se existe mais algum bem nessa situação, caberia ao Sujeito Passivo ser específico e apontar exatamente em qual operação houve a exigência indevida de tributo. Como não o fez, entendo que restou parcialmente caracterizado o ilícito. Mantenho a decisão recorrida.

Quanto à Infração 07, a conduta foi descrita como “Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, ...”. Trata-se, como explica o AI, de notas de saída não escrituradas, conforme fl. 02.

Noto que a decisão de piso já reduzira o valor lançado, neste item, para R\$214,00, tendo excluído a maior parte das notas fiscais lançadas, pelos motivos já analisados quando da apreciação do recurso de ofício. Não tendo deduzido qualquer argumentação específica, entendo que a peça recursal pecou por inépcia, conforme art. 10, § 1º, inciso III, alínea “a” do RPAF/99, abaixo reproduzido.

“Art. 10. A petição será indeferida de plano pela autoridade ou órgão a que se dirigir ou pelo órgão preparador, conforme o caso, se intempestiva, se assinada por pessoa sem legitimidade ou se inepta ou ineficaz, vedada a recusa de seu recebimento ou protocolização.

§ 1º A petição será considerada:

...

III - inepta, quando:

a) não conter pedido ou seus fundamentos;

...”

Assim, da mesma forma que o fiz em relação à Infração 02, mantenho a decisão recorrida.

Quanto à Infração 08, a conduta infratora foi descrita como “Procedeu retenção do ICMS a menor o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, ...”. O sujeito Passivo alega cerceamento do seu direito de defesa, pois entende que o prazo que lhe foi concedido para defesa foi exíguo.

Tal alegação não merece ser acolhida, pois passaram-se dezoito meses entre a lavratura do presente auto de infração e a data em que a empresa ingressou com a sua peça recursal, sem que tivesse trazido qualquer argumento ou prova que pudesse elidir a presente infração.

No mérito, o Sujeito Passivo não deduz qualquer argumento, o que lhe faz sucumbir diante das provas e dos detalhados demonstrativos de débito apresentados pelo fisco. Mantida, portanto, a

decisão recorrida.

Quanto às infrações 09 e 10, foram atacadas conjuntamente pela recorrente, o que justifica que sejam tratadas, igualmente, de forma global. É o que passo a fazer. Ambas se referem a falta de registro de mercadorias que deram entrada no estabelecimento autuado. A Infração 09 foi descrita como “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, ...”, enquanto que a Infração 10 foi descrita como “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, ...”. O Sujeito Passivo não nega os fatos que lhe foram imputados, tendo se insurgido em relação à multa de 1% que lhe foi imposta, pois entende contrariar a Carta Magna, por ter caráter confiscatório e não possuir proporcionalidade e razoabilidade.

Quanto às alegações deduzidas pelo Sujeito Passivo, é importante destacar que este colegiado não possui competência para analisar eventual desconformidade do texto legal em relação à CF/88, conforme art. 167, inciso I, abaixo.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

*I - a declaração de inconstitucionalidade;
...”*

Ora, considerando que as multas aplicadas nas infrações 09 e 10 possuem previsão no art. 42, inciso IX e XI da Lei nº 7.014/96, entendo que a sua exigência se impõe, restando caracterizada as infrações em comento. Mantida a decisão neste ponto.

Do exposto, Nego Provimento a ambos os recursos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207095.3018/16-6**, lavrado contra **DDA DINÂMICA DISTRIBUIDORA E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS E TRANSPORTE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$103.454,51**, acrescido das multas de 60% sobre R\$103.390,86 e de 100% sobre R\$63,65, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$58.397,29**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS