

A. I. Nº - 207103.0012/20-1
AUTUADO - RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/01/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0228-02/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA E/OU EXTERIOR. Comprovado nos autos a inadequação procedimental do sujeito passivo visando proveito da decisão do STF no RE 593849 julgando devida restituição da diferença do imposto pago a mais por antecipação para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida. Auditoria nos termos orientado pelo Parecer DITRI 38952120183, identificou, igualmente, ocorrências de vendas de mercadorias com valor superior à presumida e encontro de contas atestou a infração acusada. Valor reduzido por acolhimento parcial de elementos de prova apresentados na forma indicada no art. 123, § 5º, do RPAF. Indeferido pedido de diligência e rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/06/2020, que formaliza exigência de ICMS, acusa cometimento da seguinte infração:

07.01.01 – Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Valor: R\$472.418,82. Período: Fevereiro a Outubro e Dezembro 2017, Janeiro a Abril, Agosto a Dezembro 2018. Enquadramento legal: Art. 8º, II, e § 3º do art. 23 da Lei 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Consta o seguinte registro:

“A RJ AO ADQUIRIR MERCADORIAS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ANEXO I, ITENS: 34, 35, 35-A ou 11.27, 11.28, 11.31.1 e 11.31.2 REVESTIDO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO NÃO EFETUOU, OU EFETUOU A MENOR O RECOLHIMENTO DOS ICMS, TENDO INFRINGIDO ALÉM DOS DIPOSITIVOS CONSTANTES NO SLCT, OS SEGUINTE: OS ART. 8, INC. II E PARAG. 3º, PARAG. 6º, PARAG. 8º; ART. 9º PAGA. ÚNICO; ART. 19, INC. I, PARAG. 1º e 3º; ART. 23, INC. II, PARAG. 5º e 6º INC. I DA LEI 7.014/96. INFRINGIU OS ARTS. 289, PARAG. 2º, INC. III e PARAG. 14º; ART. 490B DO RICMS/BA DEC. 13780/12.

SENDO QUE A PARTIR DE AGOSTO DE 2018 A RJ LANÇOU NOS RELATÓRIOS - MEMÓRIAS DE CÁLCULOS - DAS ST TOTAL, VALORES A TÍTULO DE RESSARCIMENTO, ABATENDO ESTES VALORES DO TOTAL APURADO, ACARRETANDO ARRECADAÇÕES DE ICMS MENORES.

OBS - EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - LIMINAR CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA PARA A IMPETRANTE - RJ IND COM E ARM DE ALIMENTOS LTDA, ATRAVÉS DO PROCESSO Nº 0567165-33.2016.8.05.0001 QUE DETERMINA À SUPERINTENDÊNCIA DA SAT/SEFAZ DE SE ABSTER DE EXIGIR O ICMS CALCULADO ATRAVÉS DA PAUTA FISCAL - IN 4/2016, VIGÊNCIA A PARTIR DE 22/09/2016, INCLUSIVE DE LAVRAR AUTO DE INFRAÇÃO OU NOTIFICAÇÕES FISCAIS DE LANÇAMENTO. POSTERIORMENTE, O TJ/BA EXAROU SENTENÇA - PROCESSO Nº 0519179-78.2019.8.05.0001 - EM MANDADO DE SEGURANÇA QUE DETERMINOU À AUTORIDADE COATORA, ESTADO DA BAHIA/SEFAZ, QUE SE ABSTENHA DE COBRAR ICMS CALCULADO COM BASE NA

PAUTA FISCAL, INs: 04/2016 E 51/2012, LOGO A AÇÃO FISCAL FICOU TOLHIDA DE APLICAR AS REGRAS DA LEGISLAÇÃO DO ICMS, JÁ RELACIONADAS ACIMA, CALCULANDO ICMS DA ST COM BASE NA MVA, E NÃO NA PAUTA FISCAL.

EM QUE PESE O DISPOSTO NO ART. 9º CAPUT E §ÚNICO DA LEI 7.014/96 QUE DISPÕE: Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei. Parágrafo único. O encerramento da fase de tributação referido neste artigo implica que, com a realização efetiva do fato gerador presumido, salvo disposição em contrário, não importa que seja o valor da operação superior ou inferior ao valor adotado como base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária, não caberá a exigência de complementação do imposto nem a restituição de importância eventualmente paga a mais, a não ser que no pagamento do imposto por antecipação tenha havido erro ou outra circunstância que exija correção.

E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO STF - Nº 593849 JULGAMENTO STF DO RE 593849 DE 19/10/2016 PUBLICADO EM 31/03/2017 DISPÕE: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

POSTERIORMENTE A DITRI TROUXE PARECER PARA DISCIPLINAR OS PEDIDOS DE RESTITUIÇÕES:

PROCESSO - Número: 38952120183

Categoria: Procedimento Administrativo Fiscal

Tipo: Restituição

Assunto: ICMS

E o PARECER emitido pela Diretoria de Tributação - DITRI sobre a questão em 18/01/2019, do qual extraímos os seguintes pontos:

1) Tratando-se de pedido de restituição do imposto pago por antecipação e relativo a fato gerador ocorrido a partir da publicação da decisão do STF em referência, o deferimento de qualquer pedido administrativo para compensar ou restituir a diferença do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária requer necessariamente a realização de auditoria fiscal, apurando-se igualmente as hipóteses em que houve venda da mercadoria em valor superior à presumida, para o devido encontro de contas. grifo nosso.

2) Apurando-se que a base de cálculo aplicada pelo contribuinte na operação de venda a consumidor final foi superior à presumida pelo Estado para fins de pagamento antecipado do ICMS ST, é devida a diferença do imposto.

3) Nos pedidos de restituição da diferença do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária deverá ser realizada auditoria fiscal e contábil para apurar, mediante encontro de contas, o montante a ser efetivamente restituído, se realmente devido.

O Contribuinte solicita ressarcimento do ICMS referente ao mês 11/2016, ocorre que a decisão do STF somente se aplica a fatos geradores ocorridos após a publicação do Acórdão referente ao Recurso Extraordinário - RE nº 593.849, que somente veio a ocorrer em 31/03/2017, desta forma, nosso parecer é pelo INDEFERIMENTO do pedido A RJ DEVERIA OBSERVAR QUE TANTO O RE EMANADO DO STF, QUANTO O PARECER DITRI CONDICIONA A RESTITUIÇÃO DO ICMS SE A BC EFETIVA DA OPERAÇÃO FOR INFERIOR À PRESUMIDA, OU SEJA, É NECESSÁRIO QUE DETERMINADA OPERAÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA DA ST ESTEJA VINCULADA À DETERMINADA OPERAÇÃO DE ENTRADA, E A BC DA VENDA SEJA COMPROVADAMENTE INFERIOR AO DA BC DA ENTRADA, ICMS PAGO ANTECIPADO - PRESUMIDO.

A DITRI AINDA EXIGE AUDITORIA FISCAL DE PROFUNDIDADE E AFIRMA: apurando-se igualmente as hipóteses em que houve venda da mercadoria em valor superior à presumida para o devido encontro de contas.

A RJ APRESENTA PLANILHAS COM APURAÇÕES MENSAS, EM QUE AS OPERAÇÕES DE ENTRADAS NÃO TÊM RELAÇÕES DIRETAS COM AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS. HÁ ITENS EM QUE HÁ ENTRADAS EM DETERMINADO MÊS, MAS NÃO HÁ A CORRESPONDENTE SAÍDA NO MESMO MÊS, E O CONTRÁRIO TAMBÉM ACONTECE. EX: COD. ITEM - 3249 QUE APRESENTA ENTRADA EM OUT/18, MAS NÃO HÁ SAÍDA EM OUT/18, E SIM EM NOV E DEZ/18 LOGO AS ENTRADAS DE OUT/18 SE SOMARÃO ÀS ENTRADAS DE NOV E DEZ/18 PARA CÁLCULO DAS BCs, E COMPARAÇÕES COM BCs DAS SAÍDAS DE NOV/DEZ/18. HÁ ITENS EM QUE HÁ MAIOR QUANTIDADE DE MERCADORIAS VENDIDAS NO MÊS DO QUE MERCADORIAS COMPRADAS NAQUELE MÊS, EX: COD ITEM - 3307, DEZ/18 - QTDE COMPRADA - 14.994,00KG, E QTDE VENDIDA - 20.502,00KG. O QUE AFETA O CÁLCULO DO (ICMS ST POR KG), OU (BC ICMS ST POR KG), OBTIDO COM OS VALORES DE ENTRADAS (ENTRADAS MENORES EM QUANTIDADE), DISTORCENDO OS CÁLCULOS, POIS SERVIRÃO PARA O CÁLCULO DA (QUANTIDADE VENDA DO ICMS ST MÉDIO) OU DA

(QUANTIDADE VENDA BC ICMS ST POR KG) DA PLANILHA ELABORADA PELA RJ.

ALÉM DESTAS DISTORÇÕES, A RJ APRESENTA NA PLANILHA APENAS AS OPERAÇÕES DE VENDAS QUE TIVERAM AS BCs INFERIORES ÀS BCs DAS ENTRADAS, E NÃO O CONTRÁRIO, NÃO REALIZANDO O ENCONTRO DE CONTAS QUE A DITRI EXIGE PARA QUE SE APURE SE HÁ RESTITUIÇÃO OU DÉBITO A SER RECEBIDO OU PAGO PELA RJ.

DE FORMA QUE A PLANILHA ELABORADA PELA RJ NÃO SATISFAZ AS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA QUE SE POSSA DETERMINAR COM PRECISÃO E COMPARATIVAMENTE AS BCs DAS OPERAÇÕES. POR ISSO, A AÇÃO FISCAL DESCONSIDEROU AS RESTITUIÇÕES DOS ICMS APRESENTADAS NAS PLANILHAS DE AGO/SET/OUT/NOV/DEZ/2018, QUE REDUZIRAM O ICMS RECOLHIDOS PELA RJ”.

Através dos advogados legalmente constituídos, o sujeito passivo apresentou defesa às fls. 58 a 75. Após descrever os fatos e reproduzir a infração, no item “3. DO DIREITO”, SUBITEM “3.1 Preliminar: da nulidade por ausência de suporte legal válido. Erro na identificação da infração legal”, passa a pontuar o que entende como erros cometidos pelo autuante, sendo o primeiro, relativo ao enquadramento das mercadorias em operações interestaduais como descritas no Anexo 1, itens: 34, 35-A ou 11.27, 11.28, 11.31.1 e 11.31.2”, bem como a utilização de diversos itens mediante a conjunção coordenativa “ou” – que diz expressar dúvida e incerteza, pois os itens descritos na ausência de recolhimento de ICMS por antecipação são estranhos às atividades da Impugnante, que jamais as comercializou, conforme cláusula segunda do seu contrato social (Doc. 01), reproduzida.

Logo, diz, a infração se pauta em fatos inexistentes ao incluir pães, bolos e produtos de panificação nas operações inseridas na sistemática do ICMS-ST da contribuinte.

Diz que também na Infração 01 a conjunção coordenativa “ou” leva à dúvida se se refere a falta de recolhimento ou recolhimento a menor, pois entende ser equivocado utilizar a mesma base legal para enquadrar fatos típicos diversos e com efeito distintos, constituindo-se, portanto, em equivocada capitulação legal do fato gerador, já que o Autuante destaca utilização de crédito indevido, mas descreve a infração como falta de recolhimento ou recolhimento a menor, exemplificando que, como visto em outros AIs, as possíveis infrações seriam mais bem enquadradas aos fatos descritos como “*recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização*” ou “*Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS)*”, de modo que os dispositivos legais indicados não refletem o âmago da ação fiscal, nem com o fato ocorrido nem como direito aplicável.,

Seguindo, reproduz os arts. 142 do CTN, 20, 18, IV, “a” do RPAF, 8º e 23, § 3º da Lei 7014/96, 289 do RICMS-BA/2012 e teor da decisão do a STF em Repercussão Geral na ADI 1851/AL, afirma que o AI deve ser reconhecido como NULO.

No item “3.1.1 DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA QUE ENTRADAS E SAÍDAS SEJAM REALIZADAS NO MESMO MÊS”, diz ser necessário compreender o Giro de Estoque, indicador que mede a rapidez com a qual os produtos de uma empresa estão sendo vendidos, gestão do estoque que interfere diretamente nos lucros e resultados da empresa, a desafiando receber e repassar para o cliente a mercadoria em um prazo que possibilite o pagamento ao fornecedor, o que, no caso do Atacadista, fica quase inalcançável, pois antecipar o imposto no momento da entrada da mercadoria no Estado, por Substituição Tributária, e quando realiza a venda o preço praticado na revenda não é suficiente para cobrir os custos de aquisição.

Nada obstante, diz se verificar no Anexo I que o valor das operações se deu em valores com base na MVA interno e devidamente recolhido. Ou seja, inexistiu ausência de recolhimento, muito menos, recolhimento a menor. Consequentemente, resta insubsistente o quanto apresentado na autuação, afirmando que “*(...) a RJ apresenta planilhas com apurações mensais, em que as operações de entradas não têm relações diretas com as operações de saídas. Há itens em que há entradas em determinado mês, mas não há a correspondente saída no mesmo mês, e o contrário também acontece*”.

Por conseguinte, não bastasse a utilização de fundamentos ilegais que não condizem os fatos, salienta que a Autoridade Fiscal se vale de obrigação que não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, pois, não existe norma que obrigue o Empresário a vender, no mesmo mês, todos os itens adquiridos e a proibição da escrituração da venda em mês diverso ao adquirido carece de previsão legal e dispensa maiores delongas.

Por derradeiro, neste ponto, diz que apesar de lavrado em 18/06/2020, utilizou-se de dispositivo legal revogado desde 12/12/2019, qual seja, o parágrafo único, do art. 9º da Lei nº 7.014/96 (reproduzido).

No item “3.2 Da inexatidão dos cálculos apontados na planilha anexa ao auto de infração”, fala que o cálculo da Substituição Tributária de ICMS no Estado da Bahia tem como regra a utilização da pauta fiscal ou da margem de valor agregado como componentes da base cálculo, cuja opção convergirá para aquela que resultar em um maior recolhimento. No entanto, por força das decisões válidas e vigentes oriundas dos Mandados de Segurança nºs 0567165-33.2016.8.05.0001 e 0519179-78.2019.8.05.0001, restou defeso ao Estado da Bahia a utilização da pauta fiscal, em face da Impugnante.

Após reproduzir o art. 490-B, I e II do RICMS-BA e 23, III, § 6º da Lei 7014/96, diz que, em consonância com a base legal exposta, bem como às decisões judiciais, a empresa jamais deixou de efetuar o recolhimento de ICMS devido, tendo feito, tão somente, com base na MVA e mediante a utilização de crédito. Em verdade, a distorção que gera eventual infração diz respeito ao fato de a autuada ter apresentado planilha apenas com as operações de vendas que tiveram bases de cálculo inferiores às bases de cálculo das entradas para fins restituição/creditamento de ICMS.

Afirma que eventual falha no encontro de contas exigido pela Diretoria Tributária em nada se relaciona com a ausência de recolhimento do tributo. É por isso que, caso não fossem os erros que tornam a autuação nula, a infração deveria se voltar, apenas, para a correta apuração de restituição ou débito de ICMS nas operações de entrada e saída dos exercícios de 2017 e 2018.

Seguindo, passa a pontuar os erros da memória de cálculo anexada ao Auto de Infração, dizendo juntar à Impugnação, planilhas (Doc. 03, fls. 101-104) que demonstram todos os erros perpetrados na fiscalização, bem como Nota Fiscal, DAE e Comprovante de Pagamento para cada uma das situações (Doc. 04, fls. 105-141):

DA INVERSÃO DE MODALIDADE DE FRETE

Plotando planilha, afirma que houve inversão de modalidade de frete para fins de elaboração de supostos valores a recolher, ou seja, ora cobrança do ICMS no frete CIF e calculou-se como FOB, ora o frete foi na modalidade FOB e calculou-se sob CIF (Notas Fiscais nºs 202838, 1142029, 373176, 269908, 1531, 1583, 277345, 1580, 1362485, 1742, 82983, 1739, 297009, 1738 e 309720).

DA INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA NOVENTENA

De igual modo, diz que se configurou inobservância ao princípio da noventena que alterou a alíquota do MVA na redação do Anexo 1 dada pelo Decreto nº 17.303, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, efeitos a partir de 01/02/2017 pelo Decreto nº 18.085, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 01/02/18.

Fala que a instituição do princípio da noventena teve como objetivo driblar manobras tendentes à publicação de normas que majoram tributos no findar do ano, cuja eficácia já pudesse ser exigida no início do ano seguinte, pois sem o princípio da noventena o legislador poderia publicar uma lei fixando o aumento de determinado tributo em 31 de dezembro, para surtir efeitos já em 1º de janeiro, de maneira, na verdade, a driblar o princípio da anterioridade, e, consequentemente, ferir a segurança jurídica dos contribuintes dos contribuintes, fato que alcançou as Notas Fiscais nºs 107060, 107423, 107460, 141060, 1184583, 429171, 429645, 97817, 176, 241816, 1434021, 73987, 73988, 97859 e 91182, conforme demonstrativo plotado.

DA BASE DE CÁLCULO INVERTIDA

Diz que, conforme demonstrativo, o fiscal utilizou a base de cálculo do ICMS invertida nas notas

(Notas Fiscais nºs 1751, 95524, 96790, 103106, 105535, 105652, 107430, 107535, 109275 e 109838).

PAGAMENTO EFETUADO E NÃO IDENTIFICADO

Conforme demonstrativo, afirma ter havido pagamento de substituição tributária efetuado e não identificado pela Autoridade Fiscal, relativos às Notas Fiscais nºs 314284, 174605, 42385, 236357, 90711 e 256529.

ERRO DE CÁLCULO DE ST

Do mesmo modo, destaca que houve erro de cálculo de Substituição Tributária por parte da fiscalização que não considerou o aproveitamento de crédito destacado nas Notas Fiscais nºs 28000, 127542 e 1501887.

DEVOLUÇÃO COM A PRÓPRIA NOTA

Constatou que houve fornecedor que efetuou devolução com a própria nota fiscal e a fiscalização não levou em consideração (Nota Fiscal nº 77569).

DO DÉBITO DEVIDO À IMPUGNANTE

Disse que para demonstrar boa-fé e à preservação da correta fiscalização, reconheceu não ter em posse alguns comprovantes de recolhimento (Notas Fiscais nos 22427 e 229428).

RESUMO DAS INEXATIDÕES DOS CÁLCULOS

Afirma que de todo o exposto, não fossem as nulidades que fulminam a autuação, da cobrança indevida que valora em R\$187.988,56, há que falar em débito de apenas R\$30.353,59, que resume no seguinte quadro:

	MOTIVO	COBRANÇA INDEVIDA FISCAL	COBRANÇA correta FISCAL
1	Inversão modalidade frete	9.359,59	6.895,23
2	Inobservância ao princípio noventena	66.022,84	0,00
3	BC Invertida	26.417,28	0,00
4	Pagamento ST não identificado	72.195,64	0,00
5	Erro cálculo ST	5.349,09	69,30
6	Fornecedor devolveu com a própria NF	15.539,35	0,00
7	Comprovante não encontrado	0,00	23.389,06
	TOTAL	194.883,79	30.353,59

Finaliza requerendo a nulidade do AI, seja por capitulação legal não condizente com os fatos, seja por erros diversos na escrituração do débito, elencados:

- a) itens 11.27 e 11.28 do Anexo I do RICMS/2012, com as redações vigentes nos exercícios de 2017 e 2018, não são comercializadas pela Impugnante;*
- b) a autuação utiliza a mesma base legal para dois fatos típicos distintos, quais sejam, ausência de recolhimento de ICMS e recolhimento a menor;*
- c) utilizou-se o art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 que se refere à multa por não recolhimento quando, em verdade, houve eventual recolhimento a menor;*
- d) o art. 23, § 3º da Lei nº 7.014/96 tem redação vedada pelo STF através do julgamento do Recurso Extraordinário 593849;*
- e) inexistência de norma que obrigue a Contribuinte a vender, no mesmo mês, todos os itens adquiridos;*
- f) utilizou-se o parágrafo único do art. 9º da Lei nº 7.014/96 com redação já revogada à época da autuação;*

Caso superada a nulidade, requer a Improcedência da autuação pelos seguintes fundamentos:

- g) houve inversão de modalidade de frete para fins de elaboração de supostos valores a recolher, ou seja, ora cobrança do ICMS no frete CIF e calculou-se como FOB, ora o frete foi na modalidade FOB e calculou-se sob CIF;*
- h) inobservância ao princípio da noventena que alterou a alíquota do MVA;*
- i) utilizou a base de cálculo do ICMS invertida;*

j) pagamento de substituição tributária efetuado e não identificado pela Autoridade Fiscal;

k) erro de cálculo de Substituição Tributária por parte da fiscalização que não considerou o aproveitamento de crédito destacado em Nota Fiscal; e

l) fornecedor que efetuou devolução com a própria fiscal e a fiscalização não levou em consideração.

Subsidiariamente, requer que seja convertido o julgamento em diligência, por força dos equívocos perpetrados, a fim de constar tão somente os valores desacompanhados de comprovantes para constituição de débito na forma como apresentado em planilhas e anexos.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 143 a 179. Inicialmente descreve a infração e as informações iniciais do Auto de Infração. Passa a combater as alegações defensivas que segue:

A priori, ressalta que a ação fiscal adota o procedimento de apresentar sua informação trazendo o contraponto de imediato a cada contestação da Impugnante, conduta que visa angariar subsídios para que os membros do CONSEF, após análise comparativa e imediata possa tomar as decisões balizadas nas informações e documentos acostados ao presente PAF.

I – DO PEDIDO DE NULIDADE

Diz que o Impugnante inicia questionando os enquadramentos das mercadorias objetos das operações de aquisições interestaduais relacionadas na ST - Anexo I, itens: 34, 35, 35-A ou 11.27, 11.28, 11-31.1 e 11.31.2, constantes no Demonstrativo elaborado às fls. 10 a 25 do PAF, alegando que a ação fiscal informa que no ANEXO I – ST do RICMS/BA vigente nos exercícios 2017 e 2018 os itens 11.27 e 11.28 seriam: outros pães de forma; e outros pães e bolos industrializados... respectivamente, estranhos à sua atividade, conforme exposto no seu Contrato Social.

Também alega equívoco na capitulação legal do fato gerador, pois há uso indevido de crédito de ICMS na escrita fiscal; descreve a infração como falta ou recolhimento a menor de ICMS, coisas que se distinguem, inclusive, exemplificando enquadramentos que entende mais corretos, bem como também questiona a tipificação da multa.

INFORMAÇÃO DO AUTUANTE

II – DA AUSENCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA QUE ENTRADAS E SAÍDAS SEJAM REALIZADAS NO MESMO MÊS

Referente a este argumento, informa que a ação fiscal constatou que entre agosto a dezembro de 2018 a empresa apurou ICMS ST totalizando valores por mês e realizando um único recolhimento, deduzindo a título de restituição, valor correspondente a ICMS calculado a título de antecipação maior, nas aquisições interestaduais de mercadorias da ST, pois haveria correspondentes vendas com valores menores, das mesmas mercadorias, procedimento usado com intuito de se beneficiar da decisão do RE STF 593849, objeto de adequação expressa no Parecer DITRI 3895120183 (reproduzidos), cujo regramento não foi observado pelo contribuinte autuado.

Fala que o citado parecer dispõe *sine qua non* condição para a restituição do ICMS, qual seja que a BC da efetiva saída por venda seja inferior à presumida por aquisição, ou seja, é necessário e determinante que a operação de saída da mercadoria adquirida com ST esteja vinculada, correlatada com a operação de aquisição, de modo a se constatar a diferença dos valores venda/compra e, por consequência, constatar que o ICMS antecipado/presumido e pago, foi efetivamente maior que o da saída subsequente e, para tanto, exige-se profunda auditoria para se apurar, igualmente, eventuais saídas de mercadoria com valor superior à presumida para o devido encontro de contas.

Contudo, diz, por ocasião da ação fiscal a RJ apresentou planilhas com apurações totalizadas mensalmente para o período agosto a dezembro 2018, com cálculo médio e sem direta correlação entre as mercadorias adquiridas com ST e as posteriormente vendidas, impossibilitando a comparação entre as BC das entradas/saídas.

Nessa situação, informa haver entradas em determinado mês, mas não há as correspondentes saídas no mesmo mês e vice-versa, então, pergunta: Como a Impugnante poderia calcular valores a serem restituídos pelo erário da Bahia?

Como exemplo, cita o item código 3249 que apresenta entrada em out/18, mas sem saída nesse mês, isso ocorrendo em novembro e dezembro/18. Logo, as entradas de out/18 se somam às de nov. e dez/18 para se calcular as BCs, e compará-las com as BCs das saídas de nov. e dez/18 e em tal auditoria verifica-se distorções que invalidam a comparação das BCs apresentado pelo contribuinte visando determinar se há ICMS a mais ou menos a ser restituído ou pago.

Também há itens apresentando maior quantidade vendida que entrada, como exemplifica com a mercadoria de código 3307, que em dez/18 apresenta compra de 14.994 kg contra 20.502 kg de venda. Nesse caso, afirma, é impossível obter certeza na comparação das BCs e do ICMS, invalidando as planilhas apresentadas pela Impugnante.

Além destas distorções exemplificadas, diz que mesmo que se considerassem os cálculos apresentados na planilha da Impugnante na ação fiscal, nelas apenas constam operações de vendas com BCs inferiores às das entradas, não constando casos contrários, com BCs de vendas superiores às de entradas, contrariando a orientação do Parecer DITRI nesse sentido, de modo a apurar imposto a restituir ou a pagar, o que, repete, desacredita os cálculos apresentados pela Autuada e, por isso, a ação fiscal desconsiderou as restituições do ICMS expostos nas planilhas de agosto a dezembro/2018.

Assim, diz, tendo adotado o critério da quantidade venda do ICMS ST médio, ou da quantidade venda BC ST por kg por média, a Impugnante teria que correlacionar as entradas e saídas dentro do mesmo mês, o que, diz, já seria incorreto por desconformidade com o Parecer da DITRI orientando que a cada operação de entrada seja calculado o ICMS presumido e pago por ST o comparando com o ICMS apurado nas operações de saídas das mesmas mercadorias, o que não ocorreu.

III – DA INEXATIDÃO DOS CÁLCULOS APONTADOS NA PLANILHA ANEXA AO AUTO DE INFRAÇÃO INFORMAÇÃO DA AUTUADA

Diz que a Impugnante cita os Mandados de Segurança concedidos a seu favor e que ela reconhece distorções nas suas planilhas dos cálculos dos ICMS da ST, apresentadas à ação fiscal, pois contendo apenas operações de vendas que tiveram BCs inferiores às BCs das entradas, para fins de restituição dos ICMS e que para apontar erros da memória de cálculos elaboradas pela ação fiscal, acostou à Impugnação a planilha de fls. 101-104 (Doc. 03) e no Doc. 04, as NFs, DAEs e comprovantes de pagamentos para cada situação apresentada.

INFORMAÇÃO DO AUTUANTE

Repisa que a Impugnante reconheceu ter havido distorções nas planilhas dos cálculos do ICMS ST que apresentou no curso da ação fiscal, pois no curso da ação fiscal lhe apresentou apenas apresentou operações de vendas com BCs inferiores às das entradas, para fins de restituição de ICMS e afirmou existência de eventual falha no encontro de contas exigido pela DITRI.

Aduz que ao contrário do alegado pela Impugnante, a autuação demonstra o acerto do procedimento fiscal, pois, além da Impugnante apurar apenas as vendas com ICMS inferior ao das compras, também deveria apurar as vendas com ICMS superior ao das compras, como orientado pela DITRI.

Ademais de tal erro, diz que a Impugnante adotou o critério da “quantidade venda do ICMS ST médio”, ou da “quantidade venda BC ST por kg por média”, para confrontar as BCs das vendas com as das compras, não possibilitando determinar, com segurança, tratar das mesmas mercadorias envolvidas nas respectivas operações de entrada e saídas.

Quanto aos erros apontados na Impugnação, passa a analisa-los na mesma ordem:

DA INVERSÃO DE MODALIDADE DE FRETE

Diz que ao contrário do afirmado pela impugnante, os CTes acostados ao PAF pela ação fiscal provam que os fretes foram contratados na cláusula FOB, sendo o tomador do serviço a Impugnante, e por isso devem compor a BC nas operações de ST para determinar o imposto a ser pago, fato que resta comprovado em cada NF e correspondente CTe provando, também, a

exatidão do imposto cobrado.

JUSTIFICATIVA – NF CIF FISCAL CALCULOU COMO FOB

Notas Fiscais nºs 202838, 1143029 e 373176

- Referente às Notas Fiscais nºs 202838 e 1143029 a ação fiscal não classificou o frete como FOB, mas sim como CIF, e não reclamou débito de ICMS, conforme se constata ao analisar o Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal (fls. 10-frente e verso). No caso de fev/2017, foi reclamado débito da Nota Fiscal nº 1034, no valor de R\$878,66. No caso de Mai/2017, foi reclamado débito da NF 38, no valor de R\$591,43.
- Referente à Nota Fiscal nº 373176 a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto o frete deveria ser incluído nos cálculos do imposto ST desta operação. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 11 do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota cópia do CTe nº 1522, que se refere à Nota Fiscal nº 373176, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a Impugnante.
- Não acata os argumentos referente às Notas Fiscais nºs 202838 e 1143029, pois os ICMS – ST foram calculados corretamente, e a ação fiscal, não reclamou nenhum débito. Quanto à Nota Fiscal nº 373176, a Impugnante não incluiu o frete FOB na BC do ICMS – ST apurado resultando débito de ICMS de R\$994,27.

Nota Fiscal nº 269908 e CTe nº 1531, Nota Fiscal nº 77953 e CTe nº 1583, Nota Fiscal nº 277345 e CTe nº 1580, Nota Fiscal nº 1362485 e CTe nº 1742, Nota Fiscal nº 82983 e CTe nº 1739, Nota Fiscal nº 297009 e CTe nº 1738, Nota Fiscal nº 309720 – CTe nº 1879

- Referente à NF 269908 e CTe 1531 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 10v do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1531, referente à Nota Fiscal nº 269908, para prova o fato, pois nele consta a Impugnante como tomador do serviço.
- Referente à Nota Fiscal nº 77953 e CTe 1583 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fls. 10v e 11 do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1583, que se refere à Nota Fiscal nº 77953, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a Impugnante.
- Referente à Nota Fiscal nº 277345 e CTe 1580 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 11 do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1580, que se refere à Nota Fiscal nº 277345, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a impugnante.
- Referente à Nota Fiscal nº 1362485 e CTe 1742 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 11 do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1742, que se refere à Nota Fiscal nº 1362485, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a impugnante.
- Referente à Nota Fiscal nº 82983 e CTe 1739 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 11v do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1739, que se refere à Nota Fiscal nº 82983, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a impugnante.
- Referente à Nota Fiscal nº 297009 e CTe 1738 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 11v do PAF,

se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1738, que se refere à Nota Fiscal nº 297009, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a impugnante.

- Referente à Nota Fiscal nº 309720 e CTe 1879 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 11v do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1879, que se refere à Nota Fiscal nº 309720, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a impugnante.

Informa que as provas acostadas comprovam serem os fretes contratados com a cláusula FOB, de responsabilidade do pagamento, e sendo o tomador do serviço a autuada, ratifica os débitos cobrados referente a estas notas fiscais. Ressalta que as notas fiscais e os CTes estão copiados na mídia eletrônica acostadas ao PAF, fl. 54.

DA INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA NOVENTENA

Assevera que a ação fiscal observou a data em que a legislação pertinente determinou a vigência dos novos percentuais das MVAs para as mercadorias enquadradas no regime de ST, e adquiridas em outras UF's pela Impugnante. Tendo surtido os efeitos legais a partir de 01/02/2018, conforme se observa no Anexo I do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012. Logo, há correção no trabalho desenvolvido pela ação fiscal.

Justifica que calculou pela BC ICMS com MVA 34,15 e RJ calculou pelo preço do produto com MVA 18,05.

JUSTIFICATIVA – FISCAL CALCULOU PELA BC ICMS COM MVA 34,15 / RJ CALCULOU PELO PREÇO DO PRODUTO COM MVA 18,05

Notas Fiscais nºs 107060, 107423 e 107460

A ação fiscal referente as Notas Fiscais nºs 107060, 107423, 107460 lançadas respectivamente nos livros RES/EFD da Impugnante: 01/02/18 – 06/02/18 – 06/02/18 aplicou o MVA vigente nas datas das entradas e lançamentos das NFs no registro fiscal da RJ, das mercadorias adquiridas em operações interestaduais, (alíquota das NFs 12%), e enquadradas na ST no Anexo I, item 1.32 (para carne de gado bovino e demais produtos resultantes da matança deste gado). E a MVA vigente nas datas era 34,15% conforme Anexo I do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Quanto às BCs adotadas para os cálculos do ICMS–ST das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais em análise, está correta, conforme dispõe a legislação do ICMS do Estado da Bahia. Art. 8º § 3º; art. 23 da Lei nº 7.014/96. Combinado com o art. 289 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Afirma que, conforme plotagens, ratifica os débitos reclamados dos ICMS-ST referentes às notas fiscais relacionadas.

JUSTIFICATIVA – FISCAL CÁLCULOU PELA MVA 41,77 E A RJ CALCULOU PELA MVA 24,76.

Notas Fiscais nºs 141060 e 1184586

A ação fiscal referente as Notas Fiscais nºs 141060 e 1184586 lançadas respectivamente nos livros RES/EFD da Impugnante: 02/02/18 – 05/02/18 aplicou o MVA vigente nas datas das entradas e lançamentos das NFs no registro fiscal da RJ, das mercadorias adquiridas em operações interestaduais, (alíquota das NFs 7%), e enquadradas na ST no Anexo I, item 1.35.0 (para produtos comestíveis de aves), e item 1.35.1 (para produtos comestíveis de suíno). E a MVA vigente nas datas era 41,77% conforme Anexo I do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Portanto, conforme plotagens, ratifica os débitos reclamados dos ICMS-ST referentes às notas fiscais relacionadas.

JUSTIFICATIVA – FISCAL CÁLCULOU PELA MVA 34,15 E A RJ CALCULOU PELA MVA 18,05.

Notas Fiscais nºs 429171, 429645, 97817, 176, 241816, 1434021, 73987, 73988, 97859 e 91182.

A ação fiscal referente as Notas Fiscais nºs 429171, 429645, 97817, 176, 241816, 1434021, 73987, 73988, 97859 e 91182. lançadas respectivamente nos livros RES/EFD da impugnante: 02/02/18 – 02/02/18 –

06/02/18 – 06/02/18 – 06/02/18 – 06/02/18 – 08/02/18 – 08/02/18 – 08/02/18 e 09/02/18 aplicou o MVA vigente nas datas das entradas e lançamentos das NFs no registro fiscal da RJ, das mercadorias adquiridas em operações interestaduais, (alíquota das NFs 12%), e enquadradas na ST no Anexo I, item 1.32 (para carne de gado bovino e demais produtos resultantes da matança deste gado); no Anexo I, item 1.35.0 (para produtos comestíveis de aves); no Anexo I, item 1.35.1 (para produtos comestíveis de suíno). E a MVA vigente nas datas era 34,15% conforme Anexo I do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, hard copy anexados.

DA BASE DE CÁLCULO INVERTIDA

Informa ter usado na ação fiscal a BC prevista na legislação do ICMS/BA, art. 23 da Lei nº 7.014/96 para calcular o ICMS devido quando das aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de ST pela Impugnante.

JUSTIFICATIVA – FISCAL CÁLCULOU PELA DA BC DO ICMS.

Notas Fiscais nºs 1251, 95524, 96790, 103106, 105535, 105652, 107430, 107535, 109275 e 109838.

Informa que da análise do Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal, anexado às fls. 10 a 25 do PAF, percebe-se que os cálculos dos ICMS-ST das notas fiscais relacionadas acima observam o que dispõe a legislação do ICMS do Estado da Bahia. Art. 8º § 3º; art. 23 da Lei nº 7.014/96. Combinado com o art. 289 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Ratifica os débitos reclamados dos ICMS-ST referentes às notas fiscais.

PAGAMENTO EFETUADO E NÃO IDENTIFICADO

Explica que a ação fiscal referente a estas operações apontadas pela Impugnante, identificou o pagamento apenas da Nota Fiscal nº 314284, conforme informação anterior, no valor de R\$ 12.234,58, valor que será retirado do novo Demonstrativo de Débito, acostado ao PAF junto com a presente Informação. Nas demais operações acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 174605, 42385, 130003, 236357, 90711 e 256529 a Impugnante não provou através de documentos o efetivo recolhimento do imposto. Portanto, acata em parte este item.

JUSTIFICATIVA - FISCAL NÃO IDENTIFICOU PAGAMENTOS.

Notas Fiscais nºs 314284, 174605, 42385, 130003, 236357, 90711 e 256529:

NF 314284

Referente a esta operação a Impugnante apresenta comprovante de pagamento no valor de R\$12.293,04, pago em 14/02/2017, cópia à fl 110, que corresponde ao valor recolhido no hard copy arrecadação da SEFAZ/BA, acostado ao PAF pela ação fiscal, fl 28. Na cópia do DAE acostada ao PAF à fl 117, pela Impugnante, se verifica que este DAE se refere à Nota Fiscal nº 314284, com o mesmo valor recolhido. Apesar que o valor do ICMS calculado pela ação fiscal e pela impugnante ser de R\$12.234,58. Desta forma, a ação fiscal reduzirá o valor de R\$12.234,58 do novo Demonstrativo de Débito que será elaborado e anexado com a informação fiscal ao PAF.

NF 174605

Referente a esta operação o argumento apresentado pela impugnante de que a ação fiscal não identificou o pagamento, não procede. Conforme análise do Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal, à fl 10 do PAF, a ação fiscal identificou o pagamento de R\$12.966,38 no dia 17/02/2017, hard copy da SEFAZ/BA, fl 28, anexada ao PAF pela ação fiscal. O cálculo do ICMS – ST devido nesta operação, tanto feito pela ação fiscal, quanto pela impugnante é de R\$12.996,37, fl 10 do PAF, consta o DD da ação fiscal; e fl 102 do PAF, memória de cálculo apresentada pela Impugnante. Contudo, a impugnante recolheu R\$12.966,38, o que acarreta débito ICMS – ST de R\$29,99 conforme registrado no DD, a fl 10 do PAF. Para esta operação a ação fiscal ratifica o débito cobrado de R\$29,99.

NF 42385

Referente a esta Nota Fiscal nº 42385, ao contrário do que afirmou a impugnante que teria recolhido, no dia 27/03/2017, o ICMS –ST no valor de R\$12.583,40, segundo memória de cálculo elaborado pela Impugnante à fl 102 do PAF, a mesma não apresenta nenhum comprovante de

pagamento, nem DAE neste valor, para esta operação, nos documentos acostados ao PAF, fls 106 a 139. Também a ação fiscal não localiza no hard copy arrecadação da SEFAZ/BA o pagamento alegado pela impugnante no valor de R\$12.583,40. Para esta operação a ação fiscal ratifica o débito cobrado de R\$12.583,40.

NF 130003

Referente a esta Nota Fiscal nº 130003, ao contrário do que afirmou a Impugnante que teria recolhido, no dia 17/07/2017, o ICMS –ST no valor de R\$19.253,00, segundo memória de cálculo elaborado pela Impugnante à fl 102 do PAF, a mesma não apresenta nenhum comprovante de pagamento, nem DAE neste valor, para esta operação, nos documentos acostados ao PAF, fls 106 a 139. A ação fiscal localizou no hard copy arrecadação da SEFAZ/BA o pagamento efetuado pela Impugnante, para esta operação, no valor de R\$12.262,11, restando débito de ST de R\$6.990,88, conforme consta no DD elaborado pela ação fiscal, fl 11 do PAF. Para esta operação a ação fiscal ratifica o débito cobrado de R\$6.990,88.

NF 236357

Referente a esta Nota Fiscal nº 236357, ao contrário do que afirmou a Impugnante que teria recolhido, no dia 10/10/2017 e 31/10/2017, o ICMS – ST no valor de R\$16.648,20, segundo memória de cálculo elaborado pela impugnante à fl 102 do PAF, a mesma não apresenta nenhum comprovante de pagamento, nem DAE neste valor, para esta operação, nos documentos acostados ao PAF, fls 106 a 139. A ação fiscal localizou no hard copy arrecadação da SEFAZ/BA o pagamento efetuado pela impugnante, para esta operação, no valor de R\$15.756,60, restando débito de ST de R\$891,60, conforme consta no DD elaborado pela ação fiscal, fl 11v do PAF. Para esta operação a ação fiscal ratifica o débito cobrado de R\$891,60.

NF 90711

Referente a esta Nota Fiscal nº 90711, ao contrário do que afirmou a Impugnante que teria recolhido, no dia 24/01/2018, o ICMS – ST no valor de R\$36.461,15, segundo memória de cálculo elaborado pela impugnante à fl 102 do PAF, a mesma não apresenta nenhum comprovante de pagamento, nem DAE neste valor, para esta operação, nos documentos acostados ao PAF, fls 106 a 139. A ação fiscal localizou no hard copy arrecadação da SEFAZ/BA o pagamento efetuado e informado pela impugnante de R\$36.461,15, na data indicada pela RJ, 24/01/2018, referente a Infração/Denúncia Espontânea/Not. Fiscal/D. Dec. Contudo, a impugnante precisa acostar ao PAF os documentos comprobatórios de que este pagamento se refere a operação acobertada pela NF 90711. Por enquanto, a ação fiscal, ratifica o débito cobrado de R\$34.397,31 constante do DD elaborado pela ação fiscal, fl 12 do PAF.

NF 256529

Referente a esta Nota Fiscal nº 256529, ao contrário do que afirmou a Impugnante que teria recolhido, no dia 30/01/2018, o ICMS –ST no valor de R\$5.371,95, segundo memória de cálculo elaborado pela impugnante à fl 102 do PAF, a mesma não apresenta nenhum comprovante de pagamento, nem DAE neste valor, para esta operação, nos documentos acostados ao PAF, fls 106 a 139. Também a ação fiscal não localiza no hard copy arrecadação da SEFAZ/BA o pagamento alegado pela impugnante no valor de R\$5.371,95. Contudo, a ação fiscal calculou o débito de ICMS – ST para esta operação de R\$ 5.067,88, valor do débito ora ratificado.

ERRO DE CÁLCULO DE ST

Diz que a ação fiscal referente a estas operações apontadas pela Impugnante, identificou os erros nas operações acobertadas pelas Notas Fiscais: i) Nota Fiscal nº 127542, conforme informação anterior, no valor de R\$5.072,39, valor que será retirado do novo Demonstrativo de Débito, acostado ao PAF junto com a presente informação; ii) Nota Fiscal nº 1501887, conforme Informação anterior, no valor de R\$276,71, valor que será retirado do novo Demonstrativo de Débito, acostado ao PAF junto com a presente informação. Na outra operação acobertada pela Nota Fiscal nº 28000 o Imposto reclamado pela ação fiscal permanece pela exatidão da cobrança. A ação fiscal acata em parte este item.

JUSTIFICATIVA – FISCAL NÃO APROVEITOU TODO CRÉDITO DA NF

Notas Fiscais nºs 28000, 127542 e 1501887:

NF 28000

- Referente à Nota Fiscal nº 28000 a Impugnante acata a cobrança do débito de R\$69,30, conforme memória de cálculo por ela apresentada à fl. 101 do PAF, Doc. 03.

NF 127542

- Referente à Nota Fiscal nº 127542 a ação fiscal elaborou o Demonstrativo de Débito, onde à fl. 11 do PAF constam os cálculos, e se pode analisar e constatar que o ICMS destacado na NF de R\$5.072,38 realmente não foi levado em consideração. O ICMS a ser recolhido era R\$11.200,39 e não R\$16.272,78. A Impugnante recolheu corretamente R\$11.200,39, comprovante pagamento – fl. 112; DAE fl. 118 do PAF, Doc. 04. O valor de R\$5.072,38 será reduzido do novo Demonstrativo de Débito a ser anexado à Informação Fiscal.

NF 1501887

- Referente à Nota Fiscal nº 1501887 a ação fiscal elaborou o Demonstrativo de Débito, onde à fl. 13 do PAF constam os cálculos, e se pode analisar e constatar que o ICMS destacado na NF R\$276,71 realmente não foi levado em consideração. O ICMS a ser recolhido era R\$732,04 e não R\$1.008,75. A Impugnante recolheu corretamente R\$732,04, hard copy arrecadação SEFAZ/BA, fl. 47 do PAF, acostado pela ação fiscal. O valor de R\$276,71 será reduzido do novo Demonstrativo de Débito a ser anexado à Informação Fiscal.

DEVOLUÇÃO COM A PRÓPRIA NOTA

Afirma que a Impugnante não apurou, nem recolheu o ICMS – ST desta operação, acobertada pela Nota Fiscal nº 77569 de 13/02/2017, nem pela Nota Fiscal nº 428 de 15/02/2017. Ambas não foram lançadas nos livros fiscais de entradas/EFD. E também a Nota Fiscal nº 428 não foi anexada ao PAF como prova do desfazimento da venda através da Nota Fiscal nº 77569. Ratifica o débito cobrado quanto a este item.

JUSTIFICATIVA - NOTA FISCAL NÃO LANÇADA - FORNECEDOR DEVOLVEU COM A PRÓPRIA NOTA FISCAL Nº 428 15/02/2017.

NF 77569

Informa que a autuada não anexou cópia da Nota Fiscal nº 77569 de 13/02/2017, nem da Nota Fiscal nº 428 de 15/02/2017. A seguir a Nota Fiscal nº 77569, enquanto a Nota Fiscal nº 428 que teria substituído a Nota Fiscal nº 77569, conforme informação da Impugnante também não foi lançada, pois não consta nos livros RES/EFD 2071/2018/2019, conforme *print* dos livros plotado. A única Nota Fiscal nº 428 lançada é de 01/09/2017 e originária do estado de GO, e não do PA. Portanto, não acata a alegação defensiva quanto ao débito de ICMS relacionado a Nota Fiscal nº 77569.

DO DÉBITO DEVIDO PELA IMPUGNANTE

Fala que autuada reconhece que não recolheu os ICMS das operações de aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime ST, acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 229427 e 229428. Confissão pela Impugnante do débito perante o erário público estadual em relação a estas operações.

JUSTIFICATIVA – NÃO ACHEI O COMPROVANTE

NF 229427 E 229428

Referente às Notas Fiscais nºs 229427 e 229428 a Impugnante informa que não encontrou os comprovantes de pagamentos, fl. 103 do PAF. Logo, a confissão do não pagamento pela Impugnante dispensa que apresentação de contraditório. Por isso, ratifica a cobrança do ICMS quanto a estas notas fiscais, referente ao débito de R\$30.353,59, informação prestada à fl. 73 do PAF.

Sustenta que, após análise da defesa da Impugnante, reconhece a improcedência dos seguintes débitos reclamados: **i)** R\$12.234,58, relacionado à Nota Fiscal nº 314284, do item da impugnante – **3.2.4 PAGAMENTO EFETUADO E NÃO IDENTIFICADO. ii)** R\$5.072,39, relacionado à Nota Fiscal nº

127542; mais R\$276,71, relacionado à Nota Fiscal nº 1501887, ambos do item da Impugnante – **3.2.5 ERRO DE DÁLCULO DE ST**. Estes débitos serão deduzidos do total do PAF, sendo que o débito original reclamado R\$472.418,82, deduz o valor de R\$17.583,68 passando para **R\$454.835,14**, conforme o novo demonstrativo de débito elaborado pela ação fiscal, anexado ao PAF junto à Informação Fiscal.

Conforme documentos de fls. 198-199 (Intimação e comprovantes ARs), o sujeito passivo foi regularmente intimado para conhecer o teor da Informação Fiscal e ajuste no valor da exação e não se manifestou a respeito.

Presente na sessão de julgamento, o representante legal do sujeito passivo, Dr. Danilo Brito de Castro Dourado, OAB/BA 59.765, manifestando a completude do relatório, expressou-se por apenas acompanhar o julgamento do caso.

VOTO

Como acima relatado, o AI processado exige o valor de R\$472.418,82, acusando falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias fora da Bahia.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 56, 198 e 199, bem como o teor da manifestação defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no seu corpo foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 05-53, 180-195-v e CDs de fls. 54 e 196); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício formal a macular o PAF em análise.

Por considerar suficientes para formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, com fundamento no art. 147, I, “a”, do RPAF, indefiro o pedido de diligência formulado.

A exação fiscal decorre de obrigação tributária liquidada por Autoridade Fiscal competente do Ente tributante (COTEB: art. 107, §2º), mediante regular procedimento administrativo, cujos elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta) constam claramente identificados nos autos e possui suporte nos demonstrativos de fls. 10-25-v e 180-195-v) detalhando as operações objeto de autuação em: Data, tipo Oper. Nº e tipo doc. fiscal, Chv Acess., CPJ emitente, NCM, Descr. Item, Quant., Unid. CFOP, InfCom., Vlr oper., Alíq., Vlr ICMS, %MVA, BC MVA, Alíq. Int., ICMS apur. fisco, ICMS REC.DAE/GNRE, ICMS ST, data pgto.

Questão preliminar suscitada pelo Impugnante é que o AI seria nulo por ausência de suporte legal válido e erros na identificação da infração legal, sendo o primeiro, relativo ao enquadramento das mercadorias em operações interestaduais como descritas no Anexo 1, itens: 34, 35-A ou 11.27, 11.28, 11.31.1 e 11.31.2, dos quais, 11.27 (Outros pães de forma) e 11.28 (Outros pães industrializados e produtos de panificação não especificados) se relacionam a mercadorias não comercializáveis pela Autuada, conforme Cláusula segunda do seu Contrato Social, bem como a utilização da conjunção coordenativa “ou”, expressando dúvida e incerteza na definição da acusação fiscal.

Sem embargo, estimo não haver sentido lógico, factual nem jurídico na alegação, senão vejamos:

A uma, porque, quanto às operações objeto da autuação, a base de dados utilizada no procedimento fiscal foi a própria Escrituração Fiscal – EFD elaborada pelo próprio contribuinte, única expressão legal com efeito jurídico servindo para registrar/espelhar toda a movimentação empresarial com repercussão tributária do contribuinte.

Nesse caso, usando ferramenta de auditoria que não altera os dados registrados pelo contribuinte, via roteiro específico, a Autoridade Fiscal autuante apenas extrai da EFD os dados de interesse fiscal para revisar o cumprimento das obrigações tributárias em face da legislação tributária vigente no período de ocorrência do fato gerador, no sentido de homologar tanto o pagamento do tributo devido, como os prévios procedimentos que lhe correspondem.

A duas, porque no Anexo I do RICMS-BA, vigente no período 10/03/2016 a 31/01/2017, os produtos descritos nos itens 11.27 e 11.28 são: “Carne de gado bovino, ovino e bufalino e demais produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, refrigerados ou congelados”, mercadorias que, conforme entrega o Impugnante na reproduzida Cláusula segunda do seu Contrato Social, integram o *mix* comercial do sujeito passivo,

A três, porque, como melhor veremos na apreciação de mérito, tendo em vista que o lançamento em apreço objetiva reconstituir o valor do ICMS ST devido pelas operações sujeitas a esse regime de tributação, cujo prévio procedimento adotado pelo sujeito passivo buscando um auto ressarcimento de imposto em face de uma hipotética antecipação tributária maior que o imposto incidente e devido nas subsequentes e efetivas saídas das mesmas mercadorias, já que posterior ao ato da antecipação tributária, representa um indevido uso de crédito fiscal e, de fato, implica em recolhimento menor ou em falta de pagamento de ICMS ST, como descrito complementarmente à infração 07.01.01 – “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação e/ou exterior”.

Portanto, ao contrário do alegado, a conjunção “ou” integra o fato gerador tributável sem qualquer prejuízo ao contribuinte autuado e dúvida não há quanto ao enquadramento legal da infração tipificada.

Rejeito, pois, a nulidade suscitada.

Quanto ao mérito do caso, o sujeito passivo, ainda que contradizendo o pedido, do valor autuado (R\$472.418,82) reconheça como devido parte do crédito fiscal em constituição no PAF em apreço (R\$30.353,59), requer a improcedência do AI alegando equívocos cometidos pela Autoridade Fiscal autuante no procedimento fiscal, quais sejam: **a)** inversão de modalidade de frete para fins de valores a recolher, ora cobrando ICMS no frete CIF o calculando como FOB, ora vice-versa; **b)** ilegalidade de norma vigente por inobservância ao princípio da noventana; **c)** utilização pelo Autuante de “base de cálculo do ICMS invertida”; **d)** pagamento de ICMS ST não identificado pela Autoridade Fiscal; **e)** erro de cálculo de ST pelo Autuante; e **f)** fornecedor que efetuou devolução com a própria nota fiscal, fato não considerado no procedimento fiscal.

Para cada dessas situações o Impugnante apresentou demonstrativo com documentos fiscais objeto da autuação visando contestar o levantamento fiscal suporte da exação, no que, contrastando os argumentos defensivos, a Autoridade Fiscal autuante, também ofereceu informações após analisar os argumentos defensivos, instalando um contraditório factual que para cada situação exporei a razão prevalente:

Impugnante:

- a) Inversão de modalidade de frete para fins de valores a recolher, ora cobrando ICMS no frete CIF o calculando como FOB, ora vice-versa, alcançando os seguintes documentos fiscais:

a.1) Alegando NF CIF, consideradas como FOB pelo Autuante:

Notas Fiscais nºs 202838, 1143029 e 373176

Para estas alega nada dever.

Autuante:

Notas Fiscais nºs 202838, 1143029 e 373176

Plotando *prints* das NFs, para as Notas Fiscais nºs 202838 e 1143029 informa que não classificou o frete como FOB, mas CIF, e não reclamou débito de ICMS, conforme se constata ao analisar o Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal (fls. 10-frente e verso). No caso de Fev/2017, foi reclamado débito da Nota Fiscal nº 1034, no valor de R\$878,66. No caso de Mai/2017, foi reclamado débito da NF 38, no valor de R\$591,43.

Referente à Nota Fiscal nº 373176 informa que constatou que o frete foi FOB. Portanto o frete deveria ser incluído nos cálculos do imposto ST desta operação. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 11 do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota cópia do CTe nº 1522, que se refere à Nota Fiscal nº 373176, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a Impugnante.

Neste ponto, não acata os argumentos referente às Notas Fiscais nºs 202838 e 1143029, pois os ICMS – ST foi calculado corretamente, e a ação fiscal, não reclamou nenhum débito. Quanto à Nota Fiscal nº 373176, a Impugnante não incluiu o frete FOB na BC do ICMS – ST, apurado resultando débito de ICMS de R\$994,27.

Minha posição:

Razão cabe ao Autuante, pois nos exatos termos indicados suas informações constam dos autos e correto foi o procedimento fiscal.

a.2) Autuante calculou ST FOB e RJ CALCULOU CIF

Nota Fiscal nº 269908 e CTe nº 1531, Nota Fiscal nº 77953 e CTe nº 1583, Nota Fiscal nº 277345 e CTe nº 1580, Nota Fiscal nº 1362485 e CTe nº 1742, Nota Fiscal nº 82983 e CTe nº 1739, Nota Fiscal nº 297009 e CTe nº 1738, Nota Fiscal nº 309720 – CTe nº 1879

Impugnante:

Para esses documentos reconhece devido R\$6.895,23;

Autuante:

- Referente à NF 269908 e CTe 1531 - Informa que constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 10v do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1531, referente à Nota Fiscal nº 269908, para prova o fato, pois nele consta a Impugnante como tomador do serviço.
- Referente à Nota Fiscal nº 77953 e CTe 1583 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fls. 10v e 11 do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1583, que se refere à Nota Fiscal nº 77953, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a impugnante.
- Referente à Nota Fiscal nº 277345 e CTe 1580 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 11 do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1580, que se refere à Nota Fiscal nº 277345, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a impugnante.
- Referente à Nota Fiscal nº 1362485 e CTe 1742 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 11 do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1742, que se refere à Nota Fiscal nº 1362485, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a impugnante.
- Referente à Nota Fiscal nº 82983 e CTe 1739 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB.

Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 11v do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1739, que se refere à Nota Fiscal nº 82983, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a impugnante.

- Referente à Nota Fiscal nº 297009 e CTe 1738 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 11v do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1738, que se refere à Nota Fiscal nº 297009, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a impugnante.
- Referente à Nota Fiscal nº 309720 e CTe 1879 - a ação fiscal constatou que o frete foi FOB. Portanto, a impugnante deveria ter incluído o frete na BC, e no valor do imposto ST desta operação, conforme art. 23 da Lei nº 7.014/96. No DD elaborado pela ação fiscal, fl. 11v do PAF, se verifica a inclusão do frete na BC do ICMS – ST. Plota o CTe nº 1879, que se refere à Nota Fiscal nº 309720, para fazer prova, onde consta como tomador do serviço a impugnante.

Minha posição:

Razão cabe ao Autuante, pois nos exatos termos indicados suas informações constam dos autos e correto foi o procedimento fiscal.

b) Ilegalidade de norma vigente por inobservância ao princípio da noventana;

b.1) JUSTIFICATIVA – FISCAL CALCULOU PELA BC ICMS COM MVA 34,15 (alíquota alterada sem obediência de noventena e que RJ CALCULOU PELO PREÇO DO PRODUTO COM MVA 18,05 (que entende correta)

Notas Fiscais nºs 107060, 107423 e 107460

Impugnante:

Para esses documentos fiscais, entende nada dever

Autuante:

Notas Fiscais nºs 107060, 107423 e 107460

A ação fiscal referente as Notas Fiscais nºs 107060, 107423, 107460 lançadas respectivamente nos livros RES/EFD da impugnante: 01/02/18 – 06/02/18 – 06/02/18 aplicou o MVA vigente nas datas das entradas e lançamentos das NFs no registro fiscal da RJ, das mercadorias adquiridas em operações interestaduais, (alíquota das NFs 12%), e enquadradas na ST no Anexo I, item 1.32 (para carne de gado bovino e demais produtos resultantes da matança deste gado). E a MVA vigente nas datas era 34,15% conforme Anexo I do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Quanto às BCs adotadas para os cálculos do ICMS–ST das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais em análise, está correta, conforme dispõe a legislação do ICMS do Estado da Bahia. Art. 8º § 3º; art. 23 da Lei nº 7.014/96. Combinado com o art. 289 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Afirma que as plotagens ratificam os débitos reclamados dos ICMS-ST.

Minha posição:

Trata-se de aplicação de norma vigente no período do fato gerador e a alegação de eventual ilegalidade não pode ser apreciada em foro administrativo. Razão cabe ao Autuante, pois nos exatos termos indicados suas informações constam dos autos e correto foi o procedimento fiscal.

b.2) JUSTIFICATIVA – FISCAL CÁLCULOU PELA MVA 41,77 (alíquota alterada sem obediência de noventena e que E A RJ CALCULOU PELA MVA 24,76 (que entende correta)

Notas Fiscais nºs 141060 e 1184586

Impugnante:

Para esses documentos fiscais, entende nada dever

Autuante:

JUSTIFICATIVA – FISCAL CÁLCULOU PELA MVA 41,77 E A RJ CALCULOU PELA MVA 24,76.

Notas Fiscais nºs 141060 e 1184586

A ação fiscal referente as Notas Fiscais nºs 141060 e 1184586 lançadas respectivamente nos livros RES/EFD da impugnante: 02/02/18 – 05/02/18 aplicou o MVA vigente nas datas das entradas e lançamentos das NFs no registro fiscal da RJ, das mercadorias adquiridas em operações interestaduais, (alíquota das NFs 7%), e enquadradas na ST no Anexo I, item 1.35.0 (para produtos comestíveis de aves), e item 1.35.1 (para produtos comestíveis de suíno). E a MVA vigente nas datas era 41,77% conforme Anexo I do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Portanto, conforme plotagens, ratifica os débitos reclamados dos ICMS-ST referentes às notas fiscais relacionadas.

Minha posição:

Trata-se de aplicação de norma vigente no período do fato gerador e a alegação de eventual ilegalidade não pode ser apreciada em foro administrativo. Razão cabe ao Autuante, pois nos exatos termos indicados, suas informações constam dos autos e correto foi o procedimento fiscal.

b.3) JUSTIFICATIVA – FISCAL CALCULOU PELA BC ICMS COM MVA 34,15 (alíquota alterada sem obediência de noventa e que RJ CALCULOU PELO PREÇO DO PRODUTO COM MVA 18,05 (que entende correta)

Notas Fiscais nºs 429171, 429645, 97817, 176, 241816, 1434021, 73987, 73988, 97859 e 91182.

Impugnante:

Para esses documentos fiscais, entende nada dever

Autuante:

JUSTIFICATIVA – FISCAL CÁLCULOU PELA MVA 34,15 E A RJ CALCULOU PELA MVA 18,05.

Notas Fiscais nºs 429171, 429645, 97817, 176, 241816, 1434021, 73987, 73988, 97859 e 91182.

Diz que foram lançadas nos livros RES/EFD da impugnante: 02/02/18 – 02/02/18 – 06/02/18 – 06/02/18 – 06/02/18 – 06/02/18 – 08/02/18 – 08/02/18 – 08/02/18 e 09/02/18. Aplicou o MVA vigente nas datas das entradas e lançamentos das NFs no registro fiscal da RJ, das mercadorias adquiridas em operações interestaduais, (alíquota das NFs 12%), e enquadradas na ST no Anexo I, item 1.32 (para carne de gado bovino e demais produtos resultantes da matança deste gado); no Anexo I, item 1.35.0 (para produtos comestíveis de aves); no Anexo I, item 1.35.1 (para produtos comestíveis de suíno). E a MVA vigente nas datas era 34,15% conforme Anexo I do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, hard copy anexados.

Minha posição:

Trata-se de aplicação de norma vigente no período do fato gerador e a alegação de eventual ilegalidade não pode ser apreciada em foro administrativo. Razão cabe ao Autuante, pois nos exatos termos indicados, suas informações constam dos autos e correto foi o procedimento fiscal.

c) Utilização pelo Autuante de “base de cálculo do ICMS invertida”

Notas Fiscais nºs 1251, 95524, 96790, 103106, 105535, 105652, 107430, 107535, 109275 e 109838.

Impugnante:

Para esses documentos fiscais, entende nada dever

Autuante:

Notas Fiscais nºs 1251, 95524, 96790, 103106, 105535, 105652, 107430, 107535, 109275 e 109838.

Informa que da análise do Demonstrativo de Débito elaborado na ação fiscal, anexado às fls. 10 a 25 do PAF, percebe-se que os cálculos dos ICMS-ST das notas fiscais relacionadas acima observam o que dispõe a legislação do ICMS do Estado da Bahia. Art. 8º § 3º; art. 23 da Lei nº 7.014/96, combinado com o art. 289 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Ratifica os débitos reclamados dos ICMS-ST referentes às notas fiscais.

Minha posição:

Trata-se de aplicação de norma vigente no período do fato gerador e a alegação de eventual ilegalidade não pode ser apreciada em foro administrativo. Razão cabe ao Autuante, pois nos exatos termos indicados suas informações constam dos autos e correto foi o procedimento fiscal

d) pagamento de ICMS ST não identificado pela Autoridade Fiscal

Notas Fiscais nºs 314284, 174605, 42385, 130003, 236357, 90711 e 256529:

Impugnante:

Para esses documentos fiscais, entende nada dever.

Autuante:

Explica que a ação fiscal identificou o pagamento apenas da Nota Fiscal nº 314284, no valor de R\$ 12.234,58, que retirou, conforme novo Demonstrativo de Débito acostado à junto com a presente informação. Nas demais operações acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 174605, 42385, 130003, 236357, 90711 e 256529 a Impugnante não provou através de documentos o efetivo recolhimento do imposto. Portanto, acata em parte este item, conforme justifica para cada NF:

NF 314284

Referente a esta operação a Impugnante apresenta comprovante de pagamento no valor de R\$12.293,04, pago em 14/02/2017, cópia à fl 110, que corresponde ao valor recolhido no hard copy arrecadação da SEFAZ/BA, acostado ao PAF pela ação fiscal, fl 28. Na cópia do DAE acostada ao PAF à fl 117, pela Impugnante, se verifica que este DAE se refere à Nota Fiscal nº 314284, com o mesmo valor recolhido. Apesar que o valor do ICMS calculado pela ação fiscal e pela impugnante ser de R\$12.234,58. Desta forma, reduziu o valor de R\$12.234,58, no novo Demonstrativo de Débito anexado com a informação fiscal ao PAF.

NF 174605

Referente a esta operação o argumento apresentado pela impugnante de que a ação fiscal não identificou o pagamento, não procede. Conforme análise do Demonstrativo de Débito elaborado pela ação fiscal, à fl 10 do PAF, a ação fiscal identificou o pagamento de R\$12.966,38 no dia 17/02/2017, hard copy da SEFAZ/BA, fl 28, anexada ao PAF pela ação fiscal. O cálculo do ICMS – ST devido nesta operação, tanto feito pela ação fiscal, quanto pela impugnante é de R\$12.996,37, fl 10 do PAF, consta o DD da ação fiscal; e fl 102 do PAF, memória de cálculo apresentada pela impugnante. Contudo, a impugnante recolheu R\$12.966,38, o que acarreta débito ICMS – ST de R\$29,99 conforme registrado no DD, a fl 10 do PAF. Para esta operação ratificou o débito cobrado de R\$29,99.

NF 42385

Referente a esta Nota Fiscal nº 42385, ao contrário do que afirmou a Impugnante que teria recolhido, no dia 27/03/2017, o ICMS –ST no valor de R\$12.583,40, segundo memória de cálculo elaborado pela impugnante à fl 102 do PAF, a mesma não apresenta nenhum comprovante de pagamento, nem DAE neste valor, para esta operação, nos documentos acostados ao PAF, fls 106 a 139. Também a ação fiscal não localiza no hard copy arrecadação da SEFAZ/BA o pagamento alegado pela impugnante no valor de R\$12.583,40. Para esta operação ratificou o débito cobrado de R\$12.583,40.

NF 130003

Referente a esta Nota Fiscal nº 130003, ao contrário do que afirmou a impugnante que teria recolhido, no dia 17/07/2017, o ICMS –ST no valor de R\$19.253,00, segundo memória de cálculo elaborado pela impugnante à fl 102 do PAF, a mesma não apresenta nenhum comprovante de pagamento, nem DAE neste valor, para esta operação, nos documentos acostados ao PAF, fls 106 a 139. A ação fiscal localizou no hard copy arrecadação da SEFAZ/BA o pagamento efetuado pela impugnante, para esta operação, no valor de R\$12.262,11, restando débito de ST de R\$6.990,88,

conforme consta no DD elaborado pela ação fiscal, fl 11 do PAF. Para esta operação ratificou o débito cobrado de R\$6.990,88.

NF 236357

Referente a esta Nota Fiscal nº 236357, ao contrário do que afirmou a impugnante que teria recolhido, no dia 10/10/2017 e 31/10/2017, o ICMS – ST no valor de R\$16.648,20, segundo memória de cálculo elaborado pela impugnante à fl 102 do PAF, a mesma não apresenta nenhum comprovante de pagamento, nem DAE neste valor, para esta operação, nos documentos acostados ao PAF, fls 106 a 139. A ação fiscal localizou no hard copy arrecadação da SEFAZ/BA o pagamento efetuado pela impugnante, para esta operação, no valor de R\$15.756,60, restando débito de ST de R\$ 891,60, conforme consta no DD elaborado pela ação fiscal, fl 11v do PAF. Para esta operação ratificou o débito cobrado de R\$891,60.

NF 90711

Referente a esta Nota Fiscal nº 90711, ao contrário do que afirmou a impugnante que teria recolhido, no dia 24/01/2018, o ICMS – ST no valor de R\$36.461,15, segundo memória de cálculo elaborado pela impugnante à fl 102 do PAF, a mesma não apresenta nenhum comprovante de pagamento, nem DAE neste valor, para esta operação, nos documentos acostados ao PAF, fls 106 a 139. A ação fiscal localizou no hard copy arrecadação da SEFAZ/BA o pagamento efetuado e informado pela impugnante de R\$36.461,15, na data indicada pela RJ, 24/01/2018, referente a Infração/Denúncia Espontânea/Not. Fiscal/D. Dec. Contudo, a impugnante precisa acostar ao PAF os documentos comprobatórios de que este pagamento se refere a operação acobertada pela NF 90711. Por falta de comprovação documental da alegação defensiva, manteve o débito cobrado de R\$34.397,31 constante do DD elaborado na ação fiscal (fl 12 do PAF).

NF 256529

Referente a esta Nota Fiscal nº 256529, ao contrário do que afirmou a impugnante que teria recolhido, no dia 30/01/2018, o ICMS –ST no valor de R\$5.371,95, segundo memória de cálculo elaborado pela impugnante à fl 102 do PAF, a mesma não apresenta nenhum comprovante de pagamento, nem DAE neste valor, para esta operação, nos documentos acostados ao PAF, fls 106 a 139. Também a ação fiscal não localiza no hard copy arrecadação da SEFAZ/BA o pagamento alegado pela impugnante no valor de R\$5.371,95. Contudo, a ação fiscal calculou o débito de ICMS – ST para esta operação de R\$5.067,88, valor do débito ora ratificado.

Minha posição:

Trata-se de questão de fato, cuja comprovação documental da alegação defensiva exigida na forma prevista no art. 123, § 5º do RPAF abaixo reproduzido, foi cumprida parcialmente e oportunamente reconhecida e acatada pela própria Autoridade Fiscal autuante.

Assim, considerando que: a) as provas documentais da acusação fiscal constam dos autos nos exatos termos referenciados pelo autor do feito na Informação Fiscal; b) que nada tenho a reparar quanto ao procedimento fiscal em que se realizou o ajuste do valor da exação, neste ponto, acolho o seu resultado ajustado, pois razão cabe à Autoridade Fiscal autuante.

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

...

§ 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.

e) erro de cálculo de ST pelo Autuante.

Notas Fiscais nºs 28000, 127542 e 1501887:

Impugnante:

Para esses documentos, reconhece devido R\$69,30.

Autuante:

Disse que referente a estas operações identificou os seguintes erros: **i)** Nota Fiscal nº 127542, conforme informação anterior, no valor de R\$5.072,39, valor que retirou, conforme novo Demonstrativo de Débito acostado ao PAF junto com a Informação Fiscal; **ii)** Nota Fiscal nº 1501887, do mesmo modo que para a NF anterior retirou R\$276,71. Na outra operação acobertada pela Nota Fiscal nº 28000 o imposto reclamado pela ação fiscal permanece pela exatidão da cobrança. Inclusive, reconhecida pela Impugnante. Acata parte da alegação defensiva neste ponto, como justifica:

NF 28000

- Nota Fiscal nº 28000 - a impugnante acata a cobrança do débito de R\$ 69,30, conforme memória de cálculo por ela apresentada à fl. 101 do PAF, Doc. 03.

NF 127542

- Referente à Nota Fiscal nº 127542 informa que elaborou o Demonstrativo de Débito, onde à fl. 11 do PAF constam os cálculos, e se pode analisar e constatar que o ICMS destacado na NF de R\$5.072,38 realmente não foi levado em consideração. O ICMS a ser recolhido era R\$11.200,39 e não R\$16.272,78. A Impugnante recolheu corretamente R\$11.200,39, comprovante pagamento – fl. 112; DAE fl. 118 do PAF, Doc. 04, de modo que reduziu da exação o valor de R\$5.072,38, conforme novo Demonstrativo de Débito a ser anexado à Informação Fiscal.

NF 1501887

- Referente à Nota Fiscal nº 1501887 informa que elaborou o Demonstrativo de Débito, onde à fl. 13 do PAF constam os cálculos, e se pode analisar e constatar que o ICMS destacado na NF R\$276,71 realmente não foi levado em consideração. O ICMS a ser recolhido era R\$732,04 e não R\$1.008,75. A Impugnante recolheu corretamente R\$ 732,04, hard copy arrecadação SEFAZ/BA, fl. 47 do PAF, acostado pela ação fiscal. O valor de R\$276,71, valor reduzido da exação, conforme novo Demonstrativo de Débito a ser anexado à Informação Fiscal.

Minha posição:

Trata-se de questão de fato, cuja comprovação documental da alegação defensiva exigida na forma prevista no art. 123, § 5º do RPAF, neste ponto, foi cumprida e oportunamente reconhecida e acatada pela própria Autoridade Fiscal autuante.

Considerando: a) as provas documentais da acusação fiscal constam dos autos nos exatos termos referenciado pelo autor do feito na Informação Fiscal; b) que nada tenho a reparar quanto ao procedimento fiscal em que se realizou o ajuste do valor da exação, acolho o seu resultado nesse ponto do contraditório, pois razão cabe à Autoridade Fiscal autuante.

- f) fornecedor que efetuou devolução com a própria nota fiscal, fato não considerado no procedimento fiscal.

Justificativa - nota fiscal não lançada - fornecedor devolveu com a própria nota fiscal nº 428 15/02/2017.

NF 77569

Impugnante:

Entende nada dever.

Autuante:

Afirma que a Impugnante não apurou, nem recolheu o ICMS – ST desta operação, acobertada pela Nota Fiscal nº 77569 de 13/02/2017, nem pela Nota Fiscal nº 428 de 15/02/2017. Ambas não foram lançadas nos livros fiscais de entradas/EFD. E também a Nota Fiscal nº 428 não foi anexada ao PAF como prova do desfazimento da venda através da Nota Fiscal nº 77569. Ratifica o débito cobrado quanto a este item.

JUSTIFICATIVA - NOTA FISCAL NÃO LANÇADA - FORNECEDOR DEVOLVEU COM A PRÓPRIA NOTA

FISCAL Nº 428 15/02/2017.

NF 77569

Informa que a autuada não anexou cópia da Nota Fiscal nº 77569 de 13/02/2017, nem da Nota Fiscal nº 428 de 15/02/2017, A seguir a Nota Fiscal nº 77569, enquanto a Nota Fiscal nº 428 que teria substituído a Nota Fiscal nº 77569, conforme informação da impugnante também não foi lançada, pois não consta nos livros RES/EFD 2071/2018/2019, conforme *print* dos livros plotado. A única Nota Fiscal nº 428 lançada é de 01/09/2017 e originária do estado de GO, e não do PA. Portanto, não acata a alegação defensiva quanto ao débito de ICMS relacionado a Nota Fiscal nº 77569.

Minha posição:

Trata-se de questão de fato, cuja comprovação documental da alegação defensiva exigida na forma prevista no art. 123, § 5º do RPAF, já reproduzido, não foi cumprida.

Considerando que as provas documentais da acusação fiscal constam dos autos nos exatos termos referenciado pelo autor do feito na Informação Fiscal, tenho por subsistente da exação neste ponto da infração.

Feita a análise ponderando as razões de acusação e defesa relativas às questões de fato expostas no contraditório, resta analisar a questão de direito motivadora maior desta lide administrativa, qual seja a forma em que para cada caso se deve expor os concretos fatos frente aos efeitos da decisão do STF em 19/10/2016 (DOE de 31/03/2017) no RE 593849, dispondo ser devida a restituição da diferença do ICMS efetivamente pago a mais no regime de ST para a frente se a base de cálculo efetiva da operação de saída subsequente for inferior à presumida.

Tal entendimento jurisdicional alcançou a norma contida no Parágrafo único do art. 9º da Lei 7014/96 que trata do ICMS da Bahia, cujo texto vigente no período dos fatos geradores do lançamento em apreço, entendendo encerrada a fase de tributação em face do regime de substituição tributária para frente, dispensava qualquer posterior ajuste, caso a efetiva saída subsequente do item tributável ocorresse com valor maior ou menor que o da base de cálculo da tributação antecipada.

Pois bem. Por sua natureza jurídica, o ICMS é tributo cujo respectivo encargo se transfere ao consumidor final da mercadoria ou serviço e conforme disciplina contida no art. 166 do CTN, caso ocorra algum indébito, a sua restituição somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo.

Como expresso no corpo do AI e não contestado pelo Impugnante, por considerar ser o caso respaldado no entendimento exposto na citada decisão do STF, com base em planilhas próprias o contribuinte autuado se apropriou de valores a título de ressarcimento de ICMS ST.

É que visando disciplinar eventual pedido de ressarcimento nessa via, oferecendo orientação administrativa para tanto, a Diretoria de Tributação da SEFAZ emitiu o Parecer nº 38952120183 que em termos básicos estabelece:

- a) Tratando-se de pedido de restituição de ICMS ST e relativo a fato gerador ocorrido a partir da publicação da decisão do STF no RE 593849, o deferimento do pedido para compensar ou restituir a diferença do ICMS recolhido a mais no regime de substituição tributária requer, necessariamente, a realização de auditoria fiscal, apurando-se igualmente as hipóteses em que houve venda da mercadoria em valor superior à presumida, para o devido encontro de contas;
- b) Apurando-se que a base de cálculo aplicada pelo contribuinte na operação de venda a consumidor final foi superior à presumida para fins de pagamento antecipado do ICMS ST, é devida a diferença do imposto;
- c) Nos pedidos de restituição da diferença do ICMS recolhido a mais no regime de ST deverá ser realizada auditoria fiscal e contábil para apurar, mediante encontro de contas, o montante a ser restituído.

Ocorre que como detalhadamente exposto no relatório que integra o caso, o sujeito passivo se apropriou de valores a tal título com base em planilhas que analisadas pela Autoridade Fiscal autuante se revelaram em desconformidade com tal orientação, de modo a tê-las como inservíveis para a pretendida compensação/ressarcimento, especialmente, porque:

- (i) Apresentaram apurações totalizadas mensalmente, calculando BC média das mercadorias, sem demonstrar direta e objetiva correlação entre as BC das mercadorias adquiridas com antecipação tributária, com as das mercadorias vendidas subsequentemente, ou seja, impossibilitando a comparação entre as BC de entrada x saídas, para efeito de homologação dos valores apropriados;
- (ii) Apresentaram apenas variações favoráveis ao contribuinte, qual sejam, as operações de venda subsequente com BC inferior à das entradas que serviram ao ICMS ST, quando na auditoria realizada se revelaram também a ocorrência de saídas por vendas subsequentes com BC efetiva maior que a tomada para a antecipação tributária.

Assim, considerando que: **a)** os autos revelarem que verificações efetuadas pelo Autuante no curso da auditoria e comunicadas ao contribuinte, como nos exemplos relativos à movimentação das mercadorias cod. Item 3249 e 3307, confirmam a imprestabilidade das planilhas que serviram de base para o contribuinte proceder de forma irregular, tentando, ilegítima e indevidamente se beneficiar de hipotético direito decorrente do entendimento exposto no julgado do STF (RE 593849); **b)** a apropriação pelo contribuinte autuado do ICMS ST no valor veiculado pelo AI, afronta a disposição contida no art. 166 do CTN; **c)** como exposto nos demonstrativos suporte da autuação, a auditoria fiscal foi efetuada na extensão orientado pelo Parecer DITRI 38922120183, com base em específica normativa, inclusive se utilizando das MVAs pertinentes para estabelecimento das bases de cálculo do ICMS ST; **d)** ainda que apurando dever valor menor que o exigido no AI, o valor reconhecido devido pelo Impugnante também descredencia as planilhas que elaborou para apurar hipotético direito que o conduziu a faltar com recolhimento de ICMS; **e)** não haver, no caso, aplicação de inexistente norma obrigando vendas de mercadorias em mesmo mês de entradas, mas mero critério comparativo entre as mais próximas bases de cálculos de entradas e saídas de mesmas mercadorias independentes dos períodos de apuração; **f)** as incorreções factuais verificadas no lançamento tributário foram regularmente sanadas na forma indicada no § 1º, do art. 18 do RPAF; **g)** o silêncio do sujeito passivo quando intimado para conhecer o teor da Informação Fiscal com o ajuste efetuado no valor da exação carregado neste PAF, constitui a situação exposta no art. 140 do RPAF, tenho a infração como parcialmente subsistente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VALOR LANÇADO	VALOR JULGADO
FEV/2017	28.682,58	16.448,00
MAR/2017	69,30	69,30
ABR/2017	13.760,39	13.760,39
MAI/2017	3.784,91	3.784,91
JUN/2017	6.536,78	1.464,39
JUL/2017	6.990,88	6.990,88
AGO/2017	994,27	994,27
SET/2017	25.076,94	25.076,94
OUT/2017	6.194,44	6.194,44
DEZ/2017	8.061,52	8.061,52
JAN/2018	34.397,31	34.397,31
FEV/2018	85.880,50	85.880,50

MAR/2018	309,98	33,25
ABR/2018	6,24	6,24
AGO/2018	30.047,79	30.047,79
SET/2018	29.166,01	29.166,01
OUT/2018	118.961,91	118.961,91
NOV/2018	28.808,76	28.808,76
DEZ/2018	44.688,31	44.688,31
Total	472.418,82	454.835,12

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207103.0012/20-1**, lavrado contra **RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$454.835,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR