

A. I. Nº - 207103.0015/18-9
AUTUADA - RJ INDÚSTRIA, COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23.01.2020

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0187-05/19

EMENTA: ICMS. 1. USO INDEVIDO DE CRÉDITOS FISCAIS. TRIBUTAÇÃO ANTECIPADA. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS COMESTÍVEIS RESULTANTES DO ABATE BOVINO. PARCELAMENTO APÓS AUTUAÇÃO. Com a iniciativa do sujeito passivo em oferecer para parcelamento todo o montante consignado nesta parte do lançamento, quedou incontroversa qualquer discussão a respeito da exigência tributária. Irregularidade procedente, com homologação pelo setor fazendário respectivo dos montantes recolhidos. 2. USO INDEVIDO DE CRÉDITOS FISCAIS. TRIBUTAÇÃO ANTECIPADA. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS COMESTÍVEIS RESULTANTES DO ABATE BOVINO, ABATE DE AVES E DE “EMBUTIDOS”. PARCELAMENTO PARCIAL PÓS-AUTUAÇÃO. Demonstrado no PAF que, mesmo se pagando alguns valores relacionados à autuação a título de antecipação parcial, questão irrelevante para o desfecho do processo, estavam as mercadorias a eles ligadas sujeitas à antecipação total, de sorte que, sob este regime, não se pode admitir o uso dos créditos fiscais quando da sua aquisição. Irregularidade procedente, com homologação pelo setor fazendário respectivo dos montantes recolhidos após a lavratura do auto de infração. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Inicialmente, cumpre registrar que o presente relatório atende às premissas estipuladas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, principalmente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais.

Lavrado em 19.12.2018, cobra-se imposto no montante histórico de R\$103.618,31, desdobrado em duas infrações, a saber:

Infração 01 – 01.02.06:

Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em face de mercadoria adquirida com pagamento do imposto dentro do regime da substituição tributária.

O estabelecimento autuado adquiriu, em operações interestaduais, mercadorias enquadradas na substituição tributária, quais sejam, produtos comestíveis resultantes do abate bovino – “coxão mole” – e apropriou-se dos créditos fiscais destacados nas NFs 40933, 436819 e 41282, escriturando-os nos registros de entradas.

O valor remontou R\$46.977,00, mais multa de 60% e consectários, com fatos geradores ocorridos em janeiro e fevereiro de 2014.

Fundamentação legal com fulcro nos arts. 8º, §4º, I, “a”, 9º e 29, §4º, II da Lei 7.014/96, c/c os arts. 289, §2º, III, 290 e 292, Anexo I, item 34, todos do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/12, e penalidade tipificada no art. 42, VII, “a” da Lei retro mencionada.

Infração 02 – 01.02.06:

Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em face de mercadoria adquirida com pagamento do imposto dentro do regime da substituição tributária.

O estabelecimento autuado adquiriu mercadorias enquadradas na substituição tributária, quais sejam, embutidos de carne, linguiças, produtos comestíveis resultantes do abate de aves (“frango inteiro”, “coxas” e “sobrecoxas”) e produtos comestíveis resultantes do abate bovino (“pulmão”, “cupim” e “bofe”), e considerou tais operações como se sujeitas apenas à antecipação parcial, lançando os créditos fiscais respectivos a este título no RAICMS, coluna “outros créditos”, valores indicados no corpo do auto de infração.

Anexados os demonstrativos de apuração de antecipação parcial, elaborados pelo contribuinte.

O valor remontou R\$56.641,31, mais multa de 60% e consectários, com fatos geradores ocorridos em janeiro, outubro e agosto de 2015.

Fundamentação legal com fulcro nos arts. 8º, §4º, I, “a”, 9º e 29, §4º, II da Lei 7014/96, c/c os arts. 289, §2º, III, 290 e 292, Anexo I, itens 34, 35 e 35-A, todos do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/12, e penalidade tipificada no art. 42, VII, “a” da Lei retro mencionada.

Entre outros documentos, juntaram-se, ao lançamento de ofício, termos de intimação para apresentação de livros e documentos fiscais (fls. 06/12), e-mails trocados entre fisco e contribuinte (fls. 13/19), demonstrativos das infrações apontadas (fls. 21/23) e CD contendo arquivos eletrônicos (fl. 24).

Impugnação (fls. 39/48) formalizada em 25.02.2019, com assinalação no sistema de protocolo (fl. 38).

Nela, o sujeito passivo, após garantir a tempestividade do gesto e apresentar síntese fática da acusação fiscal:

Argui, preliminarmente, a nulidade da autuação, por entender inexistir correspondência entre os dispositivos referidos como inobservados e o enquadramento legal, exigindo o exercício de “cartomancia jurídica” (sic; fl. 44) para se descobrir a possível violação.

No mérito, para a infração 01, no tocante aos três documentos fiscais alinhados na autuação, adverte que efetuou o pagamento do ICMS por ocasião das saídas, a despeito das operações estarem dentro do sistema de antecipação tributária, daí porque se justificar o aproveitamento dos créditos nas operações de compra.

Observa que as mercadorias adquiridas sofreram processo industrial - transformação de “coxão mole” em “carne do sol”.

Assim, neste proceder, inexistiu prejuízo ao erário estadual, de modo que simples cálculos aritméticos respaldam tal argumentação.

Para a infração 02, cumpre reproduzir na íntegra as razões externadas pelo contribuinte:

“A segunda infração apontada pelo auditor fiscal é a mesma combatida no item anterior: “Trata-se de mercadoria tributada no âmbito da Antecipação Parcial que no período de 1º de Janeiro a 03 de Fevereiro de 2015 conforme art. 289, parágrafo II, inciso IV “enchidos (embutidos), tipo chouriço, salame, salsicha, presunto, tender, linguiça e produtos semelhantes, de carne, miudezas ou sangue” sofreu alteração passando a ser tributada pela sistemática da Substituição Tributária. A empresa recolheu como Antecipação Parcial Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS. Neste caso, o que ocorreu foi o cálculo e pagamento do ICMS no código errado as Notas Fiscais de nº 896540, 896541 e 299060 (Doc. 06 – Mídia Digital). ”

As Notas Fiscais 74054, 108895 e 2729 (Doc. 07 – Mídia Digital) calculadas na forma correta de Substituição Tributária, foram recolhidas com código errado (Antecipação Parcial). Houve erro na apuração sendo utilizado crédito fiscal parcial e no código do pagamento.

As notas fiscais 74054, 108895 e 2729 foram recolhidas como Substituição Tributária com código errado (Antecipação Parcial):

NF-E	ICMS ANTECIPAÇÃO	ICMS ST – Recolhido como antecipação Parcial	DIFERENÇA A RECOLHER
74054	2.345,54	20.966,88	2.345,54
108895		17.806,23	
2729	2.783,47	13.008,02	2.783,47

É que, da análise dos Anexos do RICMS – Substituição tributária dos anos de 2015, é possível encontrar referência à substituição tributária das mercadorias em análise. Portanto, tais mercadorias estavam enquadradas como Substituição Tributária e foi calculada como Antecipação Tributária. No ano de 2016, as mercadorias constavam como sendo Substituição Tributária, houve o cálculo correto como Substituição Tributária, porém o recolhimento ocorreu no código errado, gerando uma diferença de recolhimento no valor de R\$ 5.129,01.

Aqui o ponto fulcral: as mercadorias fiscalizadas eram submetidas à substituição tributária. Sendo assim, errou a empresa em efetuar o recolhimento com o código errado.

Ora, os valores apontados como faltosos pelo auditor fazendário são os mesmos recolhidos nas guias de pagamento em anexo (Doc. 08 – Mídia Digital), no valor de R\$ 56.641,31 (cinquenta e seis mil, seiscentos e quarenta e um reais e trinta e um centavo), foi recolhido corretamente, trata-se de aproveitamento indevido apenas do valor de R\$ 5.129,00, quando o contribuinte aproveitou o crédito na escrita fiscal, conforme planilha e as guias anexas.

Com essa observância, tem-se que a cobrança do ICMS em relação a essa infração é devida apenas no valor de R\$ 5.129,01, eis que o contribuinte encontra-se respaldado em comprovantes de pagamento de recolhimento do imposto, o que torna a infração parcialmente insubstancial”.

Acrescenta que os valores apontados como faltosos pelo auditor fazendário são os mesmos pagos nas guias que anexou, na cifra de R\$56.341,31, de sorte que o aproveitamento indevido do crédito foi apenas no montante de R\$5.129,01. Admite, ao final, apenas este último valor, de modo a ser o lançamento parcialmente subsistente. E declara que providenciou o parcelamento da citada dívida, conforme documentação que apensou.

Traz, a defesa, documentos de representação legal (fls. 50/56), comprovações de parcelamento (fls. 57/60) e mídia digital contendo arquivos eletrônicos (fl. 61).

Informação fiscal (fls. 66/85) produzida. Através dela, o autuante:

Garante estar, a autuação, perfeitamente caracterizada e com enquadramento legal livre de defeitos.

Após reproduzir disposições normativas, também garante que a autuada acabou parcelando todo o montante lançado na infração 01, restando incontrovertida a discussão neste particular.

Depois de citar trechos do Anexo I do Regulamento baiano, que interessam ao deslinde da questão, com as redações que vigoraram entre 2015 e janeiro de 2017, faz a exposição de como a impugnante procedeu na sua escrita para efeito de debitamentos e creditamentos das operações ora sob foco (fls. 81/83) e sustenta ser totalmente procedente o lançamento, inclusive fazendo encartar um pequeno demonstrativo na peça informativa (fl. 84).

Do mesmo modo que aqui se reproduziram, *ipsis litteris*, as razões impugnatórias, faz-se igual para as razões acusatórias:

“Quanto ao mérito, a ação fiscal reclama os créditos indevidos de ICMS lançados pelo contribuinte em seus livros de janeiro de 2015: NFS: 896540, 896541, 299060; outubro de 2015: NFS 74054; e agosto de 2016, NFS: 108895 e 2729. Demonstrativo de Débito acostado ao PAF, fl. 23, detalha a infração.

A autuada comprovou, em operações interestaduais, mercadorias enquadradas na ST, produtos comestíveis resultantes do abate bovino: pulmão, cupim e bofe, NF 74054 out/2015; produtos comestíveis resultantes do abate de aves: coxas, sobrecoxas e frangos inteiros, NFS 108895 e 2729 ago/2016; e embutidos de carnes: linguiça, NFS 896540, 896541 e 299060, todos constantes do Anexo I do RICMS/BA, respectivas nas posições, ver tabelas abaixo, e deveria efetuar a ST, encerrando a fase de tributação, não podendo lançar créditos de ICMS correspondentes nos RAICMS/EFD de janeiro/15; outubro/15 e agosto/16.”

E faz o encarte de parte do Anexo I do Regulamento baiano apontando os tipos de mercadorias afetados na autuação, com as redações que vigoraram entre 2015 e janeiro de 2017.

Prossegue o autuante:

“As NFS de aquisições das mercadorias, objetos da ação fiscal, constam da mídia acostada ao PAF pela ação fiscal, fl 24, assim como os livros de RES/EFD de janeiro e outubro/2015 e agosto/2016.

A autuada em sua argumentação de defesa reconhece o erro cometido ao enquadrar as mercadorias objetos da ação fiscal como da Antecipação Parcial, quando corretamente são da ST. E como antecipação parcial se utilizou do crédito correspondente no mês de janeiro/2015...”

Em seguida, a auditoria cola imagem do RAICMS dos meses mencionados.

E continua a discorrer:

“Sendo que do total dos R\$29.683,95, constam os R\$4.860,18, das NFS 896540, 896541 e 299060, indevido pois são das mercadorias da ST. Assim procedeu com o mês de out/2015 se creditado de R\$33.164,82, onde constam os R\$20.966,88 da NF 74054...”

(...)

E assim procedeu com o mês de agosto/2016, creditando-se de R\$77.001,18, onde constam R\$30.814,25, referentes às NFS 108895 e 2729...”

Também o autuante faz a colagem dos RAICMS de outubro de 2015 e agosto de 2016.

Segue o informante:

“O argumento apresentado pela autuada de que com as NFS 896540, 896541, 299060, recolheu o ICMS como Antecipação Parcial e utilizou indevidamente o crédito fiscal do ICMS, e que incorreu no cálculo e pagamento do ICMS no código errado comprova o erro cometido. A infração está não no recolhimento do ICMS equivocado, mas no lançamento do crédito de R\$ 4.860,18, no campo outros créditos no RAICMS – jan/2015, pois mercadoria enquadrada no regime de ST não enseja o direito ao crédito, no caso presente.

Quanto às NFS 74054, 108895 e 2729 que a autuada afirma que calculou a ST de forma correta e que foram recolhidos o ICMS com os códigos errados (Antecipação Parcial), a autuada reconhece que errou na apuração do imposto, tendo utilizado crédito fiscal na Antecipação Parcial. Mas o que importa, na infração, também neste caso, não é o equívoco do código do recolhimento, mas os lançamentos dos créditos do ICMS nos meses de outubro/2015 e agosto/2016, no campo outros créditos dos respectivos livros de RAICMS. Pois mercadoria enquadrada no regime de ST não enseja o direito ao crédito, no caso presente.

Logo, em conclusão, os créditos reclamados pela ação fiscal, quanto a esta infração, persistem em sua totalidade, R\$56.641,31, contudo por ter a autuada acatado e recolhido

R\$4.860,18, o ICMS reclamado é reduzido para R\$51.781,13. Contudo, há de observar que a autuada ao compor as parcelas para o parcelamento, atribuiu ao valor de R\$4.860,18 a data da ocorrência em 31/08/2016, e data de vencimento em 09/09/2016. Então, a infração II passa a ter as seguintes parcelas:

Mês Apropriação do Crédito	Referência	ANTECIPACAO PARCIAL Agosto 2016	NF	OBS
jan/15				
16/01/2015	12015	2.693,70	896540	EMBUTIDO ST TOTAL NESTE PERÍODO
16/01/2015	12015	150,48	896541	EMBUTIDO ST TOTAL NESTE PERÍODO
13/01/2015	12015	2.016,00	299060	EMBUTIDO ST TOTAL NESTE PERÍODO
total R\$==>		4.860,18		
out/15				
10/09/2015	102015	20.966,88	74054	PROD COMEST ABATE GADO BOVINO
ago/16				
18/08/2016	82016	17.806,23	108895	PROD COMEST ABATE DE AVES
31/08/2016	82016	13.008,02	2729	PROD COMEST ABATE DE AVES
total R\$==>		30.814,25		
VALOR RECOHIDO R\$==>		4.860,18		
VALOR ATUAL R\$==>		25.954,07		
VALOR TOTAL ATUAL R\$	total R\$==>	51.781,13		

Pelo exposto e argumentado acima, a ação fiscal ratifica os créditos fiscais reclamados de R\$56.641,31, ficando reduzido a R\$51.781,13, pois a autuada recolheu R\$4.860,18.”

Em função do teor da informação fiscal e de novas tabelas nela anexadas (fls. 86/88), deram-se vistas à autuada para nova manifestação (fls. 92/94), que acabou não sendo produzida, apesar daquela ter sido regularmente notificada, inclusive via DTE.

Distribuído por sorteio o processo para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

Entendo como satisfatórios, para formação do meu convencimento, os elementos probatórios presentes no PAF, ficando encerrada a fase instrutória.

É o relatório. Passo a decidir.

VOTO

Há de se enfrentar a preliminar de nulidade levantada pelo defendant, movida em virtude de inexistir correspondência entre os dispositivos apontados como violentados e o enquadramento legal.

As duas infrações versam sobre uso indevido de créditos fiscais, à vista de operações submetidas à tributação antecipada quando da aquisição, de modo que, na oportunidade das saídas subsequentes, por inexistir débitos fiscais, não haveria como apropriar os créditos antecedentes.

Teve, o lançamento de ofício, fundamento em dispositivos da Lei 7.014/96 e no Regulamento baiano do ICMS, transcritos na peça informativa, com especial destaque para o art. 9º da Lei retro citada, que acusa encerrar a fase de tributação sobre a entrada de mercadorias sujeitas à

antecipação do imposto, e o art. 29, §4º, que veda o uso do crédito fiscal quando a saída subsequente não for tributada, além do art. 290 regulamentar, que impede o aproveitamento dos créditos fiscais em casos de antecipação tributária total.

Destarte, como os produtos alcançados pela autuação se sujeitam ao regime da antecipação tributária, quando das suas aquisições, dúvidas não há, de que a pretensão do Estado é glosar os créditos fiscais correspondentes, harmonizando-se perfeitamente às disposições normativas traçadas no instrumento de autuação.

Tanto assim é que se verifica, nos autos, conforme aduzido mais adiante, que o contribuinte parcelou boa parte das infrações levantadas.

Por conseguinte, não há como se enquadrar a preliminar nas hipóteses previstas no art. 18 do RPAF-BA.

Destarte, rejeito a preliminar de nulidade manejada.

Disto isto, vale salientar que o Auto de Infração cumpre com os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade.

Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Quanto ao mérito, a apreciação será apartada, por irregularidade.

Infração 01

Investe o sujeito passivo contra a acusação fiscal, sob a alegação de que procedeu ao pagamento do imposto nas saídas das mercadorias sujeitas à tributação antecipada, sendo deste modo cabível o crédito fiscal pelas entradas.

Já o autuante rebate dizendo que, não obstante as arguições defensivas, acabou o sujeito passivo, depois da autuação, parcelando integralmente esta parte da dívida.

De fato, ao compulsar a documentação juntada aos autos e relacionada ao pagamento parcelado de parte da presente cobrança, muito especialmente o **relatório de débito do PAF** aportado à fl. 101, quedou incontrovertido o debate travado a este respeito.

Vê-se, no citado relatório, que toda a infração 01, nos valores históricos de R\$29.945,04, fatos geradores de janeiro de 2014, vencimento no mês seguinte, e R\$17.031,96, fatos geradores de fevereiro de 2014, vencimento no mês seguinte, foram objeto de parcelamento, hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, VI do CTN, no aguardo, agora, da sua quitação.

Assim, considero a exigência procedente, devendo o setor competente **homologar** os valores já recolhidos.

Infração 02

Embora se revista da mesma conduta apontada na infração anterior – uso indevido de créditos fiscais em operações de aquisição sujeitas à antecipação tributária, o procedimento que foi identificado na escrita do contribuinte foi diferente.

Aqui, segundo alega a auditoria, os créditos foram apropriados a título de antecipação parcial.

Não há discussões sobre o regime jurídico ao qual se encontram as mercadorias objeto da autuação: trata-se de produtos que se submetem à tributação antecipada nas entradas, conforme indicado nos itens 34, 35 e 35-A do Anexo 1 do RICMS-BA, por serem produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados (item 34), produtos

comestíveis resultantes do abate de aves (item 35) e Enchidos (embutidos), tipo chouriço, salame, salsicha, mortadela, presunto, tender, linguiça e produtos semelhantes, de carne, miudezas ou sangue (item 35-A).

No que se refere às NFs 74054, 108895 e 2729, a sustentação do contribuinte é no sentido de que, apesar de a hipótese ser de antecipação total, parte do imposto foi recolhida como antecipação parcial, remanescendo uma diferença de R\$5.129,01, a qual providenciou o pagamento, depois do recebimento do auto de infração.

Todavia, não é este o ponto fulcral enfrentado neste processo. O que se questiona é o direito ao crédito fiscal, em face de operações submetidas à antecipação total, na medida em que as saídas subsequentes não estão mais – em regra – atreladas a débitos fiscais. Daí não ser possível a compensação pela não cumulatividade. Daí a glosa dos créditos fiscais.

Mesmo raciocínio se aplica às NFs 896540, 896541 e 299060. A defesa também reporta o cálculo e pagamento do ICMS, só que no código errado de receita, embora a exigência refira-se à anulação dos créditos fiscais incidentes na entrada, não sendo permitida a sua compensação, em face do encerramento da fase de tributação.

O auditor fiscal cuidou de mostrar, na peça informativa – **não contrastada pela impugnante** – que os montantes de imposto pagos sob o pálio da antecipação parcial, ainda que codificados erradamente, em face das NFs 896540, 896541 e 299060, foram apropriados como créditos fiscais nos registros de apuração do ICMS de janeiro de 2015.

Procedimento igual ocorreu nos meses de outubro de 2015, para a NF 74054, e agosto de 2016, para as NFs 108895 e 2729.

Isto posto, é de se considerar a infração **PROCEDENTE**, devendo o setor competente homologar os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207103.0015/18-9, lavrado contra **RJ INDÚSTRIA, COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$103.618,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” d Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o setor competente homologar os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR