

A. I. Nº - 269283.0035/17-7
AUTUADO - DISPROPAN – DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE PANIFICAÇÃO E IMPORTAÇÃO EIRELI - ME
AUTUANTE - DÍLSON MILTON DA SILVEIRA FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/11/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0169-04/19

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO CONSIDERANDO A DATA DE OCORRÊNCIA O DÉCIMO DIA APÓS A QUINZENA ONDE HOUE A ENTRADA DA MERCADORIA, EM CUMPRIMENTO A DETERMINAÇÃO JUDICIAL. Comprovada a ocorrência das importações mediante Declarações de Importação juntadas aos autos onde constam que o desembarque ocorreu no porto de Salvador e o destinatário/importador é o autuado. Não acolhidas as arguições de nulidade do lançamento tendo em vista que foram entregues ao autuado todos os documentos e demonstrativos que deram causa à autuação, inexistindo cerceamento ao direito de defesa e insegurança na acusação. Fixação do valor da base de cálculo corretamente demonstrada e com amparo legal. Revisados os cálculos de parte do período autuado para efeito de correção no percentual da MVA. Infração parcialmente subsistente. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS – DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE NATUREZA ACESSÓRIA. Penalidade mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração acima referenciado teve sua expedição ocorrida em 19/12/2017 com objetivo de reclamar crédito tributário na ordem de R\$259.119,71, mais multa, em decorrência das seguintes acusações:

1 – *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (farinha de trigo) do exterior, conforme Declarações de Importação anexas ao Auto de Infração. Em razão do valor das operações constantes nas Declarações de Importação serem superiores aos valores referência constantes no Ato COTEPE 37/14, foram utilizados os valores de MVA conforme determina o Art. 373 do Decreto 13.780/12 – RICMS – e seu Anexo 1. Valor lançado R\$258.979,71, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.*

Consta, ainda, a seguinte observação no campo descrição dos fatos: “A empresa possui liminar judicial concedendo-lhe prazo para pagamento do ICMS importação para o décimo dia após a quinzena onde houve a entrada da mercadoria. A autuação cumpre a decisão do Mandado de Segurança nº 0086884-68.2010.805.0001 para efeito da data da ocorrência das operações irregulares apuradas”.

2 – *Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, referente ao mês 09/17. Multa aplicada no valor de R\$140,00, prevista pelo Art. 42, inciso XVIII “a” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.*

Cientificado do lançamento, o autuado ingressou com a Impugnação de fls. 68 a 72, onde, inicialmente, argui a nulidade da ação fiscal e do Auto de Infração, por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa na medida em que não recebeu cópia das notas fiscais que deram origem à autuação.

Acrescenta que a intimação, apesar de fazer referência a documentos de importação e “CD”, não se fez acompanhar de qualquer demonstração ou documentação válida, especialmente das notas fiscais, impedindo o exercício do direito de defesa.

Cita que, ainda que documentos de importação fossem apresentados e comprovadamente fornecidos, não seriam os mesmos hábeis para a imposição da multa, pois não são os documentos fiscais sujeitos ao lançamento na escrita fiscal, acrescentando que não existe comprovação de que os recebeu, ficando desta maneira impedido de se defender.

Desta maneira, considera que ausentes os documentos que deram base ao lançamento, a jurisprudência do CONSEF tem se posicionado pela nulidade do Auto de Infração ante a ausência de expressa comprovação da validade do CD que acompanhou a intimação, destacando o Acórdão nº 0051-13/12, além dos demais acórdãos citados quais sejam: JJF 0075-02/12, JJF 0091-02/11, CJF 0407-12/12 e CJF 0040-11/11.

Por outro ângulo, assevera que o lançamento contém vício que impedirá a futura constituição de título executivo, pois não existe a comprovação prevista no Art. 273 do RICMS/BA de que o produto teria, no mínimo, 80% de farinha de trigo na sua composição final.

Arguiu, ainda, que a base de cálculo adotada não encontra amparo na Lei nº 7.014/96 que em seu Art. 17, inciso VI “a” dispõe que a base de cálculo corresponde à soma das seguintes parcelas: a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação, observado o disposto no art. 18; b) o imposto sobre a importação; c) o imposto sobre produtos industrializados; d) o imposto sobre operações de câmbio; e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração.

Ao final, sustenta que o Art. 18, parágrafo único da Lei nº 7.014/96 foi desrespeitado, pois haveria que ser aplicada a base conforme Ato COTEPE mencionado no Auto de Infração.

Requer a nulidade ou a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou através da Informação Fiscal de fls. 80 e 81, destacando as alegações de nulidade apresentadas pelo autuado e que o mesmo faz referência aos documentos de importação e ao CD com planilha e cópia dos documentos de importação, mas não as notas fiscais.

Pontua que, diferentemente do pretendido pelo autuado, na jurisprudência que transcreveu, o presente processo trata de aquisições de mercadorias do exterior comprovadas através das Declarações de Importação que atestam o desembaraço aduaneiro no porto de Salvador e que na operação subsequente caberia ao autuado emitir notas fiscais de entradas em seu estabelecimento referentes às respectivas operações de importação, o que não foi feito, restando assim flagrante diferença entre a situação destes autos com aquelas apresentadas nas decisões do CONSEF trazidas pelo autuado, as quais versam sobre notas fiscais que deveriam ter sido emitidas pelos fornecedores.

Concluiu, pontuando que não há qualquer alteração a ser feita na presente Notificação Fiscal, não estando à mesma eivada de qualquer vício ou irregularidade em sua forma que possa ensejar sua nulidade ou improcedência, mantendo a mesma em sua integralidade.

Em Sessão de Pauta Suplementar, realizada em 30/10/2018, esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu por converter o presente PAF em diligência à INFAZ de origem, nos seguintes termos:

Em sua defesa o autuado apresentou alguns questionamentos importantes que não foram enfrentados pelo autuante quando da sua Informação Fiscal:

1 – que o lançamento contém vício que impedirá futura constituição de título executivo, pois não existe a comprovação prevista no art. 273 do RICMS de que o produto teria, no mínimo, 80% de farinha de trigo na sua composição final;

2 – a base de cálculo adotada não encontra amparo na Lei nº 7.014/96, art. 17, VI, “a”;

3 – que o art. 18, § único da Lei nº 7.014/96 foi desrespeitado, pois então haveria que ser aplicada a base conforme Ato COTEPE mencionado no Auto de Infração;

4 – ausência de comprovação de validade do CD que acompanhou a intimação.

Tendo em vista as questões acima listadas decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data por converter o presente PAF em diligência à INFAZ de origem para que sejam adotadas as seguintes providências:

i) Efetuar entrega ao autuado de novo CD que lhe permita amplo acesso a todos os dados nele inseridos, especialmente as DI e os cálculos do imposto de importação, base para a autuação, observando que acaso não tenha ocorrido o acesso pelo autuado nos dados nele constante deverá o mesmo efetuar tal comprovação junto à Infaz;

ii) Reabrir prazo para defesa;

iii) Prestar nova informação fiscal enfrentando todos os argumentos trazidos pela defesa, em especial os acima listados.

Após o atendimento das solicitações supra o PAF deverá retornar ao CONSEF para conclusão da instrução e posterior julgamento.

Em atendimento ao pedido de diligência supra, o autuante se pronunciou de acordo com o contido às fls. 89 a 91, nos termos a seguir delineados.

Cita que o autuado alegou a existência de vício no lançamento que impedirá a futura constituição do título executivo, pois não existe a comprovação prevista no Art. 273 do RICMS de que o produto teria no mínimo 80% de farinha de trigo na sua composição final. A este respeito diz que o referido artigo foi revogado, com efeitos a partir de 01/01/2016 e, mesmo antes da revogação, não fazia qualquer referência ao caso em lide.

Pontuou que, caso a intenção dos autores tenha sido mencionar o Art. 273 do RICMS, não cabe à fiscalização comprovar a composição de qualquer mercadoria, a qual necessita vir descrita nos documentos ou cabe ao contribuinte efetuar esta comprovação mediante laudos ou declarações do fabricante. A este respeito, diz que normalmente as mercadorias descritas como farinha de trigo possuem mais de 80% de farinha de trigo em sua composição, enquanto que a legislação assim dispõe para excluir outros tipos de produtos, como por exemplo, as misturas de farinha de trigo com outros produtos, enaltecendo que no presente caso a descrição dos produtos como apenas como sendo farinha de trigo enriquecida com ferro e ácido fólico.

Ponderou que, segundo a Resolução nº 344, de 2002, do governo federal, é exigido que as farinhas de trigo sejam enriquecidas com 4,2mg de ferro e 140mcg de ácido fólico para cada 100 gramas de farinha, o que dá menos de 1% da combinação de ferro e ácido fólico, destacando que as mercadorias em questão já foram comercializadas e não há registro de sua composição, logo, nesta situação, caberia ao autuado comprovar que a dita mercadoria possuía menos de 80% de farinha de trigo, indo de encontro à composição normal das farinha de trigo.

Passo seguinte, cita que o autuado alegou que a base de cálculo não encontra amparo no Art. 17, VI, “a” da Lei nº 7.014/96, asseverando que foi exatamente isto que considerou no lançamento, ou seja, utilizou como base de cálculo o valor constante no documento de importação em virtude do autuado não ter emitido nota fiscal de entrada das respectivas operações de importação, o que seria de sua obrigação. Observou, ainda, que, ao montante da base de cálculo prevista no mencionado artigo legal, foi adicionado o valor correspondente a Margem de Valor Agregado – MVA, consoante determina o Art. 373, § 3º II, “a” do RICMS/BA vigente.

Por outro lado, observou que a MVA que utilizou, no percentual de 76,48%, era a prevista no Anexo I do RICMS/BA para importações de farinha de trigo até 09/03/2016, entretanto, a partir de 10/03/16 até 31/01/17, a MVA para essas importações é de 66,67%, razão pela qual processou alteração no débito reclamado, o qual passou para o valor de R\$245.329,86, consoante está demonstrado à fl. 91.

No que diz respeito à alegação defensiva de que o Art. 18, parágrafo único da Lei nº 7.014/96 teria sido desrespeitado, vez que deveria ter sido aplicada base de cálculo conforme Ato COTEPE nº 37/14, diz que consultado mencionado ato consta em seu Art. 2º, § 1º:

“Para se obter o valor do imposto a recolher, deve-se excluir do valor da operação o ICMS destacado e o ICMS do frete (FOB), aplicar o percentual de 30% e comparar com o valor de referência da tabela2, prevalecendo, como devido, o de maior valor” (grifou).

Mencionou que, por último, foi alegada ausência de CD quando da intimação. A este respeito cita que desconhece CD que tenha acompanhado a intimação, enquanto que o CD de fl. 57, foi produzido quando da lavratura do Auto de Infração, enquanto que nesta diligência refez os demonstrativos de débito pelos motivos já expostos, razão pela qual se fez necessário a produção de novo CD o qual será encaminhado ao autuado, acompanhado com esta Informação Fiscal e as declarações de importação.

Concluiu, pugnando pela procedência da autuação com as alterações que produziu.

Consta à fl. 96, intimação encaminhada ao autuado, via SEDEX, cujo AR foi entregue ao autuado em 06/05/2019, contendo cópia da diligência realizada pelo autuante, informação fiscal de fl. 89 a 91, recibo de arquivos eletrônicos e envelope contendo CD mídia digital, fl. 93, entretanto não houve manifestação pelo autuado.

VOTO

A acusação fiscal em lide, constante da infração 01, se relaciona a importações de farinha de trigo do exterior (Argentina), efetuadas pelo autuado e constantes das Declarações de Importação nºs 16/0550911-8, 16/0787628-2, 16/1234477-3, 16/1238614-0, 16/1775484-8, 17/0097633-0, 17/0200119-0 e 17/0734510-6, fls. 13 a 56, nas quais constam que o desembarque dos produtos ocorreu no Porto de Salvador tendo o autuado como o importador.

Consta, dos autos, a informação de que o autuado não emitiu as notas fiscais de entradas referentes a essas aquisições e que o ICMS devido pelas operações de importação, que no presente caso totaliza o montante de R\$258.979,71, e que o mesmo possui medida liminar constante do Mandado de Segurança nº 0086884-68.2010.805.0001, concedendo-lhe prazo para pagamento do ICMS devido pela importação, por se tratar de produto sujeito a substituição tributária por antecipação, o qual seria o décimo dia após a quinzena, que houve a entrada da mercadoria importada.

Em sua defesa, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando insegurança na determinação da infração e cerceamento ao seu direito de defesa, na medida em que não recebeu cópia das notas fiscais que deram origem à cobrança, apesar de citar que os documentos de importação não lhe foram apresentados, a respeito dos mesmos se defendeu. Para efeito de consubstanciar seus argumentos transcreveu diversas ementas de julgados deste CONSEF, as quais, ao seu entender, respaldam seus argumentos de nulidade.

Não vejo como ser acolhido o pedido de nulidade do Auto de Infração apresentado pelo autuado. Isto porque, não há qualquer insegurança na determinação da infração, a qual está posta de forma clara e devidamente documentada, com a demonstração analítica de todas as importações que foram efetuadas, suas datas, origem, quantidade, base de cálculo, o percentual da margem de valor agregada, enfim estão presentes todos os elementos que deram causa à autuação.

E, comprovadamente, estes documentos foram todos encaminhados ao autuado de acordo com a discriminação constante da intimação de fl. 65, a qual lhes foram entregues conforme Aviso de Recebimento – AR dos Correios constante à fl. 66, inclusive com envelope contendo CD (Mídia Digital).

Considerando que o autuado alegou que não recebeu o citado CD, os demonstrativos dos cálculos e as DI, foi solicitado através de diligência fiscal, que fosse encaminhado ao mesmo novo CD e os demais documentos mencionados, com reabertura do prazo de 60 (sessenta) dias para defesa,

documentos estes que apesar de terem sido entregues ao autuado conforme se comprova através dos documentos de fls. 96 e 97, este não voltou a se pronunciar.

Quanto ao argumento de que não lhe foram entregues cópias das notas fiscais que deram origem à autuação, trata-se de um argumento totalmente descabido, pois não existem tais notas fiscais a serem entregues ao mesmo na medida em que seria o autuado que teria que as emitir para registrar o ingresso das mercadorias em seu estabelecimento, o que não foi feito. Logo, não há qualquer nota fiscal a ser apresentada pelo Fisco.

Portanto, ficam afastados os argumentos defensivos relacionados a cerceamento de defesa e de insegurança na determinação da infração a qual está posta de forma clara e consistente, respaldada com documentos idôneos e ao meu ver irrefutáveis, ao tempo em que, apesar de não serem as declarações de importação documentos fiscais sujeitos a lançamento na escrita fiscal, no caso presente elas são documentos hábeis à exigência do imposto vez que o autuado não emitiu as notas fiscais de entradas que caberia fazê-lo para efeito de registro em sua escrita fiscal.

No tocante às decisões do CONSEF, mencionadas pelo autuado em sua defesa, vejo que em nada lhe socorrem, pois não refletem a mesma questão aqui enfrentada, apesar de se referirem a nulidades de lançamento, porém envolvem situações distintas.

Quanto ao argumento de que o autuante lavrou dois lançamentos distintos sobre fatos que demonstram ser idênticos, não é o que se verifica nos autos, já que a primeira infração se refere a falta de pagamento do imposto decorrente de importações de mercadorias enquanto que a segunda acusação se refere a declaração incorreta de dados na DMA, sobre a qual foi aplicada penalidade por descumprimento de obrigação acessória, situação esta que difere da situação mencionada no Acórdão nº 0040-11/11 citado pelo autuado.

No tocante ao alegado vício no lançamento que impedirá futura constituição de título executivo pois não existe a comprovação prevista no Art. 273 do RICMS/BA de que o produto teria, no mínimo, 80% de farinha de trigo na sua composição final, vejo que, o Art. 273 citado pelo autuado em nada se relaciona com a presente autuação já que se refere a antecipação parcial do imposto decorrente de aquisições em estabelecimentos industriais, artigo este, aliás já revogado desde 01/01/16.

Entretanto, a questão aventada pelo autuado de comprovação de que o produto teria no mínimo 80% de comprovação de farinha de trigo em sua composição final está atrelada ao Art. 373 do RICMS/BA que atribui ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo que possua, no mínimo, 80% de farinha de trigo em sua composição final, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Prot. ICMS 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS.

Neste sentido, dúvidas não existem de que cabe ao adquirente efetuar a comprovação de que trata o mencionado Art. 373, seja através dos documentos fiscais de origem, do próprio fornecedor ou de laudo técnico específico, conforme mencionado pelo autuante, sendo que, no presente caso, apesar do autuado mencionar este fato, não trouxe aos autos esta comprovação, isto é, que os produtos importados possuíam em sua composição menos de 80% de farinha de trigo.

Afasto, pois, este alegado vício no lançamento, o qual não se confirma.

No que diz respeito à alegação de que a base de cálculo adotada pelo autuante não encontra amparo nos Arts. 17 e 18 da Lei nº 7.014/96, também não se sustenta na medida em que de acordo com os cálculos apresentados pelo autuante, fls. 09 a 11, tem-se que foi obedecido exatamente ao previstos pelos mencionados dispositivos legais.

Tomemos como exemplo o cálculo referente à DI nº 16/0550911-8, fl. 09, onde o valor do item da mercadoria importada é de R\$59.377,55, o mesmo constante na mencionada DI, fl. 17, Art. 17, VI, “a”, ao qual foi adicionada a MVA prevista pelo Art. 373, § 3º, II “a” do RICMS/BA vigente,

portanto, a base de cálculo utilizada está corretamente amparada na Lei nº 7.014/96, não se podendo perder de vista, que outros valores que poderiam ser agregados, isto é, aqueles previstos pelo Art. 18 da referida Lei, não foram incluídos, pelo fato do autuado não ter emitido as notas fiscais de entradas relativas a essas importações.

Por último, no tocante ao argumento defensivo de que o Art. 18, § único da Lei nº 7.014/96 teria sido desrespeitado, vez que deveria ter sido aplicada base de cálculo conforme Ato Cotepe nº 37/14, também não vejo como se sustentar este argumento na medida em que, conforme muito bem frisou o autuante, o Art. 2º, § 1º do referido Ato, assim se expressa:

*“Para se obter o valor do imposto a recolher, deve-se excluir do valor da operação o ICMS destacado e o ICMS do frete (FOB), aplicar o percentual de 30% e comparar com o valor de referência da tabela 2, **prevalecendo, como devido, o de maior valor**”* (grifos não originais).

Desta maneira, tendo em vista que a autuação considerou, para efeito de fixação da base de cálculo, o valor constante das Declarações de Importação, os quais são superiores àqueles que seriam obtidos com base no Art. 2º, § 1º do Ato COTEPE nº 37/14, prevalece o maior valor, conforme feito corretamente pelo autuante.

Por outro lado, acolho a revisão nos cálculos levada a efeito pelo autuante ao revisar o percentual da MVA referente ao período de 10/05/2016 a 31/01/2017 que consta no Auto de Infração como sendo 76,48% prevista no Anexo I do RICMS/BA como vigente até 09/03/16, alterado para o percentual de 66,67% para o citado período o qual passou a vigorar. Com esse procedimento resultou em redução da infração 01 do valor original de R\$258.979,71 para R\$244.735,34, consoante demonstrativo de fl. 91, o qual acolho, observando que o autuado foi cientificado de tal redução, porém, não se manifestou.

Isto posto, voto pela procedência parcial da infração 01 no valor de R\$245.329,86, após correção na totalização do demonstrativo de fl. 91.

No que se relaciona à infração 02, que trata de aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$140,00, por declaração incorreta de dados na DMA, a alegação defensiva foi no sentido de que esta penalidade está relacionada diretamente à primeira infração, mencionando como paradigma o Acórdão nº 0040-11/11. Não posso acolher tal argumento vez que a primeira se trata de falta de pagamento do imposto devido nas operações de importação, enquanto penalidade está relacionada à declaração incorreta de dados na DMA ante a falta de emissão de notas fiscais e, conseqüentemente sua falta de informação na DMA. Mantenho a penalidade aplicada.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, restando à infração 01 procedente em parte no valor de R\$244.735,34 enquanto que a infração 02 fica mantida no valor de R\$140,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269283.0035/17-7** lavrado contra **DISPROPAN - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE PANIFICAÇÃO E IMPORTAÇÃO EIRELI - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$244.735,34**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, com previsão no inciso XVIII, alínea “c” da mesma lei e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA