

A. I. N° - 088568.0002/19-7
AUTUADO - PONTO 10 DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - ANTONIO CESAR COSTA SOUZA
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/05/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0061-03/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. O sujeito passivo logra êxito em elidir parcialmente a autuação. Infração parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. DO IMPOSTO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração reconhecida. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Infração 03 insubstiente e Infração 04 parcialmente subsistente. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18/03/2019, exige o crédito tributário no valor de R\$113.424,00, através das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2017 a outubro de 2018. Exigido o valor de R\$27.057,98, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 20 a 43;

Infração 02 - 02.01.01. Falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações regularmente escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$46.821,66, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 18 e 19;

Infração 03 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2017 a outubro de 2018. Exigido o valor de R\$13.140,47, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 44 a 70;

Infração 04 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de janeiro de 2017 a outubro de 2018. Exigido o valor de R\$17.460,03, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 71 a 85;

Infração 05 - 03.02.05. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a julho de 2017 e agosto 2018. Exigido o valor de R\$8.943,86, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 86 a 108.

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 116 a 127, inicialmente, observa a tempestividade da impugnação, reproduz o teor das infrações e aduz os argumentos que se seguem.

Em relação à Infração 01, requer a nulidade do lançamento, assinalando que depois de analisar o levantamento fiscal constatou que os produtos, “Batata McCain Tradicional - NCM 2004.10.00 e Paio

Saudali Cx 10 kg - NCM 1601.00.00 são tributados normalmente, portanto são passíveis de crédito nas aquisições.

Observa que para o produto esteja enquadrado na substituição tributária, dever haver a coincidência entre as características da mercadoria e os atributos descritos no referido dispositivo, de forma que a mercadoria envolvida na operação apresente classificação fiscal - código NCM - coincidentes com as descrições contida na norma, todavia quando fez uma rápida consulta no Anexo 1 da Substituição tributária e pesquisou os NCMs, nenhum deles foi encontrado.

Conclui pugnando que seja julgada procedente seu pleito e requerer a nulidade total dessa infração.

Quanto às Infrações 02 e 05, afirma reconhecer o cometimento e informa que já iniciou o processo de parcelamento dos valores exigidos.

Ao tratar da Infração 03, observa que analisando o levantamento fiscal e os arquivos de sua EFD constatou que está tudo dentro da normalidade. Observou que o Autuante indicou que a alíquota correta seria de 12%, no entanto, no inciso II, do art. 15 da Lei 7.014/96, o legislador indica que a alíquota de 12% é aplicada nas operações interestaduais. Observa ser sabido que o produto objeto da autuação segue a regra geral, ou seja, 18%.

Depois de reproduzir o inciso LI, do art. 268 do RICMS-BA/12, assevera que em nenhum momento o legislador solicitou a indicação direta da alíquota de 12% na emissão das NF-e, como sugeriu o Autuante, o mesmo orienta a reduzir a base de cálculo no sentido da carga tributária corresponder a 12%, ou seja, destacado que manteve em sua escrita a alíquota de 18%, reduzindo a base de cálculo do ICMS, no sentido de aa carga tributária corresponder a 12%, sendo esse o crédito admitido. Apresentando como exemplo os valores constantes da Nota Fiscal nº 97.059.

Conclui destacando que resta evidenciada a desconstrução da irregularidade que lhe fora imputada.

No que concerne à Infração 04, informa que reconhece parcialmente a autuação em função da não tributação dos seguintes produtos: Filé de Merluza - NCM 0340.75.00, Sardinha - NCM 03.03.53.00 e Dourado em posta - NCM 0303.89.90. Esclarece que esses produtos, por um lapso, estavam sendo comercializados com o CST 040, ou seja, como isentos, no entanto, a isenção constante na alínea "e", do inciso II, do RICMS-BA/12, foi revogada a partir de 01/06/2016.

Por outro lado, diz contestar a pretensa tributação normal do produto, Lombo Sadia - NCM 0203.2900. Afirma tratar-se de um corte de carne de porco, oriundo do abate. Destaca que ao consultar o Anexo 1, do RICMS-BA/12, no item 11.25.1, verifica a existência de produtos na Posição da NCM - 0203 - Animais vivos e produtos do reino animais; Carnes e Miudezas, comestíveis; Carnes de animais das espécies suínas frescas, refrigeradas ou congeladas.

Arremata assinalando que haverá consenso no sentido de que o produto, Lombo Sadia - NCM 0203.2900 está submetido ao regime de substituição tributária.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 214 e 215, reproduz a descrição das infrações e passa a contrapor os argumentos defensivos.

Em Relação à Infração 01, explica que a exigência decorreu do fato de ter sido considerado no levantamento fiscal os produtos Batata McCain Tradicional e Paio Saudali como se fossem enquadrados na Substituição Tributária, e o crédito utilizado decorrente das entradas desses produtos como indevidos. Observa que aceita as razões apresentadas pela Defesa, por tratarem-se de produtos com tributação normal, devendo ser acolhida na íntegra as alegações apresentadas pelo Impugnante.

Assinala que o Defendente reconheceu o cometimento das Infrações 02 e 05.

No que diz respeito à Infração 03, revela que concorda com as alegações apresentadas pelo Impugnante. Esclarece que, o que efetivamente ocorreu é que deixou de observar que o Defendente reduziu a base cálculo de forma que a carga tributária efetiva correspondesse a 12% do produto, mantendo a alíquota de 18%. Frisa que ao reduzir a base de cálculo, o crédito utilizado foi correto. Arremata assinalado que a redução da base de cálculo consta do inciso LI, do art. 268, do RICMS-BA/12.

Quanto à Infração 04, esclarece que procedem as alegações apresentadas pelo Autuado em relação ao produto, *Copa Lombo*, que está enquadrado no regime de substituição tributária. Revela que em 2017 o citado produto estava enquadrado na ST, tendo passado no ano de 2018, para a tributação normal, fato esse que não foi observado por ocasião da fiscalização.

Informa que, pelo motivo supracitado, refez os demonstrativos com novos cálculos do tributo devido que anexa à informação fiscal, mantendo apenas como tributados os Pescados, tendo inclusive o Impugnante reconhecido ser devedor do imposto referente a esses produtos.

Conclui frisando seu acolhimento as razões da defesa e pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, consigno que, depois de examinar as peças que compõem o presente PAF, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Observo que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudessem inquinar de nulidade as infrações objeto do presente lançamento.

No mérito, o Auto de Infração é constituído por cinco irregularidades à legislação do ICMS, na forma enunciada pormenorizadamente no preâmbulo do relatório.

As Infrações 02 e 05 foram reconhecidas pelo Impugnante. Logo, ante à inexistência de lide em torno desses dois itens da autuação, fica mantida a autuação.

Infração 01 - cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, conforme demonstrativo às fls. 20 a 43.

O Impugnante, em suas razões de defesa, sustentou que os produtos, "Batata McCain Tradicional - NCM 2004.10.00 e Paio Saudali Cx 10 kg - NCM 1601.00.00, constantes do levantamento fiscal, são tributados normalmente, portanto, são passíveis de crédito nas aquisições, asseverando ser nula a Infração

Ao proceder à informação, o Autuante acolheu a alegação do Impugnante explicando que ocorreu equívoco no levantamento fiscal, por ter considerado que os produtos Batata McCain Tradicional e Paio Saudali como se fossem enquadrados na Substituição Tributária, e o crédito utilizado decorrente das entradas desses produtos como indevidos. Sustentou assistir razão ao Impugnante, por se tratarem as referidas mercadorias de itens com tributação normal.

Depois de examinar os elementos que compõem esse item da autuação, verifico, ante o acolhimento das alegações defensivas pelo Autuante, com base nas comprovações apresentadas pelo Impugnante, não mais existir lide em torno desse item da autuação. Assim, resta descaracterizada a acusação fiscal.

Concluo pela insubsistência da Infração 01.

Infração 03 - imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo às fls. 44 a 70.

O Defendente pugnou pela insubsistência da autuação, explicando que atendeu ao quanto previsto no inciso LI, do art. 268 do RICMS-BA/12, observou que em nenhum momento o legislador exige a indicação direta da alíquota de 12% na emissão das NF-e, como entendeu o Autuante. Assinalou que o dispositivo legal determina a redução da base de cálculo, com a finalidade de a carga tributária corresponder a 12%. Sustentou, conforme exemplo que apresenta à fl. 124, que manteve em sua escrita a alíquota de 18%, reduzindo a base de cálculo do ICMS, nas operações objeto da autuação, com o objetivo de que a carga tributária correspondesse a 12%, sendo esse o crédito admitido, consoante expressa determinação legal.

Ao proceder à informação, o Autuante acolheu a alegação do Impugnante, explicando que o que efetivamente ocorreu é que deixou de observar que o Defendente reduziu a base cálculo, de forma que a carga tributária efetiva correspondesse a 12% do produto, mantendo a alíquota de 18%. Frisou que, ao reduzir a base de cálculo, o crédito utilizado foi correto. Arremata assinalado que a redução da base de cálculo consta do inciso LI, do art. 268 do RICMS-BA/12.

Depois de examinar os elementos que compõem esse item da autuação, verifico que com a redução da base de cálculo efetuada pelo Impugnante nas operações arroladas no levantamento fiscal, e acolhida pelo Autuante, com base nas alegações defensivas, resta descaracterizada a acusação fiscal.

Concluo pela improcedência da Infração 03.

Infração 04 - trata do recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo às fls. 71 a 85.

Em sua Impugnação, o Autuado reconheceu parcialmente a autuação, em função da não isenção dos seguintes produtos: Filé de Merluza - NCM 0340.75.00, Sardinha - NCM 03.03.53.00 e Dourado em posta - NCM 0303.89.90. Explicou que esses produtos, por um lapso, estavam sendo comercializados com o CST 040, ou seja, como isentos, no entanto, a isenção desses produtos, constantes na alínea "e", do inciso II do RICMS-BA/12, foi revogada a partir de 01/06/2016.

Contestou a inclusão no levantamento fiscal do produto Lombo Sadia - NCM 0203.2900, sustentando tratar-se de um corte de carne de porco, oriundo do abate, conforme consta no Anexo 1 do RICMS-BA/12, no item 11.25.1, verifica a existência de produtos na Posição da NCM - 0203 - Animais vivos e produtos do reino animais; Carnes e Miudezas, comestíveis; Carnes de animais das espécies suínas frescas, refrigeradas ou congeladas. Concluiu sua defesa pugnando pela subsistência parcial desse item da autuação.

O Autuante manteve parcialmente a autuação, exigindo o débito referente às operações com pescado, acolhendo as alegações apresentadas pelo Autuado em relação ao produto, Copa Lombo, que está enquadrado no regime de substituição tributária. Revelou que em 2017 o citado produto estava enquadrado na ST, tendo passado no ano de 2018, para a tributação normal, fato esse que não foi por ele observado durante a fiscalização. Sustentou que, por esse motivo, refez os demonstrativos com novos cálculos do tributo devido, que anexa à informação fiscal, mantendo apenas como tributados os Pescados, tendo inclusive o Impugnante reconhecido ser devedor do imposto referente a esses produtos.

Depois de examinar o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante, verifico que a intervenção efetuada corresponde às comprovações apresentadas pelo Impugnante. E, nesse sentido, acolho o novo demonstrativo acostado às fls. 216 a 221, e constante do CD acostado à fl. 223, que contemplou a exclusão do item Lombo Sadia - NCM 0203.2900, e manteve as operações com Pescados, remanescendo o débito no valor de R\$1.167,39.

Assim, concluo pela subsistência parcial da Infração 04, no valor de R\$1.167,39.

Nos termos supra expendidos, concluo pela subsistência parcial da autuação, conforme demonstrativo abaixo:

D E M O N S T R A T I V O D E D É B I T O C O M P A R A T I V O A u t o
de Infração x Julgamento

Infrações	Auto de Infração	JULGA-MENTO	M U L T A	DECISÃO
01	27.057,98	-	60%	IMPROCEDENTE
02	46.821,66	46.821,66	60%	PROCEDENTE
03	13.140,47	-	60%	IMPROCEDENTE
04	17.460,03	1.167,39	60%	PROC. EM PARTE
05	8.943,86	8.943,86	60%	PROCEDENTE
TOTAIS	113.424,00	56.932,91		

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **088568.0002/19-7**, lavrado contra **PONTO 10 DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.932,91**, acrescido da multa 60%, prevista, respectivamente, na alínea “a”, do inciso VII e nas alíneas “f” e “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA