

PROCESSO - A. I. Nº 298958.0020/17-7
RECORRENTE - SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JF nº 0172-05/18
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23.09.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0169-11/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Inexiste na legislação norma que permita a compensação nesta fase do Processo Administrativo Fiscal, no entanto, o contribuinte poderá requerer junto à unidade Fazendária de sua circunscrição, a solicitação do indébito fiscal nos termos da orientação posta no RPAF/BA, conforme determinações contidas no capítulo II, “Da restituição de indébitos”, a partir do art. 73. Infração 2 subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Razões recursais não acolhidas, pois o contribuinte deve requerer junto à unidade Fazendária de sua circunscrição, a solicitação do indébito fiscal nos termos da orientação posta no RPAF/BA. Infração 3 subsistente. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **d.1)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **d.2)** MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. O sujeito passivo não acostou aos autos qualquer documento que demonstrasse os registros das operações na sua contabilidade, não preenchendo o requisito quanto ao não prejuízo ao Erário. Infrações 8 e 9 caracterizadas. Itens reconhecidos 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIA DESTINADA AO ATIVO FIXO. A conversão em diligência, o autuado fora intimado para se manifestar, todavia, manteve-se silente, sendo que nesta oportunidade recursal, tão somente repisou os termos iniciais já analisados. Infração 6 subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 28/06/2017, o qual exige o valor de R\$156.823,58, inerente aos anos de 2012 e 2013, conforme demonstrativo e documentos às fls. 16 a 108 dos autos, e CD/Mídia de fl. 109, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 02 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e de 2013, conforme demonstrativo de fls. 18/68, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109. Lançado ICMS no valor de R\$7.921,17, com enquadramento no art. 9º, e art. 29. § 4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e 2013, conforme demonstrativo de fls. 30/67, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109. Lançado ICMS no valor de

R\$32.792,66, com enquadramento no art. 2º inciso I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 06 - 06.01.01 Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento relativo aos meses de julho, setembro de 2012; e julho, agosto e setembro de 2013, conforme demonstrativo de fls. 85/89, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109. Lançado ICMS no valor de R\$66.355,42, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c artigo 305, § 4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 08 – 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a novembro de 2012; e janeiro a dezembro de 2013, conforme demonstrativos acostados às fls. 91/93 dos autos, e CD/Mídia de fl. 109. Lançada multa no valor de R\$1.784,37, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 09 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a dezembro de 2012; e janeiro a dezembro de 2013, conforme demonstrativos acostados às fls. 94/108 dos autos, e CD/Mídia de fl. 109. Lançada Multa no valor de R\$7.156,42, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Após a devida instrução processual, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial, por unanimidade, pelos seguintes fundamentos abaixo transcritos:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais na que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$147.882,80, relativo a sete irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$8.940,79, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o montante de R\$156.823,58, sendo impugnadas as infrações 4, 5 e 6. As infrações 1, 2, 3, 7, 8 e 9, não foram impugnadas pelo defendente, inclusive com manifestação, em relação às infrações 1 e 7, de que não apela pela correção ou contestação; quanto às infrações 2 e 3, pede para compensar créditos destacados nos documentos fiscais, e as infrações 8 e 9, também não nega, porém, pede redução da multa aplicada por não ter existido dolo ou simulação pelo fato cometido. De pronto, as infrações 1, 2, 3, 7, 8 e 9 são consideradas procedentes, não fazendo parte da lide, em que pese manifestarei adiante sobre os pedidos de compensação e redução da multa aplicada. Assim, a contenda se restringe apenas às infrações 4, 5 e 6, as quais foram totalmente impugnadas.

A infração 2, diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no montante de R\$7.921,17, referente a aquisições de mercadoria com pagamento de imposto por substituição tributária nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e de 2013, conforme demonstrativo de fls. 18/68, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109.

Em sede de defesa, o sujeito passivo não nega o cometimento da infração 2, entretanto, alega que todas as saídas (IOGURTE NCM-04031000) desse item da autuação, foram tributadas normalmente com a alíquota interna, gerando portanto, um pagamento indevido sobre tais operações, o que para chegar à almejada justiça fiscal, diz que terá que ser reconhecida e abatida do valor reclamado como prejuízo para o erário estadual, o valor indevidamente debitado.

Na informação fiscal, o autuante destaca que a autuada reconhece como indevida a utilização dos créditos fiscais, uma vez que o produto IOGURTE está enquadrado no regime de substituição tributária (NCM 04031000). Entretanto, observa que, tendo o autuado tributado e recolhido o ICMS correspondente às mencionadas mercadorias, a qualquer momento, enquanto não extinto o prazo decadencial, pode requerer o ressarcimento do valor pago indevidamente.

Já a infração 3, relaciona a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$32.792,66, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e 2013, conforme demonstrativo de fls. 30/67, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109.

Na defesa, o sujeito passivo afirma que no que concerne ao mérito das saídas tributáveis como não tributáveis, concordam com os termos da autuação, porém, diz constatar que no momento da entrada das mercadorias no estabelecimento, não exerceu o direito de apropriar o crédito de ICMS contido nos documentos fiscais de aquisição.

Situação pela qual, diz que se torna imperioso o reconhecimento desse direito, fato em que apelam que na fase da informação fiscal, o auditor designado reconheça o crédito destacado nas notas fiscais, abatendo sobre o valor reclamado, pois este é o princípio fundamental do regime da não cumulatividade sobre ICMS.

O autuante diz que é inoquua a alegação da autuada, pois se trata de mercadorias que são efetivamente tributáveis pela legislação do ICMS, e que não poderiam sair sem tributação, pelo simples fato desta não ter utilizado o crédito quando da entrada das mercadorias no seu estabelecimento, uma vez que, enquanto não extinto o prazo decadencial, esta pode requerer a utilização extemporânea destes créditos fiscais.

Isto posto, como destacado no início deste voto, tanto a infração 2, quanto a infração 3, por não haver lide, em razão do reconhecimento pelo sujeito passivo, manifesto pela subsistência desses dois itens da autuação.

Por outro lado, quanto aos pedidos de compensação dos créditos constituídos, relativamente às duas infrações, não vejo qualquer orientação na legislação que autorize tal compensação no estágio em que se encontra o presente processo, o que coaduna com o entendimento do autuante de que, observando o aspecto decadencial do crédito tributário, poderá o defendente requerer, junto à unidade Fazendária de sua circunscrição, a solicitação do indébito fiscal nos termos da orientação posta no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, e suas alterações, mais especificamente o art. 74, onde expressa que a restituição de tributo recolhido de forma indevida, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, do mesmo diploma legal.

Quanto à infração 8, bem assim a infração 9, dizem respeito à cobrança ao sujeito passivo de multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrente de ter dado entrada de mercadorias no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sejam sujeitas à tributação, ou não sujeitas à tributação, ou com a fase de tributação encerrada, respectivamente.

Como tal, o sujeito passivo não nega o cometimento das infrações, porém, porquanto tais operações terem sido registradas na sua contabilidade (livros Diário e Razão), apela que na fase de informação fiscal se constate tal afirmativa, caracterizando que não há dolo ou fraude por tais fatos, para em seguida requerer que seja reduzida ou dispensada em sua totalidade as multas aplicadas pela omissão dos lançamentos no SPED Fiscal.

De fato, respaldado no § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Ocorre, entretanto, que a defendente disse que as operações teriam sido registradas na sua contabilidade, porém, não acostou aos autos qualquer documento que demonstre tais registros, o que deveria ter feito em sede de defesa, como assim estabelece o artigo 147, inc. I, “b” do RPAF/BA. Em sendo assim, não vendo nada que desabone as autuações, em que a fiscalização agiu nos termos da legislação, refuto o pedido de redução das multas aplicadas. Infrações 8 e 9 subsistentes.

A infração 4 relaciona-se ao recolhimento a menor de ICMS no montante de R\$1.133,65, em decorrência de desconformidade entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto nos meses de abril e dezembro de 2012, conforme demonstrativo de fls. 68, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 109, com enquadramento no art. 24 a 26 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa aplicada de 60%, na forma do art. 42, inc. VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo alega que é totalmente descabida a pretensão fiscal, haja vista que os valores reclamados foram recolhidos em sua totalidade, conforme assim destaca: “o débito no valor de R\$35,57 relativo a competência 04/2012, foi recolhido com seus acréscimos legais em 25/05/2012; o débito no valor de R\$1.098,08 relativo a competência 12/2012, foi recolhido com seus acréscimos legais em 13/02/2013”

Ao traçar suas considerações na informação fiscal, o autuante diz ter constatado que o ICMS lançado na infração 4 foi efetivamente recolhido, conforme demonstrativos às fls. 130/131, reconhecendo como procedentes as alegações da defendente, e opina pela improcedência da Infração. Logo, não vendo nada que desabone a informação fiscal, entendo restar insubsistente a infração 4.

A infração 5 diz respeito a recolhimento a menor de ICMS no valor de R\$39.398,99, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e 2013, conforme demonstrativo de fls. 69/84, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96, e multa aplicada de 60%, na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Na defesa, o sujeito passivo diz existir dois itens de produtos – “leite em pó” e “margarina” relacionados ao objeto da autuação, como houvesse erro na aplicação da alíquota cabível, à época dos fatos geradores, porém, diz verificar que este fato não ocorreu, conforme a seguir destaca em relação a cada um dos produtos:

“Leite em pó: Observa que a legislação reduziu a base de cálculo para as operações internas com Leite em pó, ela não faz ressalva, logo, não há balizamento legal quanto à exclusão de leite em pó, senão vejamos como o RICMS, em seu artigo 87, inciso XXI, versa sobre a matéria”

“Margarinas: Destaca que o mesmo ocorreu quanto a este item. Diz que o fiscal excluiu alguns tipos de

margarina e a legislação não impõe esta exclusão, logo, estes itens são indiscutivelmente beneficiados com a alíquota de 7%.”

Neste contexto, diz o defendente que não utilizou alíquota diversa da prevista na legislação e sim reduziu a base de cálculo conforme previsão legal, que destaca em sede de defesa.

O autuante, em sede de informação fiscal, diz que a defendente denomina os produtos objeto da ação fiscal, e relacionados nas planilhas às fls. 43/58 de “Leite em pó” e “Margarinas”, como se estes efetivamente fossem leite em pó e margarina, quando em verdade trata-se de “composto lácteo” e “creme vegetal”.

Com relação às mercadorias “leite em pó” e “margarina”, ressalta que não são objeto de autuação. Diz que, em verdade, a infração aponta justamente o equívoco da autuada em considerar como sendo leite em pó o que na verdade é “composto lácteo”; e “margarina”, que na verdade é “creme vegetal”, e, portanto, sem direito ao benefício da redução da base de cálculo relativo exclusivamente ao primeiro.

Diz que a autuada, desta forma, estendeu indevidamente o benefício fiscal aludido, nas saídas do produto “composto lácteo”, sem o permissivo legal autorizado, que proporcionou a conseqüente diminuição do “quantum debeatur”.

Assim, diz que LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS, LEITE EM PÓ NINHO +, LEITE EM PÓ NINHO 3+, LEITE EM PÓ NINHO 6+, LEITE EM PÓ MOLICO ACTICOL, LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS e LEITE EM PÓ CRESCIMENTO PREBIO são “compostos lácteos”, e não “leite em pó”, como denominados pelo defendente, conforme prescrição contida na Instrução Normativa nº 28/07, emitida pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (D.O.U. 14/06/2007)

Observa, que tal instrumento normativo, expedido pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA – assim classifica os retro citados produtos, obrigando os fabricantes a grafarem nas suas embalagens a frase “COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ” ou “ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ”, na forma descrita no item 9.3 (IN-28/07).

Mais adiante, diz que o legislador infraconstitucional baiano, harmonizado com a Constituição Federal (art. 155), concedeu tratamento tributário diferenciado objetivamente ao “leite em pó”, como está posto no inc. XXI, do Art. 87 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente à época dos fatos. Destaca também que à época, não existia a figura do “composto lácteo”.

Nesse contexto, diz que o “composto lácteo” não pode ser contemplado com o status de “leite em pó”, segundo o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA (item 9.3 da IN-28/07). Destaca então, que se o “composto lácteo” não é “leite em pó”, não pode gozar do benefício da redução da base de cálculo prevista para este.

O autuante finaliza suas contrarrazões para manutenção da infração 5, destacando que quanto às saídas de “leite em pó”, à luz do seu entendimento “composto lácteo”, bem assim as saídas de “margarina”, ao seu entendimento “creme vegetal”, as alegações da autuada em sua defesa, não merecem guarida, devendo ser mantida integralmente a autuação.

Passo agora a me manifestar sobre razões e contrarrazões das partes em relação à infração 5.

Relativamente à afirmação do autuante de que não merece guarida as alegações de improcedência da autuada em sede de defesa, diz respeito ao fato que o defendente alega que não utilizou alíquota diversa prevista na legislação, como assim está posto na descrição dos fatos “recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”; mas sim, reduziu a base de cálculo nas saídas das operações, objeto da autuação, constantes do demonstrativo de fls. 69/83, por estarem amparadas pelo art. 268 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores, mais especificamente o inciso XXI, em relação ao leite; e o inciso XXI em relação às operações com margarinas.

Porquanto tal afirmação, destaco a seguir os incisos XXI e XXXI, Art. 87 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores.

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).(Grifo acrescido).

[...]

XXXI - das operações internas com vinagre, charque e margarina, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento).(Grifo acrescido).

Compulsando o demonstrativo de débito da autuação de fls. 69/84, vê-se que o NCM destacado para os itens de produtos LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS, LEITE EM PÓ NINHO +1, LEITE EM PÓ NINHO 3+, LEITE EM PÓ NINHO 6+, LEITE EM PÓ MOLICO ACTICOL, LEITE EM PÓ MOLICO ACTFIBRAS e LEITE EM PÓ CRESCIMENTO PREBIO, são os de número “0402.29.10 – Leite Integral”, “0402.21.20 – Leite Parcialmente Desnatado” e “1901.10.10 – Leite Modificado”, como tal leite e não composto lácteos na forma destacada pelo autuante para embasar a autuação.

De outra parte da autuação que diz respeito à “Margarina”, em que o entendimento do autuante seja “Creme Vegetal”, vê-se da análise do NCM 1517.90.90, constante do demonstrativo objeto da autuação, tratar-se, de fato, de margarina, como assim está descrito na Tabela de NCM constante do Site CST (<https://www.codigocest.com.br/>).

Em sendo assim, entendo restar razão ao defendente, dado os NCM constantes dos documentos fiscais objeto da autuação, de fato se tratam de operações com “leite em pó” e “margarina”, logo estão acobertadas pelas disposições dos incisos XXI e XXXI, Art. 87 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente à época dos fatos geradores, o que enseja afirmar que o sujeito passivo não utilizou alíquota diversa da prevista na legislação e sim reduziu a base de cálculo conforme previsão legal. Voto, portanto, pela insubsistência da infração 5.

A infração 6, diz respeito a ter deixado de recolher ICMS no valor de R\$66.355,42, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento relativo aos meses de julho e setembro de 2012; e julho, agosto e setembro de 2013, conforme demonstrativo de fls. 85/89, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109.

Em sede de defesa, o sujeito passivo diz que é totalmente descabida a pretensão fiscal, haja visto que os valores reclamados foram recolhidos em sua totalidade, conforme a seguir:

“a) O débito no valor de R\$8.800,00 relativo a competência 07/2012, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$43.200,16 em 09/08/2012, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, que anexa (fl. 132)”

“b) O débito no valor de R\$4.650,00 relativo a competência 09/2012, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$56.873,43 em 09/10/2012, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, que anexa (fl. 132)”

“c) O débito no valor de R\$4.315,06 relativo a competência 07/2013, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$85.112,78 em 09/08/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, que anexa (fl. 132)”

“d) O débito no valor de R\$47.827,38 relativo a competência 08/2013, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$77.788,15 em 09/09/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, que anexa (fl. 132)”

“e) O débito no valor de R\$762,98 relativo a competência 09/2013, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$75.289,94 em 09/10/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, que anexa (fl. 132)”

O autuante, em sede de informação fiscal, observa que ao analisar os valores registrados na EFD, campo da apuração do imposto, constatou não serem verídicas tais afirmações do defendente, uma vez que tais receitas referem-se ao total do ICMS normal apurado no respectivo mês, e não ao informado de ICMS referente ao diferencial de alíquota de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, conforme a seguir destacado:

“ a) O valor apurado pela Autuada para o mês de julho de 2012 foi de R\$8.800,00 e o informado na EFD foi de R\$80,00 (fl. 159), tendo sido apurado um débito tributário de R\$8.800,00;”

“ b) Para o mês de setembro de 2012 o valor apurado pela Autuada e escriturado na EFD foi de R\$16.062,40, enquanto que o débito escriturado no campo outros débitos foi de R\$11.412,40 (fl. 159), tendo sido apurada uma diferença de R\$4.650,00;”

“ c) O mês de julho de 2013 o montante escriturado a título de diferencial de alíquota de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento foi de R\$48.626,46, e o débito declarado na EFD foi da ordem de R\$44.311,40 (fl. 160), gerando uma diferença de R\$4.315,06;”

“ d) Para o mês de agosto de 2013 o diferencial de alíquota apurado foi de R\$79.963,59, enquanto que o valor informado no campo outros débitos referente ao diferencial de alíquota foi de R\$32.136,20 (fl. 161), gerando uma diferença de R\$47.827,38;

“ e) Em setembro de 2013 o montante do diferencial de alíquota apurado foi de R\$43.154,96, enquanto que o valor informado no campo outros débitos referente ao diferencial de alíquota foi de R\$42.391,98 (fl. 161), e uma diferença de R\$762,98.

Dado a tal controvérsia entre as partes, este relator, em respeito ao princípio da verdade material e ampla defesa, na sessão suplementar do dia 31/01/2018, sugeriu aos membros da 5ª JJF, e este concordaram, em enviar o presente PAF à unidade Fazendária de origem para cientificar o autuado, mediante termo de intimação, do resultado da Informação Fiscal de fls. 145/157, com entrega dos documentos acostados aos autos, indicando 10 (dez) dias para se manifestar, querendo, em especial ao que foi posto de informação relativamente à infração 6, objeto em análise.

Vê-se às fls. 168 e 172 do PAF, que constam cópia de expediente extraído do Sistema DTE (Domicílio

Tributário Eletrônico), demonstrando a cientificação da Informação Fiscal de fls. 145/157 ao sujeito passivo, o qual se manteve silente.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone os termos da Informação Fiscal, entendo que as considerações de defesa não foram suficientes para elidir a autuação. Desta forma, vejo restar subsistente a infração 6.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Irresignado com o remanescente, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso.

Quanto à infração 01, a recorrente reconhece como devida.

Em relação a infração 02, informa que a infração alegada trata-se na sua grande maioria de aquisições de iogurte e que em alguns casos também eram denominados DANONE, porém todos continham o mesmo enquadramento de NCM (04031000). Portanto, estavam enquadrados na ST, o que levou a autuação a glosar o crédito.

Reitera o pedido de diligência à ASTEC para constatar que todas as saídas desse item foram tributadas normalmente com a alíquota interna, gerando, portanto, um pagamento indevido sobre tais operações, o que para chegar a almejada justiça fiscal terá que ser reconhecida e abatida do valor reclamado como prejuízo para o erário estadual o valor indevidamente debitado.

Apela que seja considerado o pagamento indevido destacado nas notas e cupons fiscais de venda, abatendo tal montante do valor histórico devido ao representante fazendário.

Em relação a infração 03, informa que concorda com a autuação, porém constata que no momento da entrada das mercadorias no estabelecimento, não apropriou-se do crédito de ICMS contidos nos documentos fiscais de aquisição. Assim, requer o direito de abater das respectivas saídas o imposto pago na aquisição de produtos e mercadorias e serviços.

Na infração 04, requer a manutenção da improcedência da infração, reconhecida pelo próprio autuante em sede de informação fiscal.

No pertinente à infração 05, apela para que esta infração tenha sua apreciação do mérito através da diligência saneadora, pois os fatos descritos pela recorrente são a expressão da verdade, não podendo prosperar a singela presunção que estes eram composto lácteo e creme vegetal quando na verdade se tratam de leite em pó e margarina.

Na infração 06, alega que os valores reclamados foram recolhidos em sua totalidade. Cita como exemplo:

a) O debito no valor de R\$ 8.800,00 relativo a competência 07/2012, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$ 43.200,16 em 09/08/2012, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, ora anexado a este.(Doc.03);

b) O debito no valor de R\$ 4.650,00 relativo a competência 09/2012, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$ 56.873,43 em 09/10/2012, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, ora anexado a este.(Doc.04);

c) O debito no valor de R\$ 4.315,06 relativo a competência 07/2013, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$ 85.112,78 em 09/08/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, ora anexado a este.(Doc.05);

d) O debito no valor de R\$ 47.827,38 relativo a competência 08/2013, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$ 77.788,15 em 09/09/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, ora anexado a este.(Doc.06);

e) O debito no valor de R\$ 762,98 relativo a competência 09/2013, foi recolhido tempestivamente e juntamente com DAE no valor de R\$ 75.289,94 em 09/10/2013, conforme consulta de pagamento extraída no site da SEFAZ, ora anexado a este.(Doc.07),

Salienta que não é o simples fato de acessar o DTE que será imputado uma pena injusta e indevida desta pretensão fiscal, há de prevalecer a realidade dos fatos, sendo o débito totalmente inexistente.

Concorda com a infração 07.

Quanto às infrações 08 e 09, diz que os valores lançados nestes itens tratam-se de mercadorias destinadas ao uso ou consumo, sendo todas lançadas diretamente na contabilidade, com o

assentamento das operações registradas no livro Diário e no Razão, motivo pelo qual reitera o pedido de diligência saneadora para confirmar afirmativa, caracterizando que houve dolo ou fraude por fato, solicitando, assim, a redução ou dispensa em sua totalidade a omissão dos lançamentos no SPED fiscal.

Conclui renovando o pedido de improcedência parcial das infrações 02, 03 e 04, a apreciação da infração tipificada no item 05 e 06 face os elementos probatórios apresentados.

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

VOTO

O Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de nove infrações. O contribuinte se manifestou expressamente em suas defesas que concorda com a autuação em relação às infrações 01 e 07. Ademais, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial, reconhecendo a Insubsistência das infrações 04 e 05.

Tendo em vista que a redução do Auto de Infração não ensejou em Recurso de Ofício, nos cabe analisar as infrações mantidas e questionadas pela recorrente. Importante frisar que o Recurso Voluntário repisa a defesa inicial, motivo pelo qual o contribuinte questionou a infração 05, que já foi acatada pela Primeira Instância, não sendo objeto de análise neste momento, como dito acima.

Deste modo, as infrações a serem analisadas serão:

INFRAÇÃO 02 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e de 2013, conforme demonstrativo de fls. 18/68, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109. Lançado ICMS no valor de R\$7.921,17, com enquadramento no art. 9º, e art. 29. § 4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2012 e 2013, conforme demonstrativo de fls. 30/67, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109. Lançado ICMS no valor de R\$32.792,66, com enquadramento no art. 2º inciso I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 06 - 06.01.01 Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento relativo aos meses de julho, setembro de 2012; e julho, agosto e setembro de 2013, conforme demonstrativo de fls. 85/89, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 109. Lançado ICMS no valor de R\$66.355,42, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c artigo 305, § 4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 08 – 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a novembro de 2012; e janeiro a dezembro de 2013, conforme demonstrativos acostados às fls. 91/93 dos autos, e CD/Mídia de fl. 109. Lançada multa no valor de R\$1.784,37, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 09 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a dezembro de 2012; e janeiro a dezembro de 2013, conforme demonstrativos acostados às fls. 94/108 dos autos, e CD/Mídia de fl. 109. Lançada Multa no valor de R\$7.156,42, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Em relação à infração 02, diz a recorrente que todas as saídas de IOGURTE NCM-04031000, foram tributadas normalmente com a alíquota interna, gerando portanto, um pagamento indevido sobre tais operações, o que para chegar à almejada justiça fiscal, deverá ser reconhecido e abatido do valor reclamado como prejuízo para o erário estadual, o valor indevidamente debitado.

Já na infração 03, a recorrente afirma concordar com os termos da autuação, porém, diz constatar que no momento da entrada das mercadorias no estabelecimento, não exerceu o direito de apropriar o crédito de ICMS contido nos documentos fiscais de aquisição, situação pela qual, se torna imperioso o reconhecimento desse direito, fato em que apela pelo reconhecimento do

crédito destacado nas notas fiscais, abatendo sobre o valor reclamado, pois este é o princípio fundamental do regime da não cumulatividade sobre ICMS.

Observa-se que em ambas as infrações o contribuinte não questiona a infração, mas tão somente a aplicação da compensação dos créditos, informo que inexistente na legislação norma que permita a compensação nesta fase do processo administrativo fiscal. Todavia, poderá o defendente requerer junto à unidade Fazendária de sua circunscrição, a solicitação do indébito fiscal nos termos da orientação posta no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA), conforme determinações contidas no capítulo II, “Da restituição de débitos”, a partir do art. 73.

Infrações 02 e 03 Procedentes.

Quanto à infração 06, alega que o imposto cobrado foi integralmente recolhido, conforme as provas e informações trazidas.

Na informação fiscal, o autuante observou que os valores registrados na EFD, no campo da apuração do imposto, referiam-se ao total do ICMS normal apurado no respectivo mês, e não ao informado de ICMS referente ao diferencial de alíquota de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento.

Tendo em vista a questão posta, a Junta de Julgamento Fiscal, em sessão suplementar converteu o feito em diligência a INFAZ de origem para cientificar o autuado, mediante termo de intimação, do resultado da Informação Fiscal de fls. 145/157, com entrega dos documentos acostados aos autos, indicando 10 (dez) dias para se manifestar, todavia, o contribuinte manteve-se silente. E, nesta oportunidade recursal, tão somente repisou os termos da defesa inicial já analisado.

Por essa razão, entendo pela Procedência da infração 06.

No pertinente às infrações 08 e 09, que versam sobre obrigações de natureza acessória, o contribuinte tão somente requer a redução das penalidades aplicadas, com base no art. 42. §7º da Lei nº 7.014/96. Todavia, como demonstrado pelo julgador de piso, o sujeito passivo não acostou aos autos qualquer documento que demonstrasse os registros das operações na sua contabilidade, não preenchendo o requisito quanto ao não prejuízo ao Erário.

Assim, subsistem integralmente as infrações 08 e 09.

Por fim, e pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0020/17-7**, lavrado contra **SUPERMERCADO RIO BRANCO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$107.350,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$8.940,79**, previstas nos incisos IX e XI da Lei e Artigo citados, com os acréscimos moratórios, previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS