

A. I. N° - 018184.0003/19-9
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES
ORIGEM - INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/12/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0259-03/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **c)** ALÍQUOTA SUPERIOR A PERMITIDA PELA LEGISLAÇÃO. **d)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. **e)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPETENTE. Fatos demonstrados nos autos. Infrações caracterizadas. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte não traz ao processo elementos que elidam as infrações. Infrações subsistentes. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **b1)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b2)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações devidamente caracterizadas nos autos. Negado pedido de redução ou cancelamento das multas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/03/2019, exige crédito tributário no valor de R\$143.038,69, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 01.02.05 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento do imposto por antecipação tributária, conforme levantamento fiscal, realizado com base na EFD e notas fiscais, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, no valor de R\$61.256,10;

Infração 02. 01.02.26 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias, com saídas beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, no valor de R\$9.655,24;

Infração 03. 01.02.28 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, com repercussão na obrigação principal, devido a utilização de alíquota superior à permitida pela legislação. CFOP x UF, nos meses de janeiro de 2015, outubro a dezembro de 2017, no valor de R\$7.681,10;

Infração 04. 01.02.28 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, com repercussão na obrigação principal, devido a erro no cálculo do imposto – alíquota x base de cálculo, nos meses de janeiro a agosto e dezembro de 2015, janeiro, março, maio a julho, setembro a dezembro de 2016, janeiro, fevereiro, abril e novembro de 2017, no valor de R\$236,30;

Infração 05. 01.02.40 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado no competente documento fiscal, nos meses de abril, junho e julho de 2015, março, maio, julho e outubro de 2016, fevereiro e março de 2017, no valor de R\$1.092,13;

Infração 06. 01.02.42 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, atinente a créditos fiscais de ICMS lançados em “Outros Créditos” na coluna “Ajuste” do livro RAICMS, sem a devida comprovação, ainda que intimado, nos meses de janeiro de 2015 a outubro e dezembro de 2017, no valor de R\$52.581,04;

Infração 07. 03.02.05 - recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a agosto de 2015, maio, julho a setembro de 2016, no valor de R\$5.020,04;

Infração 08. 07.01.01 – deixou de recolher o ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro, março, abril, julho a dezembro de 2015, fevereiro a abril, junho, agosto, setembro a dezembro de 2016, fevereiro, março, maio, julho e agosto de 2017, no valor de R\$4.722,19;

Infração 09. 07.15.01 – deixou de recolher o ICMS por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização, nos meses de setembro de 2015, março, julho a novembro de 2017, no valor de R\$746,53;

Infração 10. 07.15.02 – recolheu a menos o ICMS por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização, nos meses de junho e novembro de 2016, no valor de R\$48,02;

O autuado impugna o lançamento fls.543/566. Afirmar a necessidade da lavratura do auto de infração ser realizada no local onde está estabelecida a empresa. Não sendo possível, por razões fundamentadas e excepcionais, admite-se sejam lavrados na repartição fazendária ou no local onde se apurar a infração. Aduz que a obediência a regra geral, deve-se a preocupação do legislador de não autorizar o agente da fiscalização, a adiar a aplicação da penalidade, ao prescrever que se lavre o auto no local da inspeção, sob pena de o auditor fiscal ser responsabilizado. Não tendo sido observado esse requisito, o auto de infração é nulo.

Assevera que a autuação precisa de clareza e precisão como exige o Processo Administrativo Fiscal. Diz que, além da lavratura fora do seu ambiente comercial, não conter elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório, a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado, redundaram em erro do Fiscal. Tal fato eiva de nulidade o auto de infração, pois desobedece ao art. 142 do CTN.

Afirmar que não possuindo as condições de exigibilidade, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário. Sobre o tema, cita o posicionamento de nossa jurisprudência. Diz que se impõe a revisão da decisão ora combatida, para acolher a preliminar suscitada, pelas razões de direito expostas, encerrando o auto de infração, por ser flagrante sua nulidade.

Aduz que eventualmente, não havendo acolhida às preliminares, adentra ao mérito para demonstrar que, o direito reclamado pelo fisco estadual não existe. Afirmar ser característica do ICMS o princípio constitucional da não cumulatividade, isso porque, em cada operação ou prestação, é assegurada ao contribuinte uma dedução correspondente aos montantes cobrados nas operações ou prestações anteriores. Reproduz conceitos a respeito do crédito fiscal.

Frisa que os créditos por ele utilizados foram os que estão previstos em lei e possuem a documentação fiscal correspondente, devidamente comprovada nos autos. Acrescenta que estando suspensa a exigibilidade do tributo e face a interposição da defesa, as multas aplicadas devem permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Entende que, habitualmente as leis são confusas e obscuras, ou ainda, são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói nosso País. Tal fato pode ser observado, no tumulto

legislativo, ao qual estão submetidas as empresas nacionais, no tocante a importação e consequente sujeição a tributação do não menos confuso ICMS. Afirmo que ao proceder a importação de produtos, a empresa é obrigada a recolher a alíquota de ICMS sobre o valor da mercadoria, para depois creditar-se em seus livros fiscais.

Assevera que o valor alocado pelas multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e a defesa do consumidor.

Comenta que as multas, conforme legislação em vigor, somente poderia ser de 2% sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto. Assim, o auto de infração esbarra na inexistência de liame entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência restar declarada judicialmente. E em prevalecendo o crédito tributário exigido, caracterizado estará o confisco, pois, o imposto e seus acréscimos são superiores à capacidade econômica do contribuinte.

Observa que o auditor fazendário lançou tributos para produtos não inclusos no regime de Substituição Tributária. A respeito da infração 01, listou os produtos que entende não estarem enquadrados no referido regime, portanto, o crédito relativo aos mesmos, teria respaldo legal:

- a) Balão de Encher (Regina): material de decoração para festas. Não é brinquedo;
- b) Bebida Láctea: não é iogurte e se fosse, não estaria na substituição tributária no exercício;
- c) Bolo: Não incluso no anexo 1 do RICMS/BA;
- d) Cereal em Barra: não pode ser confundido com salgadinho industrializado;
- e) Cereal Matinal e Cereal Mucilon: igual o item anterior;
- f) Fondant de Leite: é doce de leite. Não está enquadrado em qualquer dos itens do Anexo 1;
- g) Granola: não pode ser confundido com salgadinho industrializado;
- h) Leite Fermentado: não é iogurte, se fosse não estaria na substituição tributária no exercício;
- i) Massa de Arroz: as massas enquadradas no regime são as derivadas de farinha de trigo;
- j) Massa Pré Cozida – pastel e lasanha - massa pré-cozida não é enquadrada como sujeita ao regime de substituição tributária, pois restrito às massas “não cozidas, não recheadas e nem preparadas de outro modo”;
- k) Pão de Queijo: não é alcançado pela ST da farinha de trigo;
- l) Pino (Elétrico): é material elétrico, portanto não enquadrado no Anexo 1;
- m) Pó para Sorvete: não é preparo para sorvete em máquina;
- n) Quibe: é alimento pronto, que não se enquadra no regime de substituição tributária;
- o) Regulador de Gás: equipamento não similar a qualquer item lançado no Anexo 1.
- p) Vinho: bebida alcoólica excluída pelo Estado da Bahia do regime de substituição tributária.

Sobre a infração 03, observa que o entendimento do fisco foi para as mercadorias tributadas a 27% considerar como crédito apenas 25%, quando se tratava de operações internas de transferências entre estabelecimentos. Afirmo que por determinação da Lei nº 7014/96 em seu artigo 16-A, sendo a alíquota para bebida alcoólica prevista de 25% - artigo 16, II, “b”, acrescida de 2% (conforme determinação legal) totaliza em 27%. Este percentual da alíquota é obrigatório e deve ser utilizada nas operações internas para gerar o débito fiscal e consequentemente, sendo operação interna, no destino, o crédito há de ser respeitado na mesma proporção.

Quanto a aguardente tributada regularmente a 27% foi considerada pelo fisco como se fosse de 18%. Informa que esta condição prevista no artigo 16, II, “b”, da Lei 7014/96 vigeu até 30.01.2014, quando foi alterada pela Lei 12.917/2013. Portanto, a alíquota de 27% está corretíssima.

Prossegue afirmando que referente a alíquota de 20%, considerada pelo fisco como se fosse de 18%, refere-se a cosméticos, previstos no § único, do artigo 16-A, como sujeitos à alíquota majorada para 20% - porque está se falando em operações internas – portanto, totalmente respaldada, desde 10/03/16, com a introdução do parágrafo citado através da Lei 13.461/15.

Portanto, entende ser necessária a reparação do lançamento, para exclusão dos valores cobrados indevidamente.

No que tange a infração 07, diz que reconhece a ocorrência de falha na emissão dos documentos fiscais. Todavia, diz que a irregularidade não gerou qualquer repercussão financeira para o erário estadual, uma vez que os valores debitados a menos no estabelecimento emitente (autuado) foram creditados no mesmo valor, no estabelecimento destinatário e diferentemente não poderia ser, por força da vedação prevista no artigo 309, § 6º, do RICMS, que transcreve. Diante do exposto pede a improcedência da infração por não ter causado prejuízo ao fisco estadual.

A respeito da infração 08, aduz que alguns produtos listados como sujeitos ao regime de substituição tributária pelo fisco, no demonstrativo que serve de base à autuação, não estão enquadrados neste tipo de tributação, devendo ser excluídos do cálculo. São eles:

- a) produtos identificados como brinquedos, são enfeites para festas, portanto fora do regime de substituição tributária. Aliás, se brinquedos fossem, desde o ano de 2016 foram excluídos do Anexo 1 do Regulamento. (Balão de Festas e Língua de Sogra);
- b) Massa de pastel não se enquadra na categoria “Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo” do Anexo 1 do RICMS, porque são massas frescas, pré-cozidas.

Sobre a infração 09, diz que a exigência do imposto não recolhido por antecipação tributária parcial, sem que tenha havido a utilização do crédito fiscal, colide com o pensamento da administração tributária baiana, que tem entendido pela aplicação de multa percentual sobre o valor não recolhido, conforme preceitua o artigo 42, II, “d”, da Lei 7014/96.

A respeito da infração 10, repete o argumento utilizado para rebater a infração 09. Conclui que as notas fiscais listadas foram emitidas regularmente e em conformidade com as determinações do Convenio ICMS 57/95, vigente quando da ocorrência dos fatos.

Aduz que conforme regra matriz da Constituição Federal, o ICMS é um imposto de natureza mercantil, que tem como fato gerador operações de circulação de mercadorias, desconsiderando as operações em que haja substituição tributária, as operações onde ocorre o fato econômico-jurídico que gera a obrigação do pagamento do ICMS, são as saídas, pois estas, em sua maioria, representam o fato econômico – venda – que completa o ciclo operacional crédito-débito nas apurações do imposto.

Entende que, como o procedimento fiscal trata de operações referentes à circulação de mercadorias, o procedimento esperado dos fiscais para detectar se houve a omissão de saídas, seria o levantamento analítico de estoques, que deveria ser feito partindo do estoque inicial registrado no livro Registro de Inventário, acrescido das aquisições realizadas e deduzidas as saídas promovidas no mesmo período. Mas não foi o que ocorreu no caso concreto. Além dos fiscais não terem efetuado o levantamento analítico do estoque, procedimento indispensável para comprovar a infração, seus livros fiscais e contábeis, comprovariam que não houve qualquer infração, estando todas as suas operações registradas, representando seu estoque quantitativamente, o saldo de tais operações.

Afirma que o fiscal desprezou a base de cálculo constante no SPED que estava diferente do valor dos produtos e cobrou o ICMS sobre a diferença apurada. Comenta que os produtos tinham tributação “cheia” sem direito a qualquer redução de base de cálculo. Frisa ter sido falha do sistema. Comenta que ao Fisco, cabe o dever da investigação para efetuar o lançamento do crédito tributário. No desempenho de suas atividades, o Agente Fazendário deverá examinar as informações oferecidas pelo sujeito passivo para efetuar o referido lançamento, estando atrelado aos registros comerciais e fiscais como fonte de pesquisa, podendo se valer de outros meios para formar sua convicção. Diz não ter sido o que de fato ocorreu, pois a fiscalização estaria eivada de arbitrariedades, os fiscais presumiram que houve venda de mercadoria sem nota fiscal, não

fazendo qualquer prova a respeito. Nem sequer diligenciaram no sentido de proceder ao levantamento analítico do estoque.

Afirma que os documentos juntados ao auto de infração, carecem de qualquer força probante, posto que, além de se referirem a extratos bancários de terceiros alheio às atividades da reclamante, não comprovam a realização de circulação de mercadorias a ensejar o pagamento de ICMS.

Entende não haver validade jurídica para o presente lançamento, uma vez que: a) decorre de violação a determinação constitucional, fundamentado em prova ilícita; b) os documentos apresentados, não dizem respeito à atividade da empresa; c) não há fato gerador de ICMS.

Repete que as operações mercantis não estão provadas. Aponta a exigência fiscal como confiscatória, violando princípios constitucionais, como o da garantia à propriedade privada, da capacidade contributiva, do mínimo vital, retirando-lhe, pois, garantias implícitas de liberdade, segurança e justiça. Por mais esta razão, deve o auto de infração ser julgado improcedente, eis que maculado pelo vício da inconstitucionalidade.

Requer sejam acolhidas as razões defensivas, a preliminar suscitada ou, em sendo outro o entendimento, que seja o auto, no mérito, julgado improcedente.

Auditora Fiscal designada pela Inspeção, presta a informação fiscal fl.571/586. Diz que a Autuada apresentou defesa no prazo regulamentar e tece as seguintes considerações.

Sobre a alegação de que a lavratura do auto de infração deve ser, realizada no estabelecimento da empresa, diz que não procede, nos termos do § 1º do art. 39 do RPAF/99.

O argumento de que não houve a clareza e precisão que se exige no Processo Administrativo Fiscal, haja vista que a infração lavrada não contém elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório, esclarece que, no presente processo constam várias infrações. Os demonstrativos são claros, precisos e em consonância com as infrações relacionadas. Frisa que foram elaborados, com base na EFD e documentos fiscais. Neles constam todos os elementos necessários à sua compreensão, tais como: data registro, UF, número dos documentos fiscais, quantidade item, produto, NCM, base de cálculo, valor ICMS, como também, vias dos DAES de recolhimento, comprovantes de recolhimento (Sistema INC) e cópias do livro Registro de Apuração do ICMS (SPED). Não havendo, portanto, cerceamento do direito de defesa. Cita o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, sobre a possibilidade de corrigir eventuais incorreções do lançamento fiscal. Afirmar que da defesa fiscal apresentada, com base nos documentos constantes no Auto de Infração fica claro, que em nenhum momento descumpriu as normas legais. Não consta na Defesa nenhum demonstrativo que comprove erro da Autuada, como alega a Autuada.

A respeito de recolhimento de ICMS, apontados no mérito, pela defesa, diz que improcedem as alegações. Afirmar que a defendente não anexou qualquer documentação à defesa apresentada. Sobre a alegação de que teria cobrado ICMS/ST sobre produtos não inclusos neste regime, faz as seguintes considerações:

- a) Balão de Encher (Regina): NCM utilizado 9503 se refere a brinquedo. Exercício 2015 - Anexo 1 – Item 7;
- b) Bebida Láctea: NCM utilizado 0403.1, refere-se a Iogurte. Exercício 2015 – Anexo 1 – Item 21; apesar de diversas aquisições com a mesma discriminação dos produtos e NCM diferentes, foram considerados apenas, as entradas com NCM 0403.1, para fins dos levantamentos fiscais;
- c) Bolo: NCM utilizado 1905; referente a bolo. Exercício 2015 – Anexo 1 – item 33.1; Exercício 2016 – (01/01/2016 a 09/03/2016) - Anexo 1 – Item 11.18 (bolos, inclusive de especiarias); Exercício 2016 – (10/03/2016 a 31/01/2017) Anexo 1 – Item 11.18 (bolos de forma, inclusive de especiarias); Exercício 2017 – a partir de 01/02/2017 Anexo 1 – item 11.19 (bolos, inclusive de especiarias);
- d) Cereal em Barra: NCM utilizado 1806.9, que se refere a outras preparações alimentícias contendo cacau. Exercício 2016 (de 01/01/2016 a 31/12/2017) - Anexo 1 - item 11.4;

- e) Cereal Matinal e Cereal Mucilon: NCM utilizado 1904.1 que se refere a Salgados Industrializados. Exercício 2015 - Anexo 1 – Item 38; Exercício 2016 – (01/01/2016 a 31/01/2017) – Anexo 1 – Item 11.7; Exercício 2017 – A partir de 01/02/2017 – Anexo 1 – Item 11.8. Apesar de diversas aquisições com a mesma discriminação dos produtos e NCM diferentes, foram considerados apenas as entradas com NCM 1904.1 para fins dos levantamentos fiscais;
- f) Fondant de Leite: NCM utilizado foi 1704.90.1. Exercício 2016 (01/01/2016 a 31/01/2017) – Anexo 1 – Item 11.1;
- g) Granola: NCM utilizado foi 1904.1 que se refere a Salgados Industrializados; Exercício 2015 - ANEXO 1 – Item 38; Exercício 2016 – (01/01/2016 a 31/01/2017) – Anexo 1 – Item 11.7; Exercício 2017 – A partir de 01/02/2017 – Anexo 1 – Item 11.8. Apesar de diversas aquisições com a mesma discriminação dos produtos e NCM diferentes foram considerados apenas as entradas com NCM 1904.1 para fins dos levantamentos fiscais;
- h) Leite Fermentado: NCM utilizado foi o 0403.1, referente a Iogurte. Exercício 2015 – anexo 1 – item 21. Apesar de diversas aquisições com a mesma discriminação dos produtos e NCM diferentes foram considerados apenas as entradas com NCM 0403.1 para fins dos levantamentos fiscais;
- i) Massa de Arroz: NCM utilizado 1902.1; Exercício 2016 – (01/01/2016 a 31/01/2017) – Anexo 1 – item 11.16; exercício 2017 – A partir de 01/02/2017 – Anexo 1 – Item 11.17.0.
- j) Massa Pré-Cozida – Pastel e Lasanha: Não consta dos levantamentos fiscais quaisquer produtos com essa discriminação;
- k) Pão de Queijo: este produto consta dos Levantamentos Fiscais realizados a partir de 01/01/2016; Anexo 1 – Item 11.0 é específico para Produtos Alimentícios. Exercícios 2016/2017 - (01/01/2016 a 31/01/2017) - Anexo 1 - Item 11.17 refere-se a pães industrializados; Exercício 2017 – A partir de 01/02/2017 – Anexo 1 – Item 11.18 também se refere a pães industrializados;
- l) Pino (Elétrico): NCM utilizado 7415. Exercício 2015 – Anexo 1 – Item 24.69; exercícios 2016/2017 - Anexo 1 – Item 8.66;
- m) Pó para Sorvete: NCM utilizado 2106. Exercício 2017 – Anexo 1 – Item 5.2;
- n) Quibe: NCM utilizado foi 1905.90.9 que se refere a Salgadinhos Diversos. Exercício 2016 – Anexo 1 – Item 11.8;
- o) Regulador de Gás: Anexo 1 - Item 24.83 NCM 24.83 (2015) - Anexo 1 Item 8.79 NCM 8481 (01/01/2016 a 09/03/2016) - Anexo 1, Item 8.79 NCM 8481 (10/03/2016 a 31/01/2017) Anexo 1, Item 8.79 NCM 8481 (a partir de 01/02/2017);
- p) Vinho: este produto era beneficiado com redução de base de cálculo até 30.09.2016 (alíquota 12%) e foi desenquadrado da Substituição Tributária a partir de 01/10/2016. Os Levantamentos Fiscais consideraram as entradas do exercício de 2015 que consta o produto enquadrado no Anexo 1 – Itens 5.3 – NCM 2206; e Item 5.4 – NCM 2204.

Relativamente a infração 02, constata que não foi impugnada, por isso a mantém.

Sobre a infração 03, diz que a alegação defensiva de que a alíquota de 2% referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza deverá ser somada a alíquota do ICMS para fins de crédito fiscal, não procede. Explica tratar-se de contribuição criada com o intuito de diminuir as desigualdades sociais entre os Estados e obedece a legislação específica. Mantém a Infração. Diz manter a infração 04, visto que não foi contestada.

Relativamente a Infração 05, créditos fiscais de ICMS, lançados a título de “Outros Créditos” na coluna Ajuste do livro RAICMS, sem a devida comprovação, apesar de devidamente intimado, não foi contestada. Mantém a autuação.

Sobre a infração 07, afirma que as alegações não procedem. Explica que se trata de mercadorias com saídas tributadas. Ao não tributar (alíquota 0), ou utilizar alíquotas inferiores ao exigido por lei, resultou em recolhimento a menor do ICMS. Mantém a Infração.

Sobre a infração 08, alega a autuada que alguns produtos listados não estariam sujeitos ao regime de substituição tributária, como: Balão de Festas e Língua de Sogra que são enfeites de festa, não brinquedos e Massa de Pastel não se enquadra na categoria “Massas alimentícias não cozidas,

nem recheadas, nem preparadas de outro modo” do Anexo 1 do RICMS, porque são massas frescas, pré-cozidas.

Assevera que as alegações não procedem. Diz que de acordo com a EFD (doc. 536) a NCM utilizado pela autuada para Balão de Festas e Língua de Sogra foi 9503 – referente a brinquedo. Exercício 2015 - Anexo 1 – Item 7.

De acordo com a EFD (doc. 536), a NCM utilizada pela autuada para Massa de Pastel 1902.3 – Exercício 2015 - ANEXO 1 – Item 33.1; Nos exercícios 2016/2017, a NCM utilizada foi a mesmo de 2015, ou seja, 1902.3. Entretanto, nos exercícios de 2016/2017, esta NCM refere-se a macarrão instantâneo. A NCM correspondente a Massas Alimentícias nestes períodos é 1902.1, conforme ANEXO 1 – Item 11.16. Mantém a Infração.

No tocante à infração 09, a autuada alega que a exigência do imposto não recolhido por antecipação tributária parcial, sem que tenha havido a utilização como crédito fiscal, viola norma da administração tributária baiana, que tem entendido pela aplicação de multa percentual sobre o valor não recolhido.

Sustenta que a alegação não procede. Diz que conforme levantamentos fiscais (docs. fls.510 a 526), realizados com base na EFD (fl. 536), Notas Fiscais, DAES (fls. 321/374; 402/440; 468/472) de recolhimento e comprovante de recolhimentos (Sistema INC) - (fls.474 a 478), anexados ao presente processo, o autuado está omissos do respectivo recolhimento dos valores autuados. Nota que o artigo 42, II, “d”, da Lei 7014/96 refere-se ao percentual da multa variável aplicada a esta infração.

No que tange a infração 10, afirma que também improcedem as alegações defensivas. Como na infração anterior, o autuado não comprova o recolhimento integral do ICMS antecipação parcial, para os valores apontados. Frisa que o mencionado dispositivo legal, refere-se ao percentual da multa variável aplicada a esta infração.

Comenta que a Autuada faz referência a infrações não contidas no presente processo. Registra que os levantamentos fiscais foram executados atendendo aos preceitos legais conforme comprovam os documentos anexados (doc. fl.536 –CD).

Sobre as alegações apresentadas pela Autuada de confisco e inconstitucionalidade da legislação tributária diz serem matérias que não são da sua competência. Frisa que em todo o período do processo de fiscalização, procedeu atendendo ao que dispõe as normas em vigor, conforme comprovam os documentos de folhas 1 a 539 e a Informação Fiscal anexada ao processo.

Considerando que a autuada em sua defesa, não apresentou argumentos, documentos e/ou demonstrativos capazes de modificar as infrações, aduz que mantém o auto de infração e espera seja julgado procedente, por ser de inteira justiça.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por dez infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Preliminarmente, o defendente arguiu a necessidade da lavratura do auto de infração ser realizada no local onde está estabelecida a empresa. Não tendo sido observado esse requisito, disse que o auto de infração seria nulo.

Não acato esta reclamação, visto que carece de suporte jurídico. Noto que, o § 1º do art. 39 do RPAF/BA, sobre a matéria, assim estabelece, *in verbis*:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(. . .)

§ 1º. O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Ademais, considerando que o SEAI – Sistema de Emissão de Auto de Infração é automatizado, se torna improvável a lavratura no estabelecimento do Autuado. Assim, não acato esta preliminar arguida, pois observo que o procedimento apontado não trouxe qualquer prejuízo a sua defesa. O defendente alegou que a autuação deve ser realizada com clareza e precisão e no presente caso, não contém elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório, visto que foram omitidas a discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento fiscal.

No que tange a esta alegação, embora o Autuado não especifique objetivamente, a que infração estaria se referindo, compulsando os autos, verifico que este argumento carece de suporte fático e jurídico. Consta deste processo os demonstrativos inerentes a cada infração. Estas planilhas foram anexadas ao processo e gravadas na mídia CD que integra o auto. Demonstrativo fls. 201/535, assinado pelo autuado. CD fl.536 com termo de recebimento fl.541 do PAF. As notas fiscais e valores foram devidamente discriminados, com todos os dados necessários a sua defesa. Além de anexos em papel, todos eles foram também gravados na mídia CD entregue em mãos, à empresa, por ocasião da ciência do auto de infração.

Desta forma, embora o Autuado não fundamente esta arguição, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, o que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

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

O defendente, na sua peça impugnativa, deixou de rebater objetivamente as irregularidades apuradas no presente Auto de Infração. Limitou-se a discorrer a respeito de teses tributárias de renomados juristas. Citou e transcreveu dispositivos da Constituição Federal e Acórdãos das jurisprudências dos Tribunais Federais e Superiores Tribunais do país, sem correlacionar estas respeitáveis teses com as irregularidades apuradas pela fiscalização.

Nesta toada, o Autuado discorreu longamente, sobre Princípios Constitucionais e Tributários, mostrou conhecimento a respeito do direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, citando inclusive, as exigências legais para que exerça efetivamente o direito a utilização do crédito. Entretanto, deixou de trazer aos autos, elementos capazes de demonstrar qualquer erro, supostamente cometido pela fiscal Autuante ao caracterizar as infrações.

No mérito, as infrações 02, 04, 05, 06 não foram impugnadas pelo defendente. Portanto, as considero subsistentes ante a inexistência de lide a ser julgada.

As infrações que foram rebatidas objetivamente pelo defendente, serão apreciadas a seguir. A infração 03 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, com repercussão na obrigação principal, devido à utilização de alíquota superior à permitida pela legislação. CFOP x UF, nos meses de janeiro de 2015, outubro a dezembro de 2017.

O defendente alegou que o fisco entendeu que para as mercadorias tributadas a 27% só poderia ser aceito como crédito apenas 25%, glosando a diferença. Exemplificou com bebida alcoólica em que incidiu a alíquota prevista de 25% - artigo 16, II, “b”, acrescida de 2% (conforme determinação legal) totalizando 27%. Apontou que este percentual da alíquota é obrigatório e deve ser utilizada

nas operações internas para gerar o débito fiscal e consequentemente, sendo operação interna, no destino, o crédito há de ser respeitado na mesma proporção.

Observo no presente caso, que a matéria a qual o defendente se reporta trata do percentual de 2% referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza que entendeu deveria ser somada a alíquota do ICMS para fins de crédito fiscal.

Cabe salientar que este percentual reservado a um Fundo público, trata-se de contribuição criada com o intuito de diminuir as desigualdades sociais no Estado da Bahia e nos termos da legislação específica, não dá direito a crédito. Sobre essa matéria, assim estabelece o art. 16-A da Lei nº 7014/96, a seguir transcrito:

Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Dessa forma, da leitura do dispositivo retromencionado, não há dúvidas, de que os valores assim arrecadados permanecem integralmente vinculados a esse Fundo Estadual, não dando direito a crédito como quer o contribuinte. Infração subsistente.

Sobre a infração 07, recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, o defendente afirmou que reconhece a ocorrência de falha na emissão dos documentos fiscais. Todavia, disse que a irregularidade não gerou qualquer repercussão financeira para o erário estadual, uma vez que os valores debitados a menos no estabelecimento emitente (autuado), foram creditados no mesmo valor, no estabelecimento destinatário, portanto não teria causado prejuízo ao fisco estadual.

Por sua vez, a preposta do Fisco explicou que se trata de mercadorias com saídas tributadas. Ao não tributar (alíquota 0), ou utilizar alíquotas inferiores ao exigido por lei, resultou em recolhimento a menos do ICMS.

Observo que o próprio defendente reconheceu o cometimento desta irregularidade embora culpe o sistema. Cabe registrar, que de fato, o ICMS foi recolhido a menos e não pode ser desconsiderado em função da alegação defensiva de que não houve prejuízo ao erário visto que o crédito a ser realizado pelo destinatário da mercadoria será registrado a menos. Nos termos do art. 136 do CTN, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária independe da intenção do agente. Infração caracterizada.

A infração 01, crédito indevido de ICMS referente a aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e a infração 08 que trata de falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, serão analisadas conjuntamente por tratar-se da mesma matéria.

O defendente nas razões de defesa listou mercadorias que em seu entendimento não estariam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em sede de informação fiscal, a auditora responsável pela informação fiscal esclareceu que analisou, caso a caso, cada uma das mercadorias apontadas pela defesa, determinando o respectivo enquadramento no Anexo 01 do RICMS/2012. Explicou que as alegações do impugnante não procedem, considerando que realizou o levantamento fiscal nesta infração, tendo como base a EFD - Escrituração Fiscal Digital do Autuado e as notas fiscais eletrônicas/NFe. Disse que o autuado citou mercadorias que sequer constam do levantamento fiscal, como Massa Pré-Cozida – Pastel e Lasanha. Reiterou que para todas as mercadorias incluídas no levantamento fiscal, utilizou a NCM consignada na nota fiscal constante em sua própria escrituração. Apreciou item por item, os produtos apontados pelo Autuado.

Observo ser determinante para o enquadramento de uma mercadoria no regime de substituição tributária, constante do Anexo I do RICMS/2012, a NCM e a descrição a ela atribuída. O Autuado não trouxe elementos ao processo, necessários e com o condão de demonstrar, que determinadas mercadorias estariam com a NCM ou descrição equivocadas no levantamento fiscal, como por exemplo, uma nota fiscal apontando o registro de NCM presente no Anexo I do RICMS/BA e que por isso, deveria ser excluída do levantamento fiscal. Sendo assim, por tratar-se de mercadoria com fase de tributação encerrada a infração 01 está caracterizada. De igual forma, a infração 08 é procedente, considerando que o Autuado, não trouxe aos autos elementos com o condão de elidir a acusação fiscal.

As infrações 09 e 10 tratam respectivamente, de falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização.

Nas razões defensivas, o impugnante alegou, que a falta de recolhimento e o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, (infrações 08 e 09), considerando que não teria utilizado o crédito fiscal, inerentes a tais operações, o Autuante deveria ter aplicado a multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7014/96, como disse sempre fazer a SEFAZ/BA nestes casos.

A preposta do fisco afirmou em sede de informação fiscal que esta alegação não procede. Explicou que conforme levantamentos fiscais (docs. fls.510 a 526), realizados com base na EFD (fl. 536), Notas Fiscais, DAes (fls. 321/374; 402/440; 468/472) de recolhimento e comprovantes de recolhimentos (Sistema INC) - (fls.474 a 478), anexados ao presente processo, o autuado está omissa do respectivo recolhimento dos valores autuados.

Cabe ressaltar que o dispositivo mencionado, artigo 42, II, “d”, da Lei 7014/96, refere-se ao percentual da multa variável aplicável, pelo cometimento da irregularidade ora discutida.

Parece-me que o autuado está a referir-se, ao § 1º do art. 42 do citado diploma legal, *in verbis*:

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

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensado a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

Da leitura dos dispositivos reproduzidos, verifico que a conduta do autuado não pode ser ali enquadrada, considerando que não comprova ter recolhido o imposto nas operações de saídas posteriores, das mercadorias em questão.

Analisando todos os elementos do presente PAF, em especial os temas da defesa, verifico que o defendente faz referência a infrações não contidas no presente processo, apresentando alegações que não se correlacionam com o levantamento fiscal, como quando se refere a mercadorias importadas, que a autuante teria desprezado a base de cálculo constante no SPED fiscal que estava diferente do valor dos produtos e cobrou ICMS sobre tais diferenças. Registro que estas matérias não fazem parte deste Auto de Infração, cujos levantamentos fiscais foram executados atendendo aos preceitos legais conforme comprovam os documentos contidos no CD anexado ao PAF com cópia entregue ao contribuinte.

Sobre as alegações apresentadas pela Autuada de confisco e inconstitucionalidade da legislação tributária, observo que de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF/99, não é competência deste Órgão Julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada, indefiro de plano, considerando que as multas sugeridas no Auto de Infração estão em consonância com a Lei 7014/96 e foge a competência desta instância de Julgamento, a dispensa ou redução de multa pelo descumprimento de obrigação principal, como é caso destes autos.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **018184.0003/19-9**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$143.038,69**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso VII, alínea “a” e inciso II, alínea “a”, “d” e “f” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR