

A. I. N° - 117227.0016/19-7
AUTUADO - ALB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PANIFICAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/12/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0216-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Os autos indicam incongruência entre a infração tipificada e a irregularidade identificada (presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis), bem como aplicação de inadequado roteiro de auditoria para apuração da irregularidade. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA PERCENTUAL. Os autos indicam incongruência entre a infração tipificada e a irregularidade identificada (falta de pagamento oportuno de ICMS Antecipação Parcial). Auto de Infração NULO. Recomenda instauração de novo procedimento fiscal. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 26/06/2019, o presente Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$31.976,50, acusando o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – 02.01.18 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor de R\$25.537,58. Período: Novembro e Dezembro 2018, Janeiro e Fevereiro 2019. Enquadramento legal: Artigos 25 e 32 da Lei 7.014/96 c/c artigo 332, I do RICMS-BA/2012. Multa: Artigo 42, II, “f”, da Lei 7.014/96.

Consta descrito: Não recolheu o ICMS apurado mediante o confronto entre as DMAs enviadas pelo contribuinte à SEFAZ. Saliente-se que conforme Relatório Informações TEF – ANUAL, relativo ao período fiscalizado faturou valores maiores que os registrados nas DMAs, conforme anexos (DMAs e Relação de DAEs – exercícios 2018 e 2019).

INFRAÇÃO 2 – 07.01.03. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Valor: R\$6.438,50. Período: Novembro e Dezembro 2017, Janeiro a Maço, Maio a Dezembro 2018, Janeiro e Fevereiro 2019. Enquadramento legal: Art. 42, II, alínea “d”, e § 1º da Lei nº 7.014/96. Multa: 60%, Art. 42, II, “f” da Lei 7014/96.

Às fls. 41-47, o sujeito passivo impugna parcialmente o lançamento. Após reproduzir a Infração 02, apresenta demonstrativo listando NFs de aquisições interestaduais que somam um ICMS Antecipação Parcial de R\$7.516,70, relativas a mercadorias utilizadas na sua atividade de padaria, restaurante, bares e afins. Também relaciona três NFs (7345196, 56850 e 4013), cujas mercadorias foram devolvidas em que o ICMS Antecipação Parcial soma R\$282,06 e, do mesmo modo, relaciona outras duas NFs (913701 e 913702), que diz canceladas pelo fornecedor, cujo ICMS Antecipação Parcial soma R\$ 290,97, todas constando no demonstrativo suporte da Infração 02 e sob alegação de que por serem insumos usados na produção dos seus produtos, não se submetem à antecipação parcial do imposto, de modo que tal fato enseja a impugnação parcial da penalidade contida na Infração 02.

Aduz que caso seja vencido na arguição defensiva, pede: a) revisão fiscal para se verificar a realidade dos fatos; b) improcedência parcial do AI; c) redução das penalidades em 80%.

O Autuante presta Informação Fiscal às fls. 122-126. Após reproduzir as infrações, diz que o contribuinte nada fala acerca da Infração 01 e que sobre a Infração 02 o Impugnante apresentou planilha relacionando NFs objeto da autuação dizendo serem relativas a compras para produção, devolução de compras e NFs canceladas pelo fornecedor, argumento que diz não fazer sentido por lhe faltar nexo de causalidade, uma vez que o contribuinte é obrigado a efetuar a antecipação parcial, pois suas atividades são consoantes com norma de incidência, em especial com o art. 2º, I, da Lei 7014/96, reproduzido, que trata da incidência do ICMS sobre operações relativa à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hoteis e estabelecimentos similares.

Reproduzindo o art. 267, VI do RICMS-BA., diz ser devido o recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial das empresas com as “atividades de padaria, restaurante, bares, e afins”.

Segundo, reconhece a pertinência da alegação defensiva relativa às três NFs referentes a devolução de mercadorias (7345196, 56850 e 4013) e das NFs canceladas pelo fornecedor (913701 e 913702), apresentando novos demonstrativos de débito e das NFs excluídas (fls. 126-127), reduzindo o valor da exação pela Infração 02 de R\$6.438,92 para R\$6.096,80, ajuste do qual o sujeito passivo foi regularmente intimado (fl. 129) e, ciente, não se manifestou.

VOTO

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de ICMS e sanção tributária acusando o cometimento de duas infrações, sendo que a 01 (02.01.18) acusa falta de recolhimento de ICMS relativo a operações escrituradas nos livros fiscais próprios e a segunda (07.01.03) propõe aplicação de multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária que encerraria a fase de tributação, mas reconhecendo que as subsequentes saídas das mercadorias foram normalmente tributadas.

Sem embargo, examinando os autos constato existência de vícios no procedimento fiscal de ambas infrações, os quais impedem a apreciação de mérito quanto ao cumprimento das obrigações tributárias veiculadas no lançamento fiscal, senão vejamos.

Infração 01

Em complemento à acusação fiscal o Autuante descreveu: “Não recolheu o ICMS, apurado mediante o confronto entre as DMAs enviadas pela contribuinte à SEFAZ. Saliente-se que os a contribuinte, conforme Relatório de Informações TEF – ANUAL, relativo ao período fiscalizado faturou valores bem maiores do que os registrados nas DMA’s do período realizado, conforme Documentos anexos (DMA’s e Relação de DAE’s – exercícios de 2018 e 2019) importados do Sistema Eletrônico da SEFAZ-Ba”.

Como suporte da acusação o Autuante produziu o demonstrativo de fls. 09 e 21 expondo confronto entre o ICMS exposto nas DMA’s dos períodos das ocorrências com o efetivamente recolhido pelo contribuinte autuado.

Ocorre que a partir do descriptivo complementar inserido pelo Autuante no corpo do Auto de Infração, a sua acusação tem por fundamento/motivo relatórios TEF fornecidos por administradoras de cartões de crédito/débito que informando vendas sem emissão de correspondentes documentos fiscais se constitui na presunção legal de ocorrência de operações ou prestações tributáveis previstas no inciso VII do § 4º, do art. 4º da Lei 7014/96, cuja metodologia a ser aplicada no procedimento fiscal consiste no comparativo/confronto entre os valores constantes no Relatório Diário TEF (cuja cópia deve ser entregue ao contribuinte na oportunidade da ciência do AI) x informações relativas aos correspondentes documentos fiscais constantes na Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte autuado, especialmente informações contidas na Memória Fiscal Digital do(s)s seu(s) ECF(s) (MFD).

Portanto, além de as informações produzidas pelo Autuante indicarem possível infração distinta da que tipificou nos autos, por não se adequar ao caso, o roteiro de auditoria aplicado no

procedimento fiscal que entabulou, comparando ICMS informado em DMA x ICMS recolhido, não lhe serve como suporte, até porque o próprio autor do feito em juízo administrativo de revisão, expressamente informou conhecer que o contribuinte fiscalizado “faturou valores bem maiores do que os registrados nas DMA’s do período fiscalizado”, fato que deslegitima as DMA’s que lhe serviram para pautar as diferenças exigidas no AI.

Infração 02 (07.01.03)

Como já indicado, essa infração serve à constatação de oportuna antecipação tributária total, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a aquisição de mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição Tributária, tendo por enquadramento legal o art. 8º, II e § 3º: art. 23 da Lei 7014/96 c/c art. 289 do RICMS-BA/2012, cujas saídas posteriores ocorrem normalmente tributadas e tem como suporte probatório os demonstrativos de fls. 31-36 sob o título “AUDITORIA DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL”, nos quais se relacionam detalhadamente as operações objeto da exação.

Na peça de defesa do sujeito passivo consta demonstrativo relacionando os mesmos documentos fiscais objeto da autuação, indicando recolhimentos relativos a ICMS por antecipação parcial, inclusive apontando indevida exigência fiscal referente a notas fiscais canceladas ou relativas a mercadorias que foram devolvidas ao fornecedor, fatos estes acolhidos pelo Autuante por ocasião da Informação Fiscal reduzindo o valor da exação pela infração, oportunidade em que opina pela parcial procedência do Auto de Infração.

Ocorre que, além de os demonstrativos suporte de fls. 31-36 expressarem auditoria relativa a exigência de ICMS por antecipação parcial, como expressado no relatório acima, na sua Informação Fiscal os argumentos aduzidos pelo Autuante confirmam que a sua acusação fiscal de fato se refere a multa percentual pelo não recolhimento oportuno do ICMS por antecipação parcial (07.15.03), obrigação tributária prevista no art. 12-A da Lei 7014/96, que, diferentemente da que tipificou no Auto de Infração, não encerra a fase de tributação de mercadorias adquiridas fora da Bahia para comercialização neste estado.

Portanto, por não serem passíveis de saneamento na forma prevista no § 1º do art. 18 do Regulamento do Processo Fiscal da Bahia – RPAF, os vícios contidos nos procedimentos fiscais das infrações, bem como as incongruências entre as infrações tipificadas e as irregularidades identificadas nos autos, com fundamento no art. 18, IV, “a”, do RPAF, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, ao tempo que em conformidade com o disposto no art. 156, do mesmo RPAF, represento os fatos à autoridade competente para instauração de novo procedimento fiscal a salvo de falhas.

Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Art. 156. Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **117227.0016/19-7**, lavrado contra a empresa **ALB INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PANIFICAÇÃO LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR