

A. I. N° - 1297120003/17-2
AUTUADO - SENDAS DISTRIBUIDORA S/A.
AUTUANTES - MARIA DAS GRAÇAS LEMOS FERREIRA e MARIA CRISTINA ALVES CORREIA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMERCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/07/2019

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0078-05/18

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO
a) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 1 parcialmente subsistente. **b)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR. Infração 2 procedente e 03 improcedente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. ALÍQUOTAS DIVERSAS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. Infração 4 procedente em parte. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. Infração 5 subsistente. 4. MERCADORIAS SUBMETIDAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO CUJAS OPERAÇÕES FORAM TRIBUTADAS NA SAÍDA. MULTA PORCENTUAL. Infração procedente em parte. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Uma vez comprovado a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração procedente. Negado o pedido de diligencia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 20/06/2017, que exige o pagamento de ICMS no valor de R\$ 228.182,56, e multa de 60%, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 (01.02.06) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de original de R\$100.345,50, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 (01.02.41) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is), no valor de original de R\$4.294,04, com multa de 60%; Conforme Anexo III

INFRAÇÃO 3 (01.02.41) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is), no valor de original de R\$19.581,22, com multa de 60%; Conforme Anexo IV.

INFRAÇÃO 4 (03.02.02) – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de original de R\$29.866,54, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 (06.01.01) – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de original de R\$4.496,85, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 6 (07.01.03) – Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por

antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$ 44.692,47.

INFRAÇÃO 07 (07.15.05) – Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$ 24.905,94.

O autuado apresenta defesa de fls. 135 a 154, de início, relata quanto à tempestividade da impugnação e passar a arguir os fatos:

Solicita a improcedência das infrações 1, 3, 4, 5 e 6, e informa que está procedendo ao pagamento dos créditos tributários correlatos às infrações 2 e 7, cujo comprovante de quitação deverá ser apresentado oportunamente.

Quanto à infração 1, a fiscalização imputou creditamento de operações que supostamente estariam submetidas ao regime de substituição tributária do imposto. Entretanto encontrou fragilidades na autuação que devem ser corrigidas, no que certamente acarretará o cancelamento das exigências, tais como:

a) Operações com produtos que não contam no Anexo I do RICMS/BA.

Aduz que por medida de política fiscal, há previsão normativa de que as operações internas com “leite longa vida” estão sujeitas a redução da carga tributária. Especificamente o art. 268 do RICMS/12 que incluiu dentre as hipóteses de redução de base de cálculo, nos seus incisos XXV e XXIX, as operações internas com “leite em pó” e “leite de gado tipo longa vida”, de forma que a carga tributária corresponda a 7% (sete por cento). Este percentual não foi respeitado pela fiscalização

b) Redução da carga tributária – leite longa vida não produzido no Estado.

Relativamente as operações com leite longa vida, não produzido no Estado da Bahia, deve ser aplicada da mesma forma a redução da carga tributária incidente sobre o referido produto, pelo que não merece prosperar a acusação fiscal, sob pena de violação ao art. 152 da CF, o CTN e o Convênio ICMS 128/94.

Conforme a CF e o CTN, pelo princípio da não discriminação, veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens de qualquer natureza, em razão da sua procedência ou destino. Tal proibição destina-se a impedir que os interesses regionais, estaduais ou locais prejudiquem o interesse nacional por meio de uma tributação diferenciada, pautada exclusivamente na procedência do bem.

No presente caso, o art. 268, XXIX do RICMS. Ao estabelecer que apenas o “leite longa vida”, produzido no Estado da Bahia goza do benefício de redução da carga tributária, de modo que corresponda a 7% da operação incorreu em manifesta violação ao princípio da não discriminação materializado no sistema tributário brasileiro pelos arts. 152 da CF e art. 11 do CTN, já invocados.

De igual modo o dispositivo em questão viola o art. 155, § 2º, III da Constituição Federal, que trata da essencialidade dos produtos, sendo que o leite tem essencial participação na cesta básica da população.

Cita a doutrina e a jurisprudência.

c) Operações com composto lácteo – aplicabilidade da redução da carga tributária.

Entendeu a fiscalização que as operações com o item “composto lácteo” não estão sujeitas a redução da carga tributária prevista no RICMS, aplicando a alíquota de 17%.

Contudo, nada mais é do que leite em pó com adição de vitaminas e nutrientes, conforme

detalha o fabricante em seu site, não sendo razoável a descaracterização do benefício de redução de carga tributária, única e exclusivamente pelo composto lácteo ter em sua fórmula vitaminas e minerais, além do leite em pó beneficiado, sob pena de se violar de igual forma a isonomia e a essencialidade do produto de consumo popular.

d) Produtos diversos – aplicabilidade da redução de carga tributária não observada pela fiscalização.

Foi aplicada a alíquota de 17% e de 12%, nas operações com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos, sem observar o tratamento tributário previsto na legislação interna.

De igual modo foi indicado itens cuja saída interna é isenta do imposto, tais como arroz, file de peixe, leite.

Também itens que estão enquadrados nas hipóteses de substituição tributária, pelo que o ICMS já foi recolhido, de forma antecipada, e não há que se falar em débito do imposto na saída dos produtos, tais como açúcar, cabo, carne bovina e suína, carne de aves, chocolate e massa.

Na infração 3, creditamento supostamente a maior, o agente fiscal relacionou diversos itens, cujo o crédito tomado reflete exatamente o devido na operação praticada.

Isso porque, em algumas operações que a impugnante apropriou crédito de 7%, a fiscalização aceitou apenas 4%, glosando a diferença. Entretanto, conforme comprovam as notas fiscais que deram suporte à operação (doc. 03), o crédito tomado corresponde, exatamente, ao ICMS destacado no documento fiscal. Ademais, não há nos autos a indicação do motivo de a alíquota aplicada ter sido de 4%, o que deveria implicar em nulidade da autuação, por ser requisito essencial do ato administrativo. Presume-se que a fiscalização entendeu que se tratam de mercadorias oriundas de importação, premissa essa totalmente equivocada. Como comprovam as notas fiscais, não há operação de importação com os produtos indicados no demonstrativo.

Na infração 4, alguns itens foram indevidamente incluídos no demonstrativo, posto que em relação a eles, o tributo devido na operação já foi devidamente pago, antecipadamente. Estão inseridos no regime de substituição tributária pelo Convênio ICMS 92/15, vigente à época dos fatos geradores, e do qual o Estado da Bahia é signatário.

Desta forma as mercadorias aguardente, cachaça, caninha e biscoito recheado, milho pipoca, discriminadas às fls. 150, não poderiam estar incluídas no Auto de Infração.

No tocante aos demais produtos, relacionados no demonstrativo, a autuação ocorreu porque a impugnante considerou as operações submetidas ao regime de substituição tributária. Ocorre que a adoção dessa premissa levou à não utilização do crédito, que seria devido se adotasse o regime normal do imposto. Assim, a conduta imputada como infratora não gerou qualquer prejuízo ao erário, razão porque a infração deve ser totalmente cancelada.

Na infração 5, aduz que a fórmula, utilizada pela fiscalização, para o cálculo do DIFAL está equivocada. Isto porque a instituída pelo Convênio ICMS 93/2015 é aplicável para operações com destino a consumidor final.

Ocorre que as operações da autuação não foram para consumidor final, e sim para contribuintes do imposto, razão pela qual a impugnante aplicou a fórmula prevista na Lei Complementar nº 87/96.

Pede a improcedência da infração.

Na infração 6 aduz que não há que se falar em ausência de recolhimento do ICMS-ST, em várias operações computadas pela fiscalização no seu demonstrativo. Anexa, por amostragem, documentos fiscais para comprovar sua assertiva e pede a realização de diligência por fiscal estranho ao feito. Pede a improcedência da autuação.

Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

As autuantes prestam a informação fiscal, fls. 247 a 249, e ressaltam o reconhecimento das irregularidades cometidas e a comunicação do efetivo pagamento das infrações 2 e 7.

Na infração 1, aduzem que o impugnante não nominou, nem argumentou sobre nenhuma das mercadorias cujos crédito fiscal foram glosados, por participarem da classificação da Substituição Tributária.

Ainda com relação à infração 1, o impugnante no item 09 justifica “... *porque operações se sujeitam a regra geral que prevê a alíquota de 17%, tendo sido supostamente aplicada a alíquota de 7% pela impugnante.*” A bem da verdade entendem que esse argumento não diz respeito à infração 01 e sim à infração 04, que oportunamente apresentarão seus argumentos. O mesmo se repete no item 10 em diante da infração 1, que também diz respeito à outra infração, que é de débito.

Na infração 03 – O código 5 consignado na Nota Fiscal Técnica da Receita Federal, apensa nas fls. 51 e 52 deste PAF, amparada na Resolução 13 de 2012, após indicar que o numeral 5, como exceção considerou que a mercadoria, apesar de ter o conteúdo de importação, seria pois considerada nacional. Portanto, acatam os argumentos do impetrante para ter direito ao crédito do imposto.

Na infração 04, o impugnante incorre em erro, ao admitir ser a mercadoria aguardente produto da ST, quando em verdade, no levantamento apontou aquelas que participaram de suas vendas após outubro de 2016, data em que essa mercadoria deixou de participar da classificação da ST.

Entretanto, após essa data foi adotada a redução da base de cálculo com carga tributária de 12% para aquelas e tão somente, aguardentes produzidas no Estado da Bahia. As questionadas pelo impugnante não estão contempladas por essa redução. Há pois de prevalecer o quanto exigido no demonstrativo.

Na infração 5, mantêm o total da infração, pois aplicaram a formula prevista na Lei nº 7.014/96, conforme citado no demonstrativo no rodapé da tabela.

Na infração 6 consta a multa que deve ser aplicada para os casos em que o contribuinte deixa de fazer a antecipação, na entrada dos produtos sujeitos a substituição tributária. No caso presente, todas as notas fiscais relacionadas no levantamento contêm produtos sujeitos à substituição tributária, e que não vieram com o imposto retido, portanto, a antecipação era devida. A soma de todas essas notas, mês a mês, comparadas com os valores dos DAEs pagos, resultaram nas diferenças de imposto, sobre o qual foi aplicada a multa percentual conforme previsão legal.

Quanto aos documentos juntados às fls. 232, do Anexo 04, esses não comprovam os recolhimentos das diferenças apontadas no levantamento fiscal. Caberia ao impugnante apresentar os DAEs, relativos à antecipação do valor total de todas as notas fiscais listadas, o que não foi feito.

Admitem uma pequena diferença a maior no valor cobrado, que detectaram ao confrontar os totais do Demonstrativo Resumo do Débito, fl. 89, com o demonstrativo detalhado das notas fiscais, fls. 90 e 91. Procedem à correção e juntam novo demonstrativo resumo do débito, fl.250, no valor total de R\$ 42.435,12, da multa a ser aplicada.

Não se pronunciam a respeito de outras reivindicações do impetrante e reafirmam o procedimento fiscal.

A sociedade empresária, por meio de seu patrono, manifesta-se, fls. 259 a 265, e com relação à infração 1, assiste razão ao auditor ao pontuar, nas informações, que o argumento referente à alíquota do imposto se refere à infração 4. Contudo permanece equivocado, ao ratificar integralmente o seu demonstrativo. Isto porque, alguns dos itens, indicados pela fiscalização no seu demonstrativo não constam no Anexo I do RICMS, que relaciona as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme NCMs indicados nas planilhas anexas (Doc. 01).

Por essa razão o demonstrativo elaborado pela fiscalização merece ser refeito, para expurgar da autuação os NCMs que não constam no Anexo I do RICMS/BA.

Na infração 3, os autuantes reconhecem o argumento defensivo, e a infração deverá ser cancelada.

Na infração 4, os autuantes se limitaram a apreciar o produto “aguardente”, contudo, conforme tabela anexa (doc.02) e abaixo exemplificado, vários outros itens merecem ser expurgados da autuação, posto que os produtos indicados foram tributados como ST, nos termos do Convênio 92/2015.

Pede que sejam retirados os produtos indicados na planilha anexa.

Na infração 5, reitera os termos de sua impugnação, pela improcedência da infração.

A infração 06, foi mantida pelos auditores sob a alegação de que a impugnante não juntou os respectivos DAEs para comprovar os pagamentos.

Nesse momento, apresenta anexas as guias solicitadas pela fiscalização, bem como planilhas elaboradas para demonstrar os pagamentos, considerando que cada guia contempla mais de uma nota fiscal, em razão do prazo de recolhimento decendial.

Reitera todos os argumentos de defesa veiculados na impugnação.

A 5ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à inspetoria de origem, para que os autuantes manifestem-se quanto às razões de defesa, relativas às infrações 1, 4 e 6. Diante dos documentos apresentados, seja prestada nova informação fiscal, com a elaboração de demonstrativos, inclusive o de débito.

Em cumprimento ao solicitado, as autuantes na diligência fiscal informam:

Na infração 01 o contribuinte alega que os NCMs dos produtos não estão listados no Anexo I do RICMS. Na revisão encontraram alguns produtos que saíram da ST em 2015, e outros cujas descrição NCM não estão incluídos no Anexo I do RICMS. Os produtos estão listados a seguir e foram excluídos do levantamento, gerando novo demonstrativo, com um valor de débito de R\$ 67.500,51, conforme Anexo 01: *Chocoalho, Ma Mole, Amido, Coringa, Sanol Anti Pulga, Pilha, Caps D Gust, Chiken Kids, Steak, Tekitos, Escovão, Pro 30 Vit, Chikenitos, Bateria, Cast Sc Violeta, Esp. Bombil, Veja Deseng, Esp Aço, Esp Bettanin, Palha Brito.*

Com relação aos outros produtos citados nos Demonstrativos, fls. 267 a 270, o que ocorre é que muitos NCM não correspondem à descrição das mercadorias. Ou seja, nos arquivos EFD do estabelecimento fiscalizado foram indicados muitos NCMs errados. Em razão disto, consideraram para efeito de análise, a descrição das mercadorias constantes nos registros de Entradas e Inventário, as quais coincidem com as descrições dos produtos indicados no Anexo I do RICMS. Portanto foram mantidos no levantamento: Sorv. York – NCM correto 2105 e não 2106; Cob Garoto (chocolate) NCM 1704 e não 1806; B. Cob Moça Choc (chocolate) – NCM 1704 e não 1901; FGO DESF Copacol (frango) NCM 0201,0202, 0204, e não 1602.

Cost. Seara (costela) idem; e Kit Churrasco (carnes diversas) idem.

Demais produtos citados foram mantidos pois o NCM consta do Anexo I. São os seguintes: Doçura Movel Lonely – NCM 1704.9; Mini Torrone – NCM 1704.9

Infração 4 – O autuado alega que somente foi apreciado o produto Aguardente, solicita a retirada das outras bebidas como whisky, cachaça, conhaque, rum e vodka. Ocorre que estas bebidas foram retiradas da ST a partir de 01/10/16, quando foi revogado o Item 2, do Anexo 1 do RICMS, Decreto nº 16. 987, de 24/08/2016.

Portanto excluíram do levantamento apenas as notas fiscais anteriores a 01/10/16, ficando o mês de agosto no valor de R\$ 7,07, e o mês de setembro no valor de R\$ 12.811,90 com o total do débito no valor de R\$ 26.247,31, de acordo com novos demonstrativo no Anexo 2.

Infração 6 – Os DAEs e comprovantes de pagamentos apresentados às fls. 272 a 285, referem-se a pagamentos de antecipação parcial, cod. Receita 2175, que dizem respeito à infração 07.

Com relação à infração 06, os DAES e comprovantes de pagamentos apresentados às fls. 286 , 299, código de receita 1145, foram todos considerados no levantamento que foi efetuado com base nos valores dos DAES processados e constantes do sistema INC da SEFAZ. Para esclarecer juntam cópia da relação destes DAEs, no Anexo 3, com grifo dos referentes à antecipação tributária total, lançados no levantamento. Assim para efeito de apuração do ICMS devido e cobrança da multa percentual, consideraram os períodos de referência e datas de pagamento constantes no sistema, conforme demonstrativo de fls. 88 a 101, com correção no Anexo à informação fiscal, fl. 250.

A sociedade empresaria manifesta-se, fls. 353 a 363, e quanto à infração 01, aduz que o argumento foi acatado pela diligencia, que reduziu o valor da autuação para R\$ 67.500,51. Isto com relação à alguns dos itens que constam no demonstrativo do Anexo I do RICMS, que relaciona as mercadorias sujeitas ao regime de S/T.

Entretanto, apresentou o impugnante outros argumentos, relacionados ao valor remanescente que devem ser acolhidos por ocasião do julgamento do Auto de Infração.

São eles: a) Leite longa vida não produzido no Estado. b) Operações com composto lácteo – aplicação da redução de carga tributária. c) produtos diversos - aplicabilidade da redução de carga tributária não observado pela fiscalização.

Na infração 4 – Foi acatado o argumento em relação às bebidas, contudo, quanto aos demais produtos, relacionados no demonstrativo, a autuação ocorreu porque a impugnante considerou as operações submetidas ao regime de substituição tributária. Ocorre que a adoção desta premissa levou a impugnante a não utilizar o crédito que seria devido se adotasse o regime normal do imposto.

Na infração 5, a fiscalização não contestou o argumento apresentado pelo contribuinte, alegando que aplicou a Lei nº 7.014/96. Desta forma reitera os termos da sua impugnação pela improcedência da infração.

Quanto à infração 06, reitera seus argumentos de defesa, e pede a improcedência da infração. Os documentos apresentados por amostragem, servem para demonstrar que o lançamento está equivocado, porém não são as únicas operações incluídas por equívoco pela fiscalização. Importante seja efetuada diligencia por fiscal estranho ao feito, para que o demonstrativo seja refeito.

O PAF retornou à inspetoria de origem e as autuantes manifestaram-se, fls. 371 a 372, com o seguinte teor:

Infração 1 – Com relação a esta infração o autuado cita, de forma equivocada, argumentos com referência a redução da carga tributária de leite longa vida e composto lácteo, matérias totalmente distintas, que não fazem parte, nem foram motivo de cobrança nesta infração.

Mais adiante continua de forma confusa, quando no item 19, diz que foi aplicada alíquotas de 17% e 12%, nas operações com processamento de dados e seus periféricos, dando como exemplo uma planilha na qual aparecem os produtos café, jarked Beef, e suco. Evidencia-se que apresenta dados e argumentos improcedentes.

Infração 4 – No caso desta infração, a empresa reconhece que deu saída com alíquota zero, em produtos tributados, porem não utilizou o crédito, entendendo que não houve prejuízo para o erário.

Não concordam com esta alegação , pois se assim fosse, estariam homologando uma situação, não prevista na legislação. Ou seja, seria prerrogativa do contribuinte escolher a forma de tributação dos seus produtos à revelia do que prevê a legislação tributária do Estado.

Infração 5 – Reconhecem que não há diferença a cobrar, pois as aquisições do imobilizado e material de uso e consumo feitas pela empresa, não se enquadram na hipótese prevista no Convenio ICMS 93/15.

Infração 06 – O autuado reitera os argumentos da peça de defesa, já contestados na informação e na primeira diligência fiscal, mas não traz nenhum fato ou elemento novo.

Submetem o PAF à apreciação e julgamento por essa 5ª JJF.

VOTO

Inicialmente, destaco que o Auto de Infração foi lavrado com obediência ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Não há violação ao devido processo legal, sendo que os impostos, as multas e suas bases de cálculo foram apuradas consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, suficientes para a formação de minha convicção e apreciação da presente lide. Destaco que o autuado demonstrou total entendimento das acusações, apresentou as razões de defesa em todas as infrações que lhe são atribuídas, com pleno exercício do contraditório.

INFRAÇÃO 1 (01.02.06) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de original de R\$100.345,50, com multa de 60%;Meses de julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2016.

O demonstrativo encontra-se às fls. 22 a 29 do PAF, sendo que, ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I da Lei nº 7.014/96. Nesse caso, consoante o Art. 29, § 4º da Lei nº 7.014/96, é vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviço a ele feita, para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.

Da mesma forma, o Art. 290 do RICMS/2012 dispõe: *“Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.”*

O defensor alega que há equívocos na autuação, pois foram incluídos produtos que não constam no Anexo I do RICMS/BA, tais como leite longa vida, leite em pó, operações com composto lácteo, que possuem redução de base de cálculo. Também cita produtos diversos – aplicabilidade da redução de carga tributária não observada pela fiscalização. Aduz que foi aplicada a alíquota de 17% e de 12%, nas operações com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos, sem observar o tratamento tributário previsto na legislação interno. De igual modo, reclama que foram indicados itens, cuja saída interna é isenta do imposto, tais como arroz, file de peixe, leite. Também cita outros itens que estão enquadrados nas hipóteses de substituição tributária, pelo que o ICMS já foi recolhido, de forma antecipada, e não há que se falar em débito do imposto na saída dos produtos, tais como açúcar, cabo, carne bovina e suína, carne de aves, chocolate e massa.

Em verdade, ao prestarem a informação fiscal, as autuantes destacam que, a fundamentação trazida pela defesa não diz respeito à infração 1, mas à infração 4 e a mantêm na íntegra, na primeira informação fiscal.

Não obstante esse fato, em manifestação de fls. 261, em razão do princípio da legalidade e do primado da busca pela verdade material, o defensor aduz que o demonstrativo, elaborado pela fiscalização, merece ser refeito para expurgar da autuação os NCMs que não constam no Anexo 1 do RICMS/BA, da infração 1.

As autuantes reconhecem em parte os argumentos da defesa, e retificam o demonstrativo da infração, que resultou no ICMS exigido no valor de R\$ 67.500,51, conforme Anexo 01, pelas

seguintes razões:

Na revisão, encontraram alguns produtos que saíram da ST em 2015, e outros cujas descrição NCM não estão incluídos no Anexo I do RICMS, e foram excluídos do levantamento, gerando novo demonstrativo, de fls.320 a 325 do PAF: *Chocoalho, Ma Mole, Amido, Coringa, Sanol Anti Pulga, Pilha, Caps D Gust, Chiken Kids, Steak, Tekitos, Escovão, Pro 30 Vit, Chikenitos, Bateria, Cast Sc Violeta. Esp. Bombil, Veja Deseng, Esp Aço, Esp Bettanin, Palha Brito.*

Com relação aos outros produtos citados nos Demonstrativos, fls. 267 a 270, o que ocorre é que muitos NCM não correspondem à descrição das mercadorias. Ou seja, nos arquivos EFD do estabelecimento fiscalizado foram indicados muitos NCMs errados. Por essa razão, consideraram para efeito de análise, a descrição das mercadorias, constantes nos registros de Entradas e Inventário, as quais coincidem com as descrições dos produtos indicados no Anexo I do RICMS. Portanto foram mantidos no levantamento: Sorv. York – NCM correto 2105 e não 2106; Cob Garoto (chocolate) NCM 1704 e não 1806; B. Cob Moça Choc (chocolate) – NCM 1704 e não 1901; FGO DESF Copacol (frango) NCM 0201,0202, 0204, e não 1602.

Cost. Seara (costela) idem; e Kit Churrasco (carnes diversas) idem.

Demais produtos citados foram matidos, pois o NCM consta do Anexo I. São os seguintes: Doçura Movel Lonely – NCM 1704.9; Mini Torrone – NCM 1704.9.

A sociedade empresária argumenta, não obstante a redução do valor do ICMS exigido, que outros argumentos trazidos não foram analisados pelas autuantes. Contudo, na 2ª diligencia fiscal, elas rebatem os argumentos:

“Com relação a esta infração, o autuado cita, de forma equivocada, argumentos com referência a redução da carga tributária de leite longa vida e composto lácteo, matérias totalmente distintas, que não fazem parte, nem foram motivo de cobrança nesta infração.

Mais adiante, continua de forma confusa, quando no item 19, diz que foi aplicada alíquota de 17% e 12%, nas operações com processamento de dados e seus periféricos, dando como exemplo uma planilha na qual aparecem os produtos café, jarked Beef, e suco. Evidencia-se na análise da autuação, apresentação de dados e argumentos improcedentes”.

Acompanho o resultado promovido pelos autuantes, após as correções, pois, de acordo com o demonstrativo de fls. 320 a 325, verifico que, efetivamente, esses produtos não fazem parte da autuação.

Infração procedente em parte, no valor de R\$67.500,51, sendo que o demonstrativo de débito assume a seguinte feição:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de cálculo	alíquota	ICMS
31/07/2016	09/08/2016	9.176,47	17%	1.560,49
31/08/2016	09/09/2016	114.388,23	17%	19.446,00
30/09/2016	09/10/2016	74.223,29	17%	12.617,96
31/10/2016	09/11/2016	57.025,47	17%	9.694,33
30/11/2016	09/12/2016	83.405,52	17%	14.178,94
31/12/2016	09/01/2017	58.839,94	17%	10.002,79
Total				67.500,51

Infração procedente em parte, no valor de R\$ 67.500,51.

INFRAÇÃO 2 (01.02.41) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is), no valor de original de R\$4.294,04, com multa de 60%; Conforme Anexo III.

Infração reconhecida pelo sujeito passivo. Procedente.

INFRAÇÃO 3 (01.02.41) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is), no valor de original de R\$19.581,22, com multa de 60%; Conforme Anexo IV.

As autuantes, na informação fiscal de fl. 248 reconhecem os argumentos da defendant, posto que a mercadoria apesar de ter o conteúdo de importação seria considerada nacional. Infração improcedente.

INFRAÇÃO 4 (03.02.02) – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de original de R\$29.866,54, com multa de 60%; conforme Anexo V, de fls. 53 a 57 do PAF. Os fatos geradores correspondem aos meses de agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2016.

A defendant argui que alguns itens foram indevidamente incluídos no demonstrativo, posto que em relação a eles, o tributo devido na operação já foi devidamente pago antecipadamente. Estão inseridos no regime de substituição tributária pelo Convênio ICMS 92/15, vigente à época dos fatos geradores, e do qual o Estado da Bahia é signatário.

Desta forma, as mercadorias aguardente, cachaça, caninha e biscoito recheado, milho pipoca, discriminadas as fls. 150, não poderiam estar incluídas no Auto de Infração.

Inicialmente, as autuantes excluem o produto aguardente, para depois, na informação fiscal de fl. 317, excluírem as notas fiscais anteriores a 01/10/2016, relativas às mercadorias whisky, cachaça, conhaque, rum e vodka, por estarem retiradas da substituição tributária, com a revogação do item 2 do Anexo 1 do RICMS, pelo Decreto nº 16.987, de 24/08/16, DOE de 26/08/16.

Desse modo, o mês de agosto de 2016 remanesceu no valor de R\$ 7,07, e o mês de setembro no valor de R\$ 12.811,90, com o total de débito no valor de R\$ 26.247,31, de acordo com o Demonstrativo de fl. 327.

Quanto aos demais produtos, a empresa autuada sustenta, até o final da lide que, apesar de ter dado saída com alíquota zero em produtos tributados, não utilizou o crédito, e dessa forma não teria havido prejuízo ao erário, pelo que pede o acatamento desta argumentação.

Não concordo com tal argumento, vez que as saídas devem ser tributadas e há a possibilidade de o crédito fiscal ser utilizado após o pagamento deste Auto de Infração.

Desse modo, a infração perfaz o valor de R\$ 26.247,31, conforme demonstrativo de fl. 327. Infração procedente em parte, conforme o seguinte demonstrativo de débito:

MÊS/ANO	VLR. LANÇADO	VLR. REMANESCENTE
AGO/2016	3.404,21	7,07
SET/2016	13.033,99	12.811,90
OUT/2016	6.290,63	6.290,63
NOV/2016	2.962,90	2.962,90
DEZ/2016	4.174,81	4.174,81
Total	29.866,54	26.247,31

INFRAÇÃO 5 (06.01.01) – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de original de R\$4.496,85, com multa de 60%;

O contribuinte reclama que a diferença de calculo do DIFAL encontrada pela fiscalização decorre da aplicação da sistemática de cálculo instituída pelo Convênio ICMS 93/2015, aplicável para operações com destino a consumidor final, que não é o caso. O dispositivo legal que trata do tema na Lei nº 7.014/96, explana que:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

As autuantes, ao final, reconhecem que a manifestação do contribuinte quanto a forma de cálculo do DIFAL por ele aplicada, realmente procede pois as aquisições de imobilizado e material de uso e consumo feitas pela empresa, contribuinte do ICMS, não se enquadram na hipótese prevista no Convênio ICMS 93/15. Desse modo, não há diferença do DIFAL a ser exigida. Infração improcedente.

Infração 06 (07.01.03) – Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$ 44.692,47, conforme Anexo VI, fls. 89, 90 a 101 do PAF.

O sujeito passivo argumenta que a autuação está eivada de erros, mormente quando a fiscalização contemplou uma série de Notas Fiscais, de operações em que a Substituição Tributária foi corretamente observada pela impugnante. Apresenta documentos, por amostragem, e frisa que não são as únicas operações incluídas por equívoco. Pede a realização de diligência.

As autuantes reforçam que a multa, prevista nesta infração, deve ser aplicada para os casos em que, o contribuinte deixa de fazer a antecipação na entrada, dos produtos sujeitos à substituição tributária. Ressaltam que todas as notas fiscais, relacionadas no levantamento, contêm produtos sujeitos à substituição tributária, e não vieram com o imposto retido, logo a antecipação era devida. Ademais, os documentos juntados, às fls. 232 do Anexo 04 da defesa, não comprovam os recolhimentos dessas diferenças apontadas no levantamento fiscal. Caberia ao impugnante apresentar os DAEs relativos à antecipação, do valor total de todas as notas fiscais listadas, o que não fez.

Admite, contudo, uma pequena diferença a maior no valor cobrado, o qual foi detectado quando confrontaram os totais do Demonstrativo Resumo do Débito, às fls. 89, com o Demonstrativo detalhado das Notas Fiscais, fls. 90 a 101. Procedem à correção e juntam novo demonstrativo, no valor total de R\$ 42.435,12 da multa a ser aplicada, conforme planilha de fl. 250 e transcrita abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO
Ago/2016	12.504,64	12.176,87
Set/2016	12.566,58	11.840,21
Dez/2016	19.621,25	18.418,04
Total	44.692,47	42.435,12

Ao se pronunciar sobre a informação fiscal, o sujeito passivo apresenta as guias, bem como planilhas para demonstrar os pagamentos, considerando que cada guia contempla mais de uma nota fiscal, em razão do prazo de recolhimento decendial.

Constatou que efetivamente, foram juntados documentos de fls. 267 a 307, mas as autuantes ao prestarem a informação fiscal, de fls. 316 a 318, mantêm a autuação. Justificam que os DAEs e comprovantes de pagamentos, apresentados às fls. 272 a 285, referem-se à pagamentos de Antecipação Parcial, cod. Receita 2175, que dizem respeito à infração 07.

Quanto a esta infração, reafirmam que os DAEs de Antecipação Total e comprovantes de pagamentos apresentados, fls. 286 a 299, código de receita 1145, foram todos considerados no levantamento que foi efetuado com base nos valores dos DAEs processados e constantes do sistema INC da SEFAZ. A título de esclarecimento juntam cópia da relação destes DAEs no anexo 3, fls 345 a 347, com grifo dos referentes à Antecipação Tributária Total, lançados no levantamento.

Assim, para efeito de apuração do ICMS devido e cobrança da multa percentual, consideraram os períodos de referência e datas dos pagamentos, constantes no sistemas, conforme valores totais que estão no Demonstrativo, fls. 88 a, 101, com correção de fl. 250.

O sujeito passivo, inconformado com as conclusões manifestadas pelas autuantes, requer

diligência por fiscal estranho ao feito, a qual nego, pois os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu juízo de valor e apreciação da infração, haja vista que não foram trazidos dados ou fatos novos que a justifiquem. Ademais, o exercício do contraditório foi obedecido, e as autuantes analisaram os documentos e demonstrativos elaborados pela defendant.

Acompanho o pronunciamento manifestado pelas autuantes, e a multa referente à infração, após as correções promovidas, assumiu o valor de R\$ 42.435,12, conforme planilha de fl. 250.

Infração procedente em parte.

Infração 7 – (07.15.05) – Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$ 24.905,94.

Foi reconhecida pelo sujeito passivo. Infração procedente.

Infração 01 – Procedente em Parte – R\$67.500,51

Infração 02 – Procedente – R\$4.294,04

Infração 03 - Improcedente

Infração 04 – Procedente em Parte – R\$26.247,31

Infração 05 – Improcedente

Infração 06 – Multa Procedente em Parte – R\$42.435,12

Infração 07 – Multa Procedente – R\$24.905,94.

Voto pela PROCEDENCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 1297120003/17-2, lavrado contra **SENDAS DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$98.041,86**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas percentuais no valor de **R\$67.341,06**, previstas no inciso II, “d” e §1º do mesmo artigo e diploma legal citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das sessões do CONSEF, 28 de maio de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR