

A. I. Nº - 298945.0001/19-9
AUTUADO - NUTRICOMSAUDE COMÉRCIO DE PRODUTOS NUTRICIONAIS E HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTES - JOSERITA MARIA SOUSA BELITARDO DE CARVALHO e SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/12/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0218-04/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS COM SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Razões de defesa não elide a imputação. Item subsistente. **b)** MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. Razões de defesa elidem em parte a imputação. Refeito os cálculos em sede de Informação Fiscal pela agente Autuante. Item subsistente parcialmente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Item reconhecido. **b)** ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Razões de defesa elidem em parte a imputação. Refeito os cálculos em sede de Informação Fiscal pela agente Autuante. Item subsistente parcialmente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Razões de defesa elidem em parte a imputação. Refeito os cálculos em sede de Informação Fiscal pela agente Autuante. Item subsistente parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 17/07/2019, exige o valor de R\$78.982,81, inerente aos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo/documentos as fls. 08 a 86 dos autos, constantes do CD/Mídia de fl. 87, em razão das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto nos anos de 2017, e 2018 conforme demonstrativo de fls. 08 a 12 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$124,00, com enquadramento no art. 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inciso I, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 01.02.05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária nos anos de 2017 e 2018 conforme demonstrativo de fls. 13 a 17 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$2.362,13, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no ano de 2017, conforme demonstrativo de fls. 18 a 30 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$29.564,34, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96 e multa de 60% aplicada na forma do

art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 4 - 03.02.05: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no ano de 2017, conforme demonstrativo de fls. 31 a 36 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$1.509,09, com enquadramento nos artigos 17 a 21; e art. 23, da Lei nº 7.014/96 (a depender da hipótese) e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 5 – 07.15.05: Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativos de fls. 37 a 79 dos autos. Lançado multa de R\$45.423,25, com enquadramento no art. 12-A da Lei nº 7.014/96 e multa tipificada no inc. II, “d”, do art. 42, do mesmo diploma legal.

Às fls. 150 a 172 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

A NUTRIRCOMSAUDE COMERCIO DE PRODUTOS NUTRICIONAIS E HOSPITALARES LTDA, com sede à Rua Jurupoca , nº 164, Quadra 2, LT 16, Buraquinho, CEP: 42.710-590, Lauro de Freitas - BA, inscrita no CNPJ/MF sob nº 05.885.648/0001-06 e com Inscrição Estadual nº 062.662.812, e-mail-claudionano@nutrircomsaude.com.br, neste ato representada por seu bastante procurador o Sr. Claudio Roberto Nano Gomes, portador do CPF 673.003.165-49, RG 4.057.364-87 vem, por esta e na melhor forma de direito, apresentar suas razões de defesa, na certeza de que as mesmas serão devidamente acolhidas.

I. IMPUGNAÇÃO DA INFRAÇÃO 01

Diz verificar que a nota fiscal, cujo presente lançamento de ofício exige o crédito indevido, foi emitida pelo fornecedor com destaque do imposto, ou seja, as notas de aquisição das mercadorias, indicadas como isentas pela fiscalização, vieram com destaque do ICMS.

Ocorre, que a empresa autuada destacou também o ICMS nas notas fiscais de saídas, dessas mesmas mercadorias, o que demonstra claramente o engano e, portanto, a boa-fé do contribuinte.

Registra que, conforme planilha a seguir, os débitos, ou seja, o total do imposto destacado, indevidamente nas notas fiscais de saídas, são bem maiores do que os créditos alegados indevidos, apropriados pela empresa.

Diz que não houve, portanto, qualquer prejuízo ao erário público, muito pelo contrário. A Fazenda Pública foi beneficiada com recolhimento indevidamente a mais realizado pelo contribuinte.

Após destacar, na forma de quadro que faz parte integrante da peça de defesa à fl. 100 dos autos, as notas fiscais arguidas, diz que, na medida em que o valor total dos créditos apontados como indevidos do período entre os anos de 2017 e 2018 dos itens FREKA ENTERAL CH12 e FREKA PEXACT totalizaram R\$124,00 o valor dos débitos dos mesmos, nas saídas subsequentes, totalizaram R\$3.322,31.

Aduz restar, assim, uma diferença indevidamente recolhida a mais a ser devolvida pelo fisco ao contribuinte no valor de R\$3.198,31, conforme tabela que segue:

DÉBITO R\$	CRÉDITO R\$	VALOR A SER RESTITUIDO PELO FISCO
3.322,31	124,00	3.198,31

Do exposto, diz que cabe a improcedência da infração 01, bem como a restituição pelo fisco do valor pago a mais de ICMS pelo contribuinte.

II. IMPUGNAÇÃO DA INFRAÇÃO 02

Diz que a insurgência do contribuinte está voltada para o fato de que a fiscalização considerou mercadorias do regime normal de tributação como enquadradas no regime interno de

substituição tributária.

Pontua que os itens descritos como “SORO FISIOLÓGICO” constantes nas Notas Fiscais nºs 41946 e 42268, não se enquadram no regime da substituição tributária cujo NCM é número 33079000, conforme se pode conferir no anexo 01 do RICMS/BA.

Diz que, para o mesmo “SORO FISIOLÓGICO” a Nota Fiscal nº 42056, consta incorretamente a NCM 30049099, tanto é verdade que no arquivo XML da nota, consta a NCM correta que é 33079000, conforme pode ser comprovado no ANEXO II (N.F INFRAÇÃO 02) dessa defesa.

Pede para verificar que o CEST de “SORO FISIOLÓGICO” é número 2003200, conforme arquivo XML de sua nota fiscal trazida pelo autuante e constate do Anexo II (N.F INFRAÇÃO 02) desta impugnação, de tal forma que o aludido CEST não se encontra previsto no Anexo 1 do RICMS/BA e, conforme é de conhecimento corriqueiro, lá não relacionado, o produto não se enquadra no regime de Substituição Tributária.

Ademais, diz que, corretamente, realizou todas as saídas do “SORO FISIOLÓGICO” tributadas, conforme prova as notas fiscais de saídas, constantes do Anexo III (NF SORO INF. 02) desta impugnação, a seguir alinhadas:

- NF-e 41946 – Mercadoria não enquadradas no regime de substituição.
- NF-e 42056 – Mercadoria não enquadradas no regime de substituição.
- NF-e 42268 – Mercadoria não enquadradas no regime de substituição.

Registra que, ainda com relação a essa infração 02, reconhece que houve o crédito indevido do ICMS relativo aos itens citados nas notas fiscais abaixo relacionadas, gerando uma diferença a recolher no valor de R\$2.241,04, conforme notas que seguem:

- NF-e 11929 – Mercadoria no Regime ST, conforme RICMS/BA.
- NF-e 26653 – Mercadoria no Regime ST, conforme RICMS/BA.
- NF-e 960597 – Mercadoria no Regime ST, conforme RICMS/BA.
- NF-e 964786 – Mercadoria no Regime ST, conforme RICMS/BA.

Do exposto, pede a improcedência parcial da infração 02.

III. IMPUGNAÇÃO DA INFRAÇÃO 03

Diz que, em relação a esta infração, reconhece que houve a utilização incorreta das alíquotas, relativamente as notas fiscais constantes do presente lançamento de ofício, gerando, assim, uma diferença a ser paga no valor de R\$29.564,34.

O valor devido na infração 03, são relativos a itens tributados com CFOP 5949, sem destaque do imposto e outras saídas com alíquotas de 17%, fruto de absoluto erro aleatório do sistema, sem a devida identificação tempestivamente, não havendo dolo ou má fé da do contribuinte.

IV. IMPUGNAÇÃO DA INFRAÇÃO 04

Informa que, nos respectivos meses autuados, foram realizados ajustes na apuração e foram pagas as diferenças do imposto recolhido a menos, em razão do erro ocorrido, conforme está registrado nos livros fiscais constantes no Anexo IV (LIV. APUR. INF 04) desta defesa.

Diz passar a apresentar adiante o relatório dos ajustes efetuados no registro de apuração, a partir do mês 02/2017, conforme cópias dos livros de apuração, constantes do Anexo IV (LIV. APUR. INF 04), dessa impugnação, destinados a compensar os recolhimentos a menos, alvo da presente exigência tributária.

Pontua que esses ajustes, ou seja, “outros débitos” lançados no registro de apuração, tiveram, conforme já mencionado, como único objetivo corrigir o pagamento a menos, relativa redução da base de cálculo indevidamente realizada dos produtos indicados pela fiscalização.

Cabe observar que no mês 05 o ajuste efetuado pela empresa está contido no lançamento do DIFAL no valor R\$1.050,22, relativo às Notas Fiscais nºs 4649 e 45354, de compras para consumo, conforme arquivo “REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS 05-2017” do Anexo IV dessa impugnação.

Diz que é facilmente identificável que do valor acima mencionado de R\$1.050,22, apenas R\$761,80 refere-se ao pagamento da diferença de alíquota das aludidas Notas Fiscais nºs 4649 e 45354, conforme diz demonstrar o arquivo em Excel - NUTRIR COM SAUDE 05-2017, constante do mesmo Anexo IV.

Registra que o restante, no valor de R\$288,82, se refere aos ajustes por recolhimento a menos efetuados e pagos pelo contribuinte. A prova contundente do alegado é que esse (R\$288,82) é exatamente o valor da diferença exigida pela fiscalização no mês 05, bem como é exatamente a diferença entre o valor devido do DIFAL das aludidas Notas Fiscais nºs 4649 e 45354 e o valor recolhido a menos no mesmo mês pelo contribuinte.

Assim, pede a improcedência parcial da infração, remanescendo apenas como devido, as diferenças apontas na coluna (C) da planilha que segue:

COMPETÊNCIA	DÉBITO COBRADO A	PAGAMENTO NA APURAÇÃO B	DIFERENÇA A PAGAR C=A-B
01/2017	231,05	0,00	231,05
02/2017	203,66	168,14	35,52
03/2017	253,09	205,57	47,52
04/2017	207,51	201,91	5,60
05/2017	288,42	288,42	0,00
06/2017	75,72	70,12	5,60
07/2017	249,64	249,64	0,00
Total devido			325,29

Diz que a fiscalização, conforme tabela acima, efetuou o cálculo do recolhimento a menos em muitos meses diferentes dos cálculos da empresa, contudo, no mês 05 e no mês 07 eles são exatamente iguais, ou seja, o cálculo apurado das diferenças encontradas pelo fisco e apuradas pela empresa são iguais, provando que os lançamentos e pagamentos efetuados pelo contribuinte para compensar o recolhimento a menos procurou ser o mais assertivo possível.

Pontua que remanesce a diferença a ser paga no valor de R\$325,29, que reconhece.

V. IMPUGNAÇÃO DA INFRAÇÃO 05

Informa que cabe a procedência parcial da infração acima mencionada. Diz que a fiscalização incluiu diversas notas que, por sua natureza, ou mesmo prazo de pagamento, foi indevidamente exigido o correspondente imposto, na medida em que foi exigida a antecipação parcial em prazos distintos do que foi corretamente recolhido, além de haver, na presente infração, mercadoria destinadas ao ativo imobilizado, utilizadas para locação, ou mesmo referente a nota de aquisição de material para uso e consumo.

Pontua que consta do Anexo V (PROVAS INFRAÇÃO 05), todos os documentos comprobatórios das alegações adiante alinhadas:

Diz que realizou o pagamento da antecipação parcial corretamente observando o início da contagem do prazo, que era a partir da data de emissão do documento fiscal, tudo conforme previsto no artigo 332, parágrafo 2º do RICMS/BA, “até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do documento fiscal”.

Consigna que, a Fiscalização, contudo, para apurar a presente exigência fiscal, considerou, para efeito de marco inicial para contagem do prazo para pagamento, a internalização da mercadoria no estado, em descompasso com a legislação atual, na medida em que a mesma sofrera alteração.

Aduz que esse equívoco determinou a indevida exigência fiscal, já que o contribuinte realizou os pagamentos em consonância com o art. 12-A da Lei nº 7014/96 e art. 332, §2º do RICMS/2012, que

descreve.

Pontua que a “*data da emissão do documento fiscal*” como marco inicial para fixar a contagem do prazo para pagamento, está vigendo desde a alteração promovida pelo Decreto nº 17.164, de 04/11/2016, que destaca.

Observa que fica inquestionável, em relação ao equívoco da fiscalização, na data de recolhimento, é que o imposto exigido foi recolhido, com rigorosa observância à legislação tributária do Estado e nos prazos corretos.

Registra que, além das explicações acima aludidas, as demais explicações relativas às operações, alvo da fiscalização, de que não cabem as respectivas cobranças da antecipação parcial, conforme Anexo V (PROVAS INFRAÇÃO 05), no qual constam as notas, contrato de locação e demais provas que amparam as arguições que seguem, conforme descrito no corpo da defesa às fls. 108/114 dos autos, em relação a cada nota fiscal impugnada e por mês de ocorrência dos fatos.

Ao final, em relação a este item da defesa, no que diz respeito aos valores que remanescem a serem exigidos, pede a redução da multa de 60% para 5% do imposto devido, na medida em que 60% é um percentual absolutamente desproporcional à infração cometida, visto que a obrigação principal foi devidamente cumprida na saída das mercadorias, restando apenas o descumprimento de uma obrigação acessória.

Destaca o §1º do art. 42 da Lei 7014/96 na peça de defesa.

Em seguida, após apresentar outras considerações de defesa, com ênfase às disposições do art. 150 da CF/88, art. 102 do CTN e jurisprudência do STJ diz que redução da multa para 5%, que hora pede, é mais do que suficiente para penalizar a empresa pelo descumprimento de uma obrigação acessória que não trouxe qualquer prejuízo ao erário público e não foi fruto de dolo ou mesmo má fé do contribuinte.

Por fim, caso paire qualquer dívida quanto as alegações constantes da presente impugnação, relativas as infrações 01, 02, 04 e 05, solicita as diligências necessárias à comprovação do alegado, especialmente em relação à infração 05, no que tange às notas fiscais lançadas pelo autuante que não cabe a antecipação parcial, ou mesmo foram alvo de recolhimento pelo contribuinte dentro do prazo legalmente previsto e não nos prazos incorretamente exigidos pela fiscalização.

Os Autuantes, ao prestarem a informação fiscal, às fls. 144/146 dos autos, acostando novos demonstrativos de débitos de fls. 146/162, assim se posiciona quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

Inicialmente diz que, NUTRIRCOMSAUDE COMÉRCIO DE PRODUTOS NUTRICIONAIS E HOSPITALARES LTDA., Inscrição Estadual nº 062.662.812, apresenta, em razão da lavratura do Auto de Infração nº 298945.0001/19-9, peça defensiva onde reconhece o lançamento constante da infração 03, contesta parcialmente as infrações 02, 04 e 05, e contesta integralmente a infração 01.

Em relação a infração 01 que exige o ICMS indevidamente usado pelo contribuinte quando da aquisição de mercadorias isentas do imposto, a defesa alega que o fornecedor das mercadorias destacou o ICMS nos documentos fiscais de venda e que, por este motivo, a autuada usou o crédito, acrescentando, ainda, que ao vender os ditos produtos o fez tributando-os.

Observa que ver aqui que a defesa reconhece o cometimento da infração, de sorte que só resta a esta fiscalização manter integralmente o presente lançamento.

A infração 02 que exige o crédito fiscal utilizado pela autuada quando da aquisição de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Aduz que, dentre as diversas mercadorias constantes dos demonstrativos a autuada insurge-se apenas contra a inclusão do produto SORO FISIOLÓGICO.

Pontua que, verificando a página da CAMEX na internet, <http://www.camex.gov.br/tarifa-externa-comum-tec/tec-listas-em-vigor>, constatou na tabela onde constam a Nomenclatura Comum do

Mercosul (NCM) e a Tarifa Externa Comum (TEC), que dentre os produtos com NCM 3307 estão as “[...] *soluções líquidas para lentes de contato ou para olhos artificiais*, [...]”.

Sendo assim, diz acatar a alegação da defesa de que o produto em tela não se destina ao uso como medicamento, de modo que exclui do presente lançamento as Notas Fiscais nºs 41946, 42268 e 42056. Pontua, então, que os novos valores a recolher estão nas planilhas as fls.147 a 150.

A Infração 04 que exige o ICMS recolhido a menor, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, diz que, analisando as alegações da defesa constatou que não lhe assiste razão quando trata do mês de maio de 2017, eis que na planilha que apresenta consta a Nota Fiscal de nº 4649 como tendo valor total de R\$1.650,40 quando, na verdade, o valor da dita nota fiscal é R\$1.210,40, de sorte que não acata a defesa apresentada relativa ao mês em tela. Quanto ao alegado para os demais meses concluiu por acatar os argumentos da defesa.

A infração 05 apura que a autuada recolheu a menor a antecipação parcial, quando da aquisição em outras Unidades da Federação, de mercadorias sujeitas à tributação normal pelo ICMS, sendo que as saídas de tais mercadorias foram tributadas normalmente.

A defesa alega que fez a apuração considerando como mês de referência o da emissão das notas fiscais. Esta fiscalização refez os cálculos dos valores devidos, considerando o que arguiu a defesa, e encontrou que o recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação parcial ocorreu nos meses de setembro e novembro.

As planilhas com os novos valores são aquelas denominadas “*Apuração_Ant_PARCIAL_Recolhida_a_Menor_INF-FISCAL-ii*” e “*Ant_PARCIAL_ EFD_NF-e_NUTRIRCOMSAUDE_2017_2018_v_INF_FISCAL-ii*”, conforme fls. 151 a 161.

Finalizando diz que a contestação parcial do lançamento constante da infração 05, a defesa pede que a multa aplicada seja reduzida dos 60% do valor do imposto devido, conforme dispõe o Artigo 42 II “d” da Lei nº 7.014/96, para 5%. Deixa a autuada, contudo, de indicar o suporte legal que ampare a sua pretensão.

Concluída a análise da peça de defesa, pede, excetuadas as alegações acatadas por esta fiscalização, sejam os demais valores lançados julgados procedentes.

À fl. 162 consta Mensagem DT-e, dando ciência da Informação Fiscal de fls. 144/146 dos autos, ao Contribuinte Autuado.

Às fls. 165/174 dos autos, têm manifestação do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal prestada pelo agente Autuante.

Compulsando detidamente todo o texto da manifestação, vê-se que o Contribuinte Autuado, em relação as infrações 01, 02 e 04 apenas traz o destaque do resultado da Informação Fiscal, todavia não traça qualquer comentário em relação aos saldos remanescentes das citadas infrações.

Relativamente à infração 05 que diz respeito a multa percentual de 60% sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de pagar por antecipação, vejo, também, que, o sujeito passivo, não traz qualquer fato novo na peça de manifestação à Informação Fiscal, aliás repete todo o arrazoado apresentado na peça defesa de arguição do percentual da multa aplicada, com as mesmas justificativas já, anteriormente, apresentadas para pedir sua redução do percentual de 60% para o percentual de 5% do imposto devido.

Às fls. 183/184 consta Informação Fiscal à manifestação de fl. 165/174 dos autos, onde, após resumir as considerações da defesa, diz, ao final, que não há como acatar o que pede a defesa, relativamente a redução da multa ao patamar de 5%, eis que a penalidade aplicada no Auto de Infração, em tela, está definida de modo inequívoco no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

À fl. 185, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$33.559,56, relativo a quatro irregularidades; e por multa, no montante de R\$45.423,25, relativo a uma irregularidade, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo cinco infrações no valor total de R\$78.982,81, sendo as imputações de nºs 01, 02, 04 e 05 impugnadas parcialmente ou totalmente no mérito, que serão objeto de análise a seguir. Por sua vez, em relação a imputação de nº 03, que diz respeito a recolhimento a menor do imposto (ICMS) em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação em saídas de seu estabelecimento, o sujeito passivo reconhece o cometimento da infração, o que de pronto será julgada procedente.

Em relação a infração 01, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor total de R\$124,00, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, vê-se que o defendente não nega o cometimento da infração, consigna, então, que as notas de aquisição foram emitidas com destaque do imposto e, por sua vez, destacou o ICMS nas notas fiscais de saídas dessas mesmas mercadorias, o que à luz do seu entendimento não houve qualquer prejuízo ao erário público.

Aliás, o sujeito passivo destaca que, na forma do quadro que faz parte integrante da peça de defesa à fl. 100 dos autos, que diz relacionar as notas fiscais arguidas, pontua que o valor total dos créditos apontados como indevidos do período entre os anos de 2017 e 2018 dos itens “FREKA ENTERAL CH12” e “FREKA PEXACT” totalizam R\$124,00, por sua vez o valor dos débitos dos mesmos produtos, nas saídas subsequentes, totalizam R\$3.322,31. Aduz, então, que resta, assim, uma diferença indevidamente recolhida a mais a ser devolvida pelo Fisco ao Contribuinte Autuado no valor de R\$3.198,31, e pede improcedência da imputação.

Não é este o procedimento, muito menos o momento correto do Contribuinte Autuado formular qualquer pedido de restituição de valores de imposto (ICMS) recolhido indevidamente aos cofres do Estado. Trata-se, à luz do arguido no presente PAF, de uma “restituição de indébito fiscal”, que tem uma orientação própria no RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, mais especificamente nos artigos 75 e 78, dentre outros, conforme o objeto da restituição.

No caso dos autos, trata-se de utilização indevida de crédito fiscal, referente a mercadorias beneficiadas, com isenção do imposto, em que a legislação não autoriza a apropriação de tal crédito, o que não é negado pelo sujeito passivo.

Neste contexto, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da imputação de nº 01, cujo cometimento da infração não é negado pelo defendente, vejo restar subsistente a autuação.

A infração 02, que relaciona a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.362,13, refere-se a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 13 a 17 dos autos.

Em sede de Informação Fiscal, a agente Autuante, frisa que, dentre as diversas mercadorias constantes do demonstrativo de débito da autuação, o Contribuinte Autuado, insurge-se apenas contra a inclusão do produto “SORO FISIOLÓGICO”.

Pontua que, verificando a página da CAMEX na internet, <http://www.camex.gov.br/tarifa-externa-comum-tec/tec-listas-em-vigor>, constatou na tabela, onde constam a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) e a Tarifa Externa Comum (TEC), que dentre os produtos com NCM 3307 estão as “[...] soluções líquidas para lentes de contato ou para olhos artificiais, [...]”.

Sendo assim, diz acatar a alegação da defesa de que o produto em tela não se destina ao uso como medicamento, de modo que excluiu do presente lançamento as Notas Fiscais nºs 41946, 42268 e 42056. Aduz, então, que os novos valores a recolher estão nas planilhas às fls. 147 a 150.

À fl. 162 consta Mensagem DT-e, dando ciência da Informação Fiscal de fls. 144/146 dos autos, ao Contribuinte Autuado. Por conseguinte, às fls. 165/174 dos autos, têm manifestação do

Contribuinte Autuado à Informação Fiscal prestada pelo agente Autuante, em que não se observa qualquer consideração de impugnação ao saldo remanescente da infração 02.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações do débito original da imputação de nº 02 do valor de R\$2.362,13, pela agente Autuante, para o valor de R\$2.241,04, vejo restar subsistente parcialmente a infração 02 na forma do demonstrativo abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Valor – R\$
28/02/2017	09/03/2017	0,00
31/03/2017	09/04/2017	0,00
30/06/2018	09/07/2018	2.241,04
Total Infração 02		2.241,04

A Infração 04 diz respeito a ter recolhido a menor ICMS, no valor de R\$1.509,09, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no ano de 2017, conforme demonstrativo de fls. 31 a 36 dos autos.

Em sede de Informação Fiscal, a agente Autuante, diz que, analisando as alegações da defesa constatou que não lhe assiste razão quando trata do mês de maio de 2017, eis que na planilha que apresentou consta a Notas Fiscais nºs 4649 como tendo valor total de R\$1.650,40 quando, na verdade, o valor da dita Nota Fiscal é R\$1.210,40, de sorte que não acata a defesa apresentada relativa ao mês de maio de 2017. Quanto ao alegado para os demais meses concluiu por acatar os argumentos da defesa.

À fl. 162 consta Mensagem DT-e, dando ciência da Informação Fiscal de fls. 144/146 dos autos, ao Contribuinte Autuado. Por conseguinte, às fls. 165/174 dos autos, têm-se manifestação do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal prestada pela agente Autuante, em que não se observa qualquer consideração de impugnação ao saldo remanescente da infração 04.

Aliás, relativamente à infração 04, o defendente aponta os valores que diz concordar com os termos da imputação, agregando agora o valor de R\$288,42, que a agente Autuante manteve da autuação original por não concordar com os termos da defesa.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações do débito original da imputação de nº 04 do valor de R\$1.509,09, pela agente Autuante, para o valor de R\$613,71, vejo restar subsistente parcialmente a infração 04 na forma do demonstrativo abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Valor – R\$
31/01/2017	09/02/2017	231,05
28/02/2017	09/03/2017	35,52
31/03/2017	09/04/2017	47,52
30/04/2017	09/05/2017	5,60
31/05/2017	09/06/2017	288,42
30/06/2017	09/07/2017	5,60
31/07/2017	09/08/2017	0,00
Total Infração 04		613,71

A infração 05 trata de multa percentual de 60% sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, que perfaz o montante de R\$45.423,25, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativos de fls. 37 a 79 dos autos.

Assim dispõe o art. 12-A da Lei nº 7.014/96

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. (Grifo acrescido)

Por infringir tal dispositivo, o Contribuinte do ICMS é passivo de cobrança de multa de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente. Sobre tal penalidade

não há insurgência do Autuado, a sua irresignação, no mérito, é quanto a fiscalização ter incluído diversas notas que, por sua natureza, ou mesmo prazo de pagamento, foi indevidamente exigido o correspondente imposto, na medida em que foi exigida a antecipação parcial em prazos distintos do que foi corretamente recolhido, além de haver, na presente infração, mercadoria destinadas ao ativo imobilizado, utilizadas para locação, ou mesmo referente a nota de aquisição de material para uso e consumo.

Em sede de Informação Fiscal, a agente Autuante diz ter feito os cálculos dos valores devidos na presente imputação, considerando o que arguiu a defesa, e encontrou que o recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação parcial ocorreu, apenas, nos meses de setembro e novembro, onde apresenta novo demonstrativo de débito da infração 05, conforme planilha de fls. 151 à 161 dos autos.

À fl. 162 consta Mensagem DT-e, dando ciência da Informação Fiscal de fls. 144/146 dos autos, ao Contribuinte Autuado. Por conseguinte, às fls. 165/174 dos autos, têm-se manifestação do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal prestada pela agente Autuante, em que não se observa qualquer consideração de impugnação ao saldo remanescente da infração 05, exceto quanto ao aspecto do percentual de 60% de multa que estaria fora dos parâmetros de aceitabilidade do judiciário, inclusive fugindo da razoabilidade diante do presente caso, em comento.

Em relação à alegação da defesa, quanto ao aspecto do percentual de 60% de multa que estaria fora dos parâmetros de aceitabilidade do judiciário, inclusive fugindo da razoabilidade diante do presente caso, observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico da infração, objeto em análise, art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Sobre o pedido subsidiário de redução da multa da infração 05 do patamar de 60% para 5%, por ausência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, vigente antes da lavratura do presente exação fiscal, ocorrida em 17/07/2019, vez que fora revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, vejo que tal dispositivo era aplicável em situação de descumprimento de obrigação acessória, e no caso dos autos, trata-se de multa por descumprimento de obrigação principal, **em que falece competência dessa instância de julgamento apreciar tal pedido de redução.**

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações do débito original da imputação de nº 05 do valor de R\$45.423,25, pela agente Autuante, para o valor de R\$10.025,80, vejo restar subsistente parcialmente a infração 05 na forma do demonstrativo abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Valor – R\$
31/03/2017	09/04/2017	0,00
30/04/2017	09/05/2017	0,00
31/05/2017	09/06/2017	0,00
31/08/2017	09/09/2017	0,00
31/10/2017	09/11/2017	0,00
30/11/2017	09/12/2017	0,00
31/05/2018	09/06/2018	0,00
31/07/2018	09/08/2018	0,00
30/09/2018	09/10/2018	10.014,52
31/10/2018	09/11/2018	0,00
30/11/2018	09/12/2018	11,28
31/12/2018	09/01/2019	0,00
Total Infração 05		10.025,80

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em tela, na forma a seguir destacado:

INFRAÇÕES	VL LANÇADO	OCORRENCIA	VL JULGADO	RESULTADO
01 – 01.02.03	124,00	DEFESA	124,00	PROCEDENTE
02 – 01.02.05	2.362,13	DEFESA	2.241,04	PROC. PARTE
03 – 03.02.02	29.564,34	ACATA	29.564,34	PROCEDENTE
04 – 03.02.05	1.509,09	DEFESA	613,71	PROC. PARTE
05 – 07.15.05	45.423,25	DEFESA	10.025,80	PROC. PARTE
TOTAL	78.982,81		42.568,89	

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 **298945.0001/19-9**, lavrado contra **NUTRICOMSAUDE COMÉRCIO DE PRODUTOS NUTRICIONAIS E HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.543,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII e II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pecuniária no valor de **R\$10.025,80**, prevista no inciso II, “d”, da citada Lei e artigo, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA