

**PROCESSO** - A. I. Nº 206880.0011/19-8  
**RECORRENTE** - CEREALISTA AJM LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0005-02/20  
**ORIGEM** - INFAZ SERTÃO PRODUTIVO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 09/07/2021

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0124-11/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. REDUÇÃO INDEVIDA. INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO FISCAL. Comprovado inexistir qualquer Termo de Acordo entre o estabelecimento autuado e a Secretaria da Fazenda, não pode haver redução de base de cálculo nas operações realizadas. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. RECOLHIMENTO A MENOS. Diante da ausência de argumentos defensivos que se refiram de forma objetiva à acusação fiscal, a infração é mantida. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0005-02/20, que por unanimidade julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/03/2019, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$38.183,32, tendo em vista as infrações abaixo:

*Infração 01. 03.02.06. Recolheu a menor o ICMS em razão da utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo, no total de R\$ 29.057,09. Os fatos ocorreram nos meses de dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018.*

*Infração 02. 07.01.02. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, fato verificado nos meses de outubro a dezembro de 2017, janeiro, março a dezembro de 2018, no montante de R\$ 9.126,23.*

O autuado apresentou impugnação (Fls. 74 a 78), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 85 a 87), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 2ª JJF que após análise julgou Procedente nos seguintes termos:

**VOTO**

*O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada, qual sejam, o recolhimento a menor de ICMS por utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo (infração 01), e recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação (infração 02).*

*Ambas as infrações se referem a fatos ocorridos quando de fiscalização junto ao estabelecimento comercial, causando estranheza, o argumento defensivo da empresa ao arguir ter sido “encontrado em trânsito com mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, conforme termo de apreensão pré-impresso, sendo que os preços adotados foram colhidos das cópias de pedidos emitidos pelo contribuinte, tudo conforme documentos anexos lavrados e colhidos no momento da ação fiscal”, fato totalmente estranho aos reportados nesta específica autuação.*

*De igual modo, consigno ter a autuada se reportado a aplicação de multa prevista no inciso III do artigo 42 da Lei 7.014/96, no percentual de 100%, quando em verdade, as multas aplicadas foram de 60%, diversas, pois.*

*Aliás, em muitas das assertivas defensivas apresentadas, resta forte dúvida acerca se os fatos ali aventados, de forma efetiva se reportam à presente autuação e ao conteúdo real do Auto de Infração.*

*Antes, porém, verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através de meio eletrônico (fl. 06), em 16/01/2019, cientificado no dia posterior (17/01/2019).*

*A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 06 a 66.*

*O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, descabendo, pois, qualquer arguição no sentido de nulidade sob o aspecto formal.*

*Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração trazendo fatos de argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.*

*Ainda assim, existem questões preliminares a serem analisadas, o que passo a fazer neste momento.*

*Quanto à nulidade suscitada, ao argumento de não ter o autuante considerado as informações enviadas pelo contribuinte para a SEFAZ, especificamente as DMA e os livros de apurações de ICMS, bem como notas fiscais e operações que estão na legislação conforme determina o próprio RICMS-BA e que não foi considerada, se trata de análise de mérito da autuação, e será adiante enfrentada.*

*A respeito da nulidade invocada ao amparo do artigo 18, inciso III do RPAF-BA, tal razão diz respeito ao julgador, e não ao autuante, ao explicitar que aquelas decisões em processos administrativos devem ser devidamente fundamentadas, não dizendo respeito ao autuante, reitero, descabendo, no momento da apresentação da impugnação, até pelo fato de não existir em tal oportunidade, qualquer decisão da autoridade julgadora.*

*No mérito, da análise dos elementos constantes nos autos, verifico que a defesa alega nulidade do feito, pelo fato de não ter o autuante, na sua ótica, analisado toda a sua documentação fiscal, bem como as DMA'S apresentadas, sequer solicitado esclarecimentos à empresa acerca de seus procedimentos.*

*Em relação à infração 01, diz respeito especificamente a redução de base de cálculo prevista no Decreto 7.799/2000, o qual assim determina no seu artigo 7º:*

*“Art. 7º A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G e 3º-H fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através do titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso”.*

*Ou seja: a condição sine qua non para o usufruto dos benefícios especificados em tal diploma normativo é a celebração do Termo de Acordo do estabelecimento com a SEFAZ.*

*Muito embora afirme estar acostando cópia do mencionado Termo, o que não faz, a autuada não possui qualquer Termo de Acordo, como bem demonstrado pelo autuante em sede de informação fiscal, o que invalida qualquer redução de base de cálculo que realize estribada em tal Decreto 7.799/2000 (fl. 88).*

*Assim, à falta de outros argumentos que possam ser apreciados, e fundado na inexistência de qualquer Acordo celebrado entre o sujeito passivo e a SEFAZ/BA, a infração é mantida, até pelo fato de que, na forma prevista nos artigos 142 “a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária” e 143 do RPAF/99 “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.*

*Quanto à infração 02, como já firmado anteriormente, diz respeito a recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em relação a mercadorias adquiridas para comercialização em operações interestaduais.*

*Esclareço, por oportuno, não se estar tratando aqui de antecipação tributária parcial sem encerramento de tributação prevista no artigo 12-A da Lei 7.014/96, e sim, de substituição tributária, com encerramento de tributação, prevista no artigo 8º do mencionado diploma legal.*

*A impugnação, aborda aspectos totalmente estranhos à acusação formulada, e de maneira objetiva não consegue se opor aos fatos relatados e devidamente trazido aos autos pelo autuante, o que traz como implicação a determinação contida no artigo 140 do RPAF/99, de que “o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”, o que ocorre no caso presente.*

*Quanto ao pleito para a solicitação de apresentação de novos documentos pelo contribuinte, acaso o julgador entendesse insuficiente a prova trazida, não pode ser atendido, diante do fato da previsão contida no RPAF/99, em seu artigo 123, § 5º:*

*“§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:*

- I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- II - se refira a fato ou a direito superveniente;*
- III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos”.*

*No caso em comento, nenhuma das três hipóteses acima elencadas se encontra presente, razão pela qual deveria*

*a defesa trazer toda a documentação que elidisse a infração, quando da impugnação atravessada, estando, pois, na forma do diploma acima reproduzido, precluso o seu direito de apresentar novos elementos.*

*Ao assim agir, o contribuinte não conseguiu se opor à acusação fiscal, motivo pelo qual o lançamento se apresenta como inteiramente procedente.*

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 109 a 114) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Quanto a Infração 01, pede a reconsideração do julgamento, e a nulidade, uma vez que, a JJF considerou a infração subsistente. Diz que entre as notas fiscais questionadas pelo autuante, constatou que, são relativas as operações efetuadas em decorrência de emissão de notas fiscais em substituição aos cupons fiscais emitidos pelo ECF com CFOP 5929, ou seja, não há o que se falar com ICMS devido nas notas fiscais, já que o imposto devido foi destacado nos cupons nos termos do Art. 67 do RICMS/BA.

Já com relação a Infração 02 cuja autuação apontou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição alega não ter recebido a mídia digital em excel, mas somente uma planilha em pdf para que pudesse conferir os cálculos, alegando assim, cerceamento ao direito de defesa, visto que dificultou o trabalho da recorrente.

Além disso, cita que alguns produtos, a exemplo dos “sequilhos” são tributados normalmente, citando inclusive o Parecer nº 7605/2013 que diz “aplica-se o regime de substituição tributária as misturas de cereais que contenham no mínimo 80% de farinha de trigo. Tratando-se de mistura cuja composição final resulte num percentual inferior a 80% de trigo, a tributação é normal”.

Pede que a infração seja considerada nula face aos equívocos do autuante, pois para que o produto esteja na substituição tributária, faz-se necessário verificar se há correspondência entre o NCM constante no Anexo I e a descrição.

Por fim, requer a Nulidade total do Auto de Infração ou no caso de assim não entender esta CJF, que seja considerado improcedente.

## **VOTO**

Trata-se de Recurso Voluntário, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0005-02/20, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/03/2019, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$38.183,32, tendo em vista duas infrações.

Antes mesmo de analisar as razões do Recurso Voluntário, extremamente necessário se faz analisar quais efetivamente foram as autuações.

A Infração 01 tem o seguinte descritivo: “Recolheu a menor o ICMS em razão da utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo, no total de R\$ 29.057,09. Os fatos ocorreram nos meses de dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018”

Quanto à preliminar de Nulidade suscitada pela recorrente, ao alegar que o autuante se equivocou em seus levantamentos, ou seja, utilizou como base as notas fiscais em substituição aos cupons, que não são tributados pelo ICMS, visto que já ocorreram as tributações nos Cupons Fiscais e no enquadramento dos produtos sujeitos à substituição tributária, trata-se de análise de mérito, que será analisada a seguir.

O RPAF-BA, em seu Art. 18, trata das hipóteses em que são considerados nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente; os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa; as decisões não fundamentadas; e o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator e aquele em que se configure ilegitimidade passiva, nenhuma das hipóteses são cabíveis ao auto em epígrafe.

A Infração 01, baseia-se no disposto no art. 29, § 8º da Lei nº 7.014/96, c/c Arts. 267 e 268 (a depender da hipótese), do RICMS/BA.

O citado § 8º, diz que quanto à utilização do crédito fiscal relativo ao serviço tomado ou à

mercadoria entrada no estabelecimento, quando prevista redução de base de cálculo na operação ou prestação subsequente com fixação expressa da carga tributária correspondente, deverá ser considerado como limite o percentual equivalente a esta carga.

Em análise por amostragem, dos itens constantes na planilha anexada aos autos, verifica-se que na maioria dos casos a carga tributária equivale a 10,59%, a exemplo das Notas Fiscais nº 16, 47 e 508.

Na defesa inicial, alega a Recorrente que era detentora de Termo de Acordo de Atacadista, mas não há nada acostado à defesa. Em sede de julgamento, consultamos os sistemas da SEFAZ e verificamos que a empresa atualmente não é detentora, e nem em períodos pretéritos.

Já em sede de Recurso Voluntário, alega que as notas não deveriam ter tributação, por se tratar de notas fiscais emitidas para substituir cupons fiscais nos termos do Art. 67 do RICMS/BA, entretanto, elas não representam a totalidade das operações listadas pelo autuante, mas sim, parte delas.

Em análise aos documentos acostados aos autos, Fls. 122 a 158 (espelho das notas fiscais, sem valor fiscal), foi possível verificar que assiste razão à Recorrente, ao alegar que no demonstrativo constam notas fiscais cujo CFOP é 5.929, o que não desconstitui a característica da cobrança, tendo em vista que, mesmo sendo emitida em substituição ao cupom, e considerando que a Recorrente estava aplicando indevidamente a redução da base de cálculo, não comprovou que os cupons fiscais foram emitidos com a alíquota correta, sem a respectiva redução, e a autuação cobra a diferença entre a alíquota interna e alíquota efetiva aplicada pela recorrente.

No tocante à Infração 02, lavrada pelo recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, fato verificado nos meses de outubro a dezembro de 2017, janeiro, março a dezembro de 2018, no montante de R\$9.126,23, que a recorrente alega equívoco, a exemplo dos sequilhos, não consta dos autos, elementos que comprovem as razões alegadas.

Em análise ao anexo I do RICMS/BA, vigente à época dos fatos, verifica-se que constam no Anexo - Item 11.22, os produtos “Biscoitos e bolachas não derivados de farinha de trigo”, da posição 1905.31, na qual estão inseridos os sequilhos e biscoitos de povilho.

Deste modo, por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantida 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 para julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206880.0011/19-8**, lavrado contra **CEREALISTA AJM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.183,32**, além da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS