

A. I. Nº - 233080.0012/20-0
AUTUADO - RF SUPERMERCADO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/10/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0167-04/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITOS FISCAIS. UTILIZAÇÕES INDEVIDAS. **a)** MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Fato comprovado. Acusação subsistente. **b)** MERCADORIAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERNAS. Excluídas as parcelas relacionadas a mercadorias que são tributadas normalmente. Acusação parcialmente subsistente. **c)** MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Fato comprovado. Acusação subsistente. **d)** DOCUMENTO FISCAL FALSO OU INIDÔNEO. Item não impugnado. Acusação mantida. **e)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Fato comprovado. Acusação mantida. **f)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Fato não impugnado. Acusação mantida. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. 5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. 6. LEVANTAMENTOS QUANTITATIVOS DE ESTOQUES. EXERCÍCIOS FECHADOS. **a)** OMISSÕES DE SAÍDAS. **b)** OMISSÃO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO ILEGAL DE OMISSÕES ANTERIORES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE TERCEIROS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO, APURAÇÃO EM FUNÇÃO DO VALOR ACRESCIDO. Itens não impugnados. Infrações 06 a 14 mantidas. Não acolhidas as arguições de nulidade. Indeferidos os pedidos de reabertura do prazo de defesa. Mantidas as multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Auto de Infração, expedido em 27/06/2020, para exigir crédito tributário no montante de R\$193.473,50, em decorrência das seguintes acusações:

- 1 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Conforme demonstrativos anexos”. Valor lançado R\$193,89. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII “a” da Lei nº 7.014/96.
- 2 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Conforme demonstrativos anexos”. Valor lançado R\$849,21. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII “a” da Lei nº 7.014/96.
- 3 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com

pagamento do imposto por substituição tributária. Conforme demonstrativos anexos". Valor lançado R\$8.343,71. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII "a" da Lei nº 7.014/96.

4 – *"Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento (s) fiscal (is) falso (s) ou inidôneo (s). Conforme demonstrativos anexos"*. Valor lançado R\$2.231,39. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII "a" da Lei nº 7.014/96.

5 – *"Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) documento (s) fiscal. Conforme demonstrativos anexos"*. Valor lançado R\$5.666,69. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII "a" da Lei nº 7.014/96.

6 – *"Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal (is) falso (s). Conforme demonstrativos anexos"*. Valor lançado R\$1.420,50. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII "a" da Lei nº 7.014/96.

7 – *"Deixou de recolher ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Conforme demonstrativos anexos"*. Valor lançado R\$12.737,10. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II "f" da Lei nº 7.014/96.

8 – *"Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Conforme demonstrativos anexos"*. Valor lançado R\$60.552,05. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II "a" da Lei nº 7.014/96.

9 – *"Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme demonstrativos anexos"*. Valor lançado R\$8.227,43. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II "a" da Lei nº 7.014/96.

10 – *"Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme demonstrativos anexos"*. Valor lançado R\$1.299,79. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II "a" da Lei nº 7.014/96.

11 – *"Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Conforme demonstrativos anexos"*. Valor lançado R\$8.605,20 referente aos exercícios de 2017 e 2019. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

12 – *"Falta de recolhimento de ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Conforme demonstrativos anexos"*. Valor lançado R\$26.929,63 referente ao exercício de 2018. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

13 – *"Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Conforme demonstrativos anexos"*. Valor lançado R\$21.946,37 referente aos exercícios de 2017, 2018 e 2019. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

14 – *"Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanha de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária,*

apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Conforme demonstrativos anexos”. Valor lançado R\$34.470,54 referente aos exercícios de 2017, 2018 e 2019. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seu procurador, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 28 a 45, apresentando uma síntese dos fatos e citando a tempestividade da peça defensiva, para, em seguida, arguir a nulidade do Auto de Infração por ausência de enquadramento legal.

Neste sentido fez referência ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do estado da Bahia – RPAF/BA, citando que este estabelece e disciplina as formalidades que devem conter os procedimentos administrativos, citando que o pedido de nulidade se ancora na ausência de enquadramento legal, haja vista na sua apuração não tipificar qual seria a suposta infração, violando, assim, o princípio da ampla defesa e o devido processo legal, dispostos no Art. 5º, LV da Constituição Federal.

Mencionou, também o Art. 39 do RPAF/BA, especificamente seu inciso III, mencionando que a descrição dos fatos considerados como infrações, devem ser de forma clara, precisa e sucinta, enquanto que o Auto de Infração se faz acompanhar de inúmeras e extensas tabelas e outros anexos elaborados pelo autuante, porém não informa, em específico o enquadramento legal e em que base se está exigindo tais valores, colidindo, assim, com o princípio máximo da legalidade.

Citou doutrina, o art. 112 do CTN que determina a interpretação mais favorável ao contribuinte, para asseverar que a exigência de recolhimento de crédito tributário sem demonstrar o enquadramento legal, se choca com o princípio da legalidade, inviabilizando os meios de defesa.

Concluiu pontuando que caso não se entenda que não é hipótese de nulidade, mas suscetível de correção, que lhe seja restituído integralmente o prazo de defesa.

Em seguida passou a questionar as multas aplicadas nos percentuais de 60% e de 100%, que considera possuir efeito confiscatório, art. 150, IV da CF.

A este respeito citou doutrina e jurisprudência oriunda de Tribunal Pátrio para efeito de respaldar seu argumento, para concluir que as multas aplicadas nos percentuais citadas devem ser reduzidas ao percentual de multa de mora de 20%, na forma defendida.

Ao ingressar no mérito da autuação, se reportou a infração 01 citando que o autuante considerou bens do imobilizado como sendo de uso e consumo, posto que, ao adquirir bens para compor o Ativo Permanente utiliza o CIAP para fins de crédito de ICMS.

Quanto a infração 02, disse que o Convênio ICMS 224/17 prevê claramente que há isenção para os produtos da cesta básica, razão pela qual entende que sal rosa viita croc moído, sal AIJ para churrasco 1kg, sal rosa vitta croc moído, entre outros, são isentos de tributação nas operações internas por serem produtos essenciais da cesta básica.

Quanto a infração 03 disse que o autuante não considerou que alguns produtos se encontram incluídos no rol da substituição tributária nos anos de 2017 e 2018, como é o caso das “pizzas”, que se reveste no produto de maior predominância na autuação.

Se referiu, em seguida, a infração 05 disse que não foi considerado o crédito de 2% referente ao fundo de pobreza, que vem incluído no documento fiscal, afixando um “print” parcial que não identifica sua origem nem a que se refere.

Não se referiu aos demais itens da autuação e concluiu sua peça defensiva pugnando que seja declarada a nulidade das notificações, com o seu respectivo arquivamento, devendo ser suportado pelo notificante os custos havidos da sua parte na produção da presente defesa ou, caso não seja este o entendimento, que o feito seja convertido em diligência a fim de se apurar as informações que prestou no tocante aos valores auferidos pelo autuante, para se comprovar as alegações dos erros que disse se encontrarem alocados na peça defensiva, e, ainda, que seja adentrado ao mérito da defesa para se constatar a incidência de multas e juros superiores aos legalmente previstos, processando-se aos recálculos do valor real devido, com os expurgos da

capitalização e demais acréscimos ilícitos, e, finalmente, que seja notificado de todo o andamento do processo administrativo, com o regular exercício da ampla defesa.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 47 a 49, pontuando que todo o processo se encontra revestido das formalidades legais previstas pelo RPAF/BA, demonstradas nos relatórios anexos ao processo, cuja cópia em meio magnético foi entregue ao autuado através do DTE, conforme comprovante anexo aos autos.

Quanto ao mérito, disse que em relação a infração 01, descabe o argumento defensivo porquanto as mercadorias relacionadas no demonstrativo “Crédito Indevido – Material de uso e consumo – resumo por item”, contido no arquivo “OS_50171020_AI_233-080-0012-20-0_Infracao-01-01-02_Anexo_2019-02.pdf”, são realmente itens de consumo e, ainda que fossem itens do Imobilizado, os créditos do ICMS deles decorrentes não poderiam ser utilizados sem o cumprimento e forma previstos nos arts. 229 e 230 do RICMS/BA.

No que diz respeito a infração 02, disse que o art. 265, II, “d” do RICMS, cita “sal de cozinha”, diferentemente dos sais descritos pelo autuado.

Naquilo que se relaciona a infração 03, ponderou que exatamente por estar relacionado no Anexo 1 do RICMS/2012, nos períodos citados, foi o que motivou a autuação, pelo fato do autuado ter utilizado o crédito indevidamente em relação aos produtos mencionados.

Ao se referir a infração 05, disse que o autuado alegou que não foi considerado o crédito de 2% referente ao Fundo de Pobreza, porém, colocou como comprovação em sua peça impugnatória apenas uma imagem onde não é possível identificar o produto acobertado pelo suposto documento fiscal, nem a chave eletrônica desse documento.

Concluiu pugnando pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração é composto por 15 (quinze) infrações, todas identificadas na inicial desta peça processual.

O autuado, em preliminar, suscitou a nulidade do Auto de Infração por ausência de enquadramento legal das acusações, situação esta, que ao seu entendimento, fere o princípio da legalidade e inviabiliza sua defesa.

Da análise que efetuei no corpo do Auto de Infração, constatei que não há como se sustentar o argumento defensivo. Isto porque, em todas as infrações se encontram explícitas, de forma bem clara, o enquadramento legal de cada infração, portanto, em nenhuma hipótese, existe ausência de enquadramento legal.

Poderia até o autuado ter questionado o enquadramento que foi feito, entretanto, não foi esse o seu questionamento, portanto, não há como se sustentar esse argumento defensivo.

Ademais, todas as infrações se encontram embasadas com demonstrativos analíticos, que possibilitam os mais amplos meios de defesa, o que afinal foi feito pelo autuado em relação a algumas infrações, atendendo plenamente ao regramento estabelecido pelo Art. 39 do RPAF/BA.

Desta maneira, por não vislumbrar qualquer cerceamento ao direito de defesa do autuado, é que não acolho o pedido de nulidade do Auto de Infração.

Convém aqui frisar, que na situação posta nestes autos, não existe qualquer motivação para que seja reaberto o prazo de defesa na forma suscitada pelo autuado, até porque, o mesmo enfrentou o mérito da autuação em relação àquelas infrações que julgou que caberia contestações.

No mérito, onde o autuado se insurgiu apenas em relação às infrações 01, 02, 03 e 05, de imediato, indefiro o pedido de realização de diligência, com arrimo no Art. 147 do RPAF/BA, pelo fato do autuado não ter apresentado qualquer elemento ou argumento que motivasse a realização de diligência, enquanto que já se encontram presentes nos autos, todos os dados necessários à formação do meu convencimento como julgador.

O autuado, ao se referir a infração 01, no valor de R\$193,89, que trata de utilização indevida de créditos fiscais referentes a aquisições de materiais para uso ou consumo próprio, a alegação defensiva foi de que se referem a aquisições de bens para integração ao seu Ativo Imobilizado, razão pela qual, faz jus aos créditos destacados nos documentos fiscais.

Do exame levado a efeito na mídia digital anexa aos autos, vejo que não assiste razão ao autuado em seu argumento, na medida em que as aquisições objeto da autuação, referem-se a materiais utilizados no seu setor de açougue, quais sejam: LUVA ACO INOX ACOUGUEIRO P, SERRA ACOUGUE STAR5/8X6 C2.20 e PEDRA AFIAR DUPFACE 8 CARB.R108, portanto, objetos típicos para utilização em açougue, e não se referem a bens para integração ao imobilizado, os quais, se assim fossem, teriam o tratamento específico previsto pela legislação aplicável.

Infração 01 subsistente.

No que tange à infração 02, que se relaciona à utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto nas operações de saídas internas, sendo lançado o imposto no total de R\$849,21, o autuado se reportou ao Convênio ICMS nº 224/17, destacando os produtos da cesta básica, para sustentar que os produtos sal rosa viita croc moído, sal AIJ para churrasco 1kg, sal rosa vitta croc moído, entre outros, são isentos de tributação nas operações internas, por serem produtos essenciais da cesta básica.

Em verdade, de acordo com as planilhas elaboradas pelo autuado, dentre outros produtos, a autuação recaiu sobre aquisições de sal grosso, sal rosa, aji sal e arroz integral, os quais não estão abarcados pela isenção previstas pelo Art. 265, II do RICMS/BA, vez que apenas o sal de cozinha e os arrozes Parbolizado e o Polido, se incluem na chamada “*cesta básica*”, diferentemente dos acima citados, que são tributados normalmente, devendo, desta maneira, serem excluídos da autuação, infração 02, os seguintes valores: mês 08/18 R\$17,28; mês 09/18 R\$73,97; mês 10/18 R\$35,98; mês 12/18 R\$57,75; mês 01/19 R\$10,28; mês 02/19 R\$5,54; mês 04/19 R\$5,54; mês 05/19 R\$9,07; mês 06/19 R\$3,24; mês 07/19 R\$9,07; mês 08/19 R\$19,75; mês 11/19 R\$15,26 e mês 12/19 R\$25,52, totalizando o valor de R\$288,25, a ser excluído da infração 02, remanescendo a mesma parcialmente subsistente no valor de R\$560,96.

No que tange à infração 03, o autuado arguiu que não foram considerados alguns produtos que se encontravam no rol da substituição tributária nos anos de 2017 e 2018, a exemplo do produto pizza.

Ocorre que a acusação é exatamente no sentido de que foram utilizados indevidamente créditos fiscais de ICMS, decorrentes de mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária por antecipação, fato este, que reflete o próprio argumento trazido pelo autuado em sua defesa.

Infração 03 subsistente no valor de R\$8.343,71.

Já em relação à infração 05, o argumento defensivo foi no sentido de que não foi considerado pelo autuante o crédito fiscal de 2%, correspondente ao Fundo de Pobreza.

Ora, a acusação é no sentido de que foi utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, conforme demonstrado nas planilhas elaboradas pelo autuante, com indicação individualizada por cada documento fiscal e sua respectiva chave de acesso.

Portanto, vejo que o argumento defensivo em nada lhe socorre, primeiro porque não apresentou concretamente qual documento que deixou de ser considerado, e se assim tivesse que ser, nada somaria em seu benefício, pois a exigência recaiu sobre crédito fiscal em valor superior ao constante do documento fiscal, portanto, nada tem a ver com o ICMS referente ao Fundo de Pobreza.

Infração 05 subsistente no valor de R\$5.666,69.

Em relação às demais infrações, ou sejam, 04, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13 e 14, não houve

insurgência em relação às mesmas pelo autuado, as quais, portanto, ficam mantidas.

Naquilo que diz respeito à irresignação do autuado, quanto às multas aplicadas nos percentuais de 60% e de 100%, estas ficam mantidas, pelo fato de existir previsão específica pela Lei nº 7.014/96 e pelo Código Tributário do Estado da Bahia, além de faltar competência a esta Junta de Julgamento para propor sua redução. Ademais, a alegação de efeito confiscatório das mesmas, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos, para declarar inconstitucionalidade na legislação tributária posta, consoante previsão pelo Art. 167, inciso I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, no valor de R\$193.185,25.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233080.0012/20-0**, lavrado contra **RF SUPERMERCADO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$193.185,25**, acrescido das multas de 60% sobre R\$133.472,66, e de 100% sobre R\$59.712,59, previstas pelo art. 42, incisos VII “a”, IV “j”, II “f”, “a” e “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA