

A. I. Nº - 233080.0013/20-6
AUTUADO - M. A. MOTA SANTOS & CIA LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/02/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0268-04/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. Fato não comprovado. Acusação insubsistente. b) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Fato não comprovado. Acusação insubsistente. c) DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO/CANCELADO. Acusação não impugnada. Mantida a imputação. d) CRÉDITO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Fato não comprovado. Acusação insubsistente. e) DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Acusação não impugnada. Imputação subsistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Comprovado o recolhimento do imposto no prazo regulamentar. Acusação insubsistente. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Apesar do autuante ter acolhido os argumentos defensivos, elaborou novas planilhas de débito, considerando a reclassificação dos produtos, elevando os valores originalmente exigidos. Impossibilidade e incerteza nos novos demonstrativos. Infração declarada nula, com base no Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA. 4. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO APURADO E O RECOLHIDO. Os valores exigidos referem-se ao adicional do funde de combate à pobreza, os quais foram regularmente recolhidos. Acusação insubsistente. 5. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO INFORMADO EM DECLARAÇÕES ECONÔMICAS FISCAIS E O RECOLHIDO. Comprovado que a exigência fiscal recaiu sobre notas fiscais emitidas em substituição a outras notas fiscais emitidas anteriormente, cujo imposto foi regularmente recolhido. Acusação insubsistente. 6. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Revisão fiscal elaborada pelo autuante reduziu o valor do débito reclamado. Acusação parcialmente subsistente. 7. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Fato reconhecido pelo sujeito passivo. Acusação mantida. 8. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Fato não impugnado. Acusação mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 27/06/2020 para reclamar crédito tributário no montante de R\$79.806,53, mais multas, em decorrência de doze imputações abaixo discriminadas:

- 1 – *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$130,48. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- 2 – *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento do imposto por substituição tributária. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$2.737,24. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- 3 – *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento (s) falso (s) ou inidôneo. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$83,59. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- 4 – *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) documento fiscal (is). Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$550,74. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- 5 – *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal (is). Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$15,14. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- 6 – *“Deixou de recolher o ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$46.911,32. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.
- 7 – *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$13.088,31. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.
- 8 – *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o (s) valor (es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$2.228,61. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.
- 9 – *“O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$296,49. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.
- 10 – *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$625,02. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- 11 – *“Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$11.356,93. Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.
- 12 – *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor da penalidade aplicada R\$1.782,66, com previsão no Art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seus representantes legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 21 a 40, onde, após tecer considerações preliminares, ingressou nas razões do Direito, passando a questionar a infração 01, destacando que em simples análise na documentação anexada é possível constatar que as mercadorias “Sal Ajinomoto NCM 2501.00.20” e “Sal Rosa

Himalaia”, são tributadas integralmente, portanto o crédito foi aproveitado corretamente.

Da mesma forma se referiu ao produto “Arroz 7 grãos”, que afirmou ser tributado normalmente, visto que, aquele que é isento é o destinado ao consumo popular, de acordo com o Convênio ICMS 224/17.

Requeru a improcedência da infração 01.

Ao se reportar à infração 02, pontuou que os itens “*Lasanha seara bolonhesa*” e “*Lasanha seara 4 queijos*” são recheados e prontos para o consumo, por esse motivo não se enquadram na Substituição Tributária, uma vez que o anexo I inclui apenas as massas alimentícias NÃO COZIDAS, NEM RECHEADAS. Inclusive, a NCM das lasanhas é 1902.2 e nem consta no anexo.

Disse que os embutidos saíram da ST em 03/02/2015 pelo Decreto 15.921/2015, logo o item “*Peito de peru seara*” e o “*Peito de frango*” são tributados pelo ICMS normal, sendo permitido o uso do crédito de ICMS:

Art. 2º Ficam acrescentados ao Regulamento do ICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, os seguintes dispositivos:

VI - o inciso XVII ao caput do art. 270:

“XVII - aos fabricantes de enchidos (embutidos), o valor equivalente a 100% (cem por cento) do imposto incidente no momento das saídas internas dos enchidos fabricados em seu estabelecimento localizado neste estado”.

Quanto ao “*Pão de queijo*” disse que é um produto próprio para o consumo e vem congelado, é feito de polvilho doce e queijo, não sendo, portanto, derivado do trigo, por isso, não é considerado ST, já que a descrição não está no Anexo I.

Em relação ao *algodão* NCM 5601, este é tributado. Quem está na ST é o algodão que possuiu a NCM 3005, existindo, inclusive, solução de consulta da própria Receita Federal sobre o entendimento de que algodão possuiu as duas NCM:

“Conclusão

13. Com base nas Regras Gerais para Interpretação do Sistema Harmonizado RGI 1 (textos das posições 30.05 e 56.01), RGI 6 (textos das subposições 3005.90 e 5601.21) e RGC-1 (textos dos itens 3005.90.90 e 5601.21.10), da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) constante na Tarifa Externa Comum (TEC), aprovada pela Resolução Camex n.º 125, de 2016, e na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (Tipe), aprovada pelo Decreto n.º 8.950, de 2016, e subsídios extraídos das Nesh, aprovadas pelo Decreto nº 435, de 1992, e atualizadas pela IN RFB nº 1.788, de 2018, a mercadoria algodão no formato de bolas, brancas ou coloridas, e de discos classifica-se no código NCM 5601.21.10, e a mercadoria algodão em rolo, de 25 e 50 g, classifica-se no código 3005.90.90.”

Quanto ao produto “BOLINHO DE CHUVA YOKI 250G”, sustentou que as misturas de bolo saíram da ST em 01/2019 através do Decreto 18.801/2018.

Quando os produtos “*fitas adesivas*” sustentou que estão na ST apenas quando destinadas para uso na construção civil, conforme traz o anexo “Chapas, folhas, tiras, fitas, películas e outras formas planas, autoadesivas, de plásticos, mesmo em rolos, para uso na construção”, portanto, as demais são tributadas.

Em relação aos itens “*Lombo seara*” e “*Costela seara*” são tributados porque são produtos pronto para o consumo, apesar de ter sido dado entrada com a NCM errada (carnes 0207) que está no Anexo I, porém a descrição dos itens é diferente.

Quanto aos produtos “ENERG. GUARATHON 290ML”, “ENERG. GUARATEEN SPORT 500ML”, “ENERG. GUARATEEN SPORT 500ML”, “ENERG.”, disse que são considerados refresco, ao tempo em que, para enquadrar um produto na substituição tributária, além da NCM, precisa coincidir a descrição - o item 3.7 e 3.8 do Anexo 1 trazem a NCM 2202 com a descrição de refrigerante, logo, o refresco não se enquadra na ST.

No tocante ao item “COQUINHO CROCANTE 120G CX 04 UND”, sustentou que é tributado normalmente, visto que a NCM dele não consta no Anexo I, enquanto que “MASSA PARA

TAPIOCA AMAFIL 500G” é tributada pelo ICMS.

Com os argumentos supra, sustentou que a infração 02 é inteiramente improcedente.

Não havendo questionamento em relação a infração 03, passou a se reportar a infração 04, afirmando que os créditos considerados a maior são referentes ao adicional de Fundo de Combate à Pobreza que passou a ter campo próprio para destaque, anexando cópia de algumas notas fiscais para comprovar que os valores utilizados como crédito estão nelas destacados, razão pela qual pugnou pela improcedência da infração 04.

Não se insurgiu em relação a infração 05, porém, no tocante a infração 06, ponderou que conforme comprovantes em anexo, a competência 01/2020 foi recolhido dia 10/02/2020 no valor de R\$17.529,21, enquanto a competência 02/2020 foi recolhido dia 09/03/2020 no valor de R\$14.947,91 e a competência 03/2020 foi recolhido dia 09/04/2020 no valor de R\$14.434,20. Com isso, requereu a improcedência da infração 06.

Naquilo que se refere a infração 07, ponderou que as notas de saídas com o CFOP 5926, são mercadorias que saíram para reclassificação e formação de “kits”, e, como não houve a circulação do item, não houve o fato gerador do ICMS para ter o destaque do imposto, observando que existem as notas de saídas dos itens e as entradas dos kits, ambos sem destaque do imposto.

No tocante ao item “*Creme de milho*”, disse que está amparado pela isenção, conforme Parecer nº 17.046/2012, que assim expressa: “*As operações internas com todas as espécies de fubá e farinha de milho, a exemplo de “flocos de milho”, “cuscuz de milho”, “creme de milho” e “canjiquinha”, estão alcançadas pelo benefício da isenção previsto no RICMSBA/ 12, art. 265.*”

Já o item “*Anil 90g NCM 3206.41.00*” encontra-se no Anexo I da Substituição Tributária, item 16.2, enquanto a banana da terra é isenta do ICMS, por força do Art. 265, I, alínea a.

Requereu a improcedência da infração 07.

Ao se reportar a infração 08, pontuou que os valores foram recolhidos no prazo correto, conforme comprovante anexo, porém, como são referentes ao ICMS Adicional de FCP, foram recolhidas em guia específica, código 2036, de acordo com os comprovantes apresentados. Requereu a Improcedência desta infração.

Com relação a infração 09, disse que o autuante alegou que existem débitos escriturados menores que os destacados na NFE, entretanto, são notas fiscais emitidas em substituição, visto que, as NFC-e com o CFOP 5929, os valores do ICMS estão destacados nas notas originárias, logo, a escrituração das notas com o CFOP 5929 saem sem a informação do ICMS, razão pela qual, requereu a improcedência desta infração.

No tocante a infração 10, pontuou que as notas fiscais saíram com o destaque dos 2% referente ao adicional de fundo de pobreza, escriturado em campo próprio da NF-e, conforme imagens anexadas, razão pela qual, embora a alíquota de ICMS destacada tenha sido 18% ou 25%, o lançamento e o recolhimento do débito referente aos 2% foram feitos.

Não houve insurgência pelo autuado em relação às infrações 11 e 12.

No tópico seguinte passou a arguir abusividade na aplicação da multa no percentual de 60% sobre o valor principal, tecendo extensa argumentação de cunho jurídico para respaldar sua tese defensiva, citando doutrina e farta jurisprudência de Tribunais Pátrios a este respeito, para concluir que não existe lógica na pretensão estatal em querer cobrar a multa aqui vergastada, deixando ao contribuinte a via estreita desta defesa administrativa, para buscar o reconhecimento do seu direito quanto ao não pagamento desta exação vexatória.

Em conclusão, pugnou no sentido de que o Auto de Infração seja julgado improcedente, cancelando as infrações impugnadas, face aos elementos comprobatórios apresentados.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 137 a 140, destacando que todo o processo está

revestido das formalidades legais previstas pelo RAPF/BA e respaldado nos relatórios juntados aos autos, cujas cópias foram entregues ao autuado através do DT-e – Domicílio Tributário Eletrônico.

Em relação aos argumentos defensivos assim se pronunciou:

Quanto a infração 01, pontuou que o autuado cita que *“Em simples análise da documentação anexada, já é possível constatar que “Sal Ajinomoto NCM 2501.00.20” e “Sal Rosa Himalaia” são tributados integralmente, logo, o crédito aproveitado está correto” e que “Conforme consta no conv. ICMS 224/2017, o isento é sal de cozinha de consumo popular”, e conclui “Da mesma forma, o “arroz 7 grãos” é tributado, pois o arroz isento é o de consumo popular, conforme conv. ICMS 224/2017”, considerando, a infração improcedente e, por isso, solicita a sua anulação.*

A este respeito disse que após análise, concorda com o contribuinte pela anulação dessa infração.

No tocante a infração 02, mencionou que o autuado citou que *“Os itens Lasanha seara bolonhesa e lasanha seara 4 queijos são recheados e prontos para o consumo, por esse motivo não se enquadram na Substituição Tributária, uma vez que o Anexo I inclui apenas as massas alimentícias NÃO COZIDAS, NEM RECHEADAS. Inclusive, a NCM das lasanhas é 1902.2 e nem consta no anexo”. Alega ainda que “Embutidos saíram da ST em 03/02/2015 pelo Decreto 15.921/2015, logo o item Peito de peru seara e o Peito de frango são tributados pelo ICMS normal, sendo permitido o uso do crédito de ICMS”. Cita também “O item pão de queijo, sob a alegação de que “é um item próprio para o consumo e vem congelado. É feito de polvilho doce e queijo. Não é derivado do trigo! Por isso, não é considerado ST, já que a descrição não está no anexo I”. Relaciona também os produtos a seguir, por não contarem no Anexo I do RICMS/2012: Algodão NCM 5601, Bolinho de Chuva Yoki 250g, Fitas Adesivas, Lombo Seara, Costela Seara, Energ. Guarathon 290ml, Energ. Guarateen Sport 500ml, Coquinho Crocante 120g Cx 04 Und e Massa para Tapioca Amafil 500g.*

A este respeito disse que após revisão dos documentos fiscais, arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD e dos demonstrativos que elaborou inicialmente, constatou a procedência das alegações defensivas, sendo elaborados novos demonstrativos, ora anexados, que modificaram o valor da infração para R\$363,18.

Em relação a infração 04, destacou que o contribuinte se defendeu dizendo que *“Os créditos considerados a maior são referentes ao adicional de Fundo de Combate à pobreza que passou a ter campo próprio para destaque”.*

Posicionou-se em seguida, dizendo que também concorda com a anulação dessa infração.

Ao se referir a infração 06, disse que o autuado informou que o valor exigido na infração, foi tempestivamente recolhido, e para tanto, anexou cópia dos respectivos recolhimentos.

A este respeito disse que após análise da arrecadação do ICMS do contribuinte, concorda com a anulação desta infração.

No que refere-se a infração 07, ressaltou que o autuado *“contestou esta infração porque foram consideradas as notas fiscais cujo CFOP 5926, que se referem a reclassificação e formação de kits. Cita ainda que os produtos Creme de Milho e Banana da Terra, que estão amparados por isenção e o produto Anil 90g NCM 3206.41.00, que consta no item 16.2 do Anexo I do RICMS/2012”.*

Pontuou, em seguida que após a reclassificação tributária de todos os produtos citados pelo contribuinte em sua defesa, relacionados as diversas infrações contestadas, foram elaborados novos demonstrativos, passando o valor dessa infração para R\$16.740,86.

Ao se referir a infração 08 ponderou que o autuado informou que *“Os valores foram recolhidos no prazo correto, conforme comprovante anexo. Porém, como são referentes ao ICMS Adicional de FCP, foram recolhidas em guia específica, código 2036”,* argumento este que acolheu.

Ao adentrar à infração 09, ressaltou que *“o contribuinte contrapõe informando que “As NFC-e*

com o CFOP 5929, os valores do ICMS estão destacados nas notas originárias. Logo, a escrituração das notas com o CFOP 5929 saem sem a informação do ICMS”, argumento este que também acolheu.

Naquilo que se refere a infração 10, ressaltou que o autuado se defendeu afirmando que “As notas fiscais saíram com o destaque dos 2% referente ao adicional de fundo de pobreza escriturado em campo próprio da NF-e, conforme imagens em anexo. Então, embora a alíquota de ICMS destacada tenha sido 18% ou 25%, o lançamento e o recolhimento do débito referente aos 2% foram feitos”

Posicionou-se afirmando que após a elaboração de novos demonstrativos, o valor dessa infração passou para R\$205,29.

O autuado foi cientificado do inteiro teor da Informação Fiscal, conforme Aviso de Recebimento – AR de fl. 143, porém não se pronunciou.

VOTO

Não tendo sido suscitadas pelo sujeito passivo questões relacionadas aos aspectos formais do lançamento, passo ao exame do mérito da autuação, observando, contudo, que em relação as infrações 03 – Utilização indevida de crédito fiscal referente a documento falso ou inidôneo, no valor de R\$83,59, infração 05 – Utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque do imposto a maior no documento fiscal no valor de R\$15,14, infração 11 – levantamento quantitativo de estoque, exercício de 2019, no valor de R\$11.356,93 e infração 12 – penalidade no valor de R\$1.782,66 por falta de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias, as mesmas ficam mantidas, sendo, consequentemente, subsistentes.

No tocante as infrações questionadas pelo autuado, vejo que, em relação à infração 01, no valor de R\$130,48, a insurgência está relacionada a glosa dos créditos referentes aos produtos “*Sal Ajinomoto NCM 2501.00.20*” e “*Sal Rosa Himalaia*”, os quais, segundo o autuado são tributados integralmente, logo, o crédito aproveitado está correto.

Da mesma forma, questionou a glosa dos créditos pertinentes as aquisições do produto “Arroz 7 grãos” pois, segundo o mesmo, se trata de mercadoria tributada normalmente.

Tais argumentos foram acolhidos pelo autuante, com o que concordo, tendo em vista que apenas o sal de cozinha é isento do ICMS (art. 265, II, “d” do RICMS/BA), enquanto que o “arroz 7 grãos” também é tributado normalmente. A isenção prevista no inciso II “d” do mesmo Regulamento, só se aplica ao arroz comum, integrante da chamada cesta básica.

Acusação insubsistente.

No tocante a infração 02, cuja exigência no valor de R\$2.737,24 recaiu sobre utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de aquisições de mercadorias incluídas na substituição tributária, a insurgência do autuado foi no sentido de que os produtos “*Lasanha Seara bolonhesa*” e “*Lasanha Seara 4 queijos*” são recheados e prontos para o consumo, por esse motivo não se enquadram na Substituição Tributária, uma vez que o Anexo I inclui apenas as massas alimentícias NÃO COZIDAS, NEM RECHEADAS, inclusive, a NCM das lasanhas é 1902.2 e nem consta no Anexo I do RICMS/BA.

Alegou, também, que os “*Embutidos*” saíram da ST em 03/02/2015 pelo Decreto nº 15.921/2015, logo o item “*Peito de peru Seara*” e “*Peito de frango*” são tributados pelo ICMS normal, sendo permitido o uso do crédito de ICMS.

Citou, ainda, que o produto “*Pão de queijo*”, é um item próprio para o consumo e vem congelado, o qual é feito de polvilho doce e queijo, não sendo derivado do trigo, razão pela qual não está enquadrado na ST e nem consta no Anexo I do RICMS/BA.

Questionou, também, as exigências pertinentes aos artigos Algodão NCM 5601, Bolinho de Chuva

Yoki 250g, Fitas Adesivas, Lombo Seara, Costela Seara, Energ. Guarathon 290ml, Energ. Guarateen Sport 500ml, Coquinho Crocante 120g Cx 04 Und e Massa para Tapioca Amafil 500g, os quais, ao seu argumento, não estão incluídos da ST e não consta no Anexo I ao RICMS.

É fato que tais argumentos se revestem de questões eminentemente fáticas, as quais, o autuante, aprofundou que após revisão levada a efeito nos documentos fiscais, arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD e nos demonstrativos que elaborou inicialmente, constatou a procedência das alegações defensivas, o que o levou a processar as devidas exclusões, e, após a elaboração de novos demonstrativos do débito, a infração 02 remanesceu como devido apenas o valor de R\$363,18, o qual acolho, visto que não houve insurgência pelo autuado.

Isto posto, a infração 02 resta parcialmente subsistente no valor acima citado, de acordo com a seguinte configuração: 01/19 – R\$40,46; 02/19 – R\$21,65; 03/19 – R\$35,28; 05/19 – R\$3,92; 06/19 – R\$38,30; 08/19 – R\$136,18; 10/19 – R\$35,88; 11/19 – R\$45,43 e 12/19 – R\$6,08.

A infração 04, cuja exigência foi no valor de R\$550,74 em decorrência de utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento de origem, o argumento defensivo foi no sentido de que os créditos considerados a maior pelo autuante são referentes ao adicional de Fundo de Combate à Pobreza, que passou a ter campo próprio para destaque. Tal argumento foi analisado pelo autuante que o acolheu e propôs o afastamento da exigência fiscal, com o que concordo.

Infração 04 insubsistente.

A infração 06, no valor de R\$46.911,32 refere-se a falta de recolhimento do imposto regularmente escriturado nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2020.

Em sua defesa, o autuado alegou que de acordo com os comprovantes em anexo, fls. 132 a 134, a competência 01/2020 foi recolhido dia 10/02/2020 no valor de R\$17.529,21, enquanto a competência 02/2020 foi recolhido dia 09/03/2020 no valor de R\$14.947,91 e a competência 03/2020 foi recolhido dia 09/04/2020 no valor de R\$14.434,20.

O autuante, quando da Informação Fiscal, disse que *“a este respeito, após análise da arrecadação do ICMS do contribuinte, concorda com a anulação desta infração”*.

Logo, não há o que se discutir, restando insubsistente a infração 06.

A infração 07 imputou ao autuado a prática de operações tributáveis, porém, consideradas como não tributáveis, sendo lançado imposto no montante de R\$13.088,31.

Os argumentos defensivos possuem três vertentes: (i) que as notas de saídas com o CFOP 5926, são mercadorias que saíram para reclassificação e formação de “kits”, e, como não houve a circulação do item, não houve o fato gerador do ICMS para ter o destaque do imposto, observando que existem as notas de saídas dos itens e as entradas dos kits, ambos sem destaque do imposto. (ii) no tocante ao item *“creme de milho”*, disse que está amparado pela isenção, conforme Parecer nº 17.046/2012, que assim expressa: *“As operações internas com todas as espécies de fubá e farinha de milho, a exemplo de “flocos de milho”, “cuscuz de milho”, “creme de milho” e “canjiquinha”, estão alcançadas pelo benefício da isenção previsto no RICMSBA/ 12, art. 265”*, e (iii) o item *“Anil 90g NCM 3206.41.00”* encontra-se no Anexo I da Substituição Tributária, item 16.2, enquanto a banana da terra é isenta do ICMS, por força do Art. 265, I, alínea a.

O autuante, quando da Informação Fiscal, pontuou que *“após a reclassificação tributária de todos os produtos citados pelo contribuinte em sua defesa, relacionados as diversas infrações contestadas, foram elaborados novos demonstrativos, passando o valor dessa infração para R\$16.740,86”*.

Analisando a questão acima posta, temos que, de início, existe uma majoração do valor autuado de R\$13.088,31 para R\$16.296,33, o que não é possível.

Aliás, essa majoração, de acordo com a planilha constante na mídia digital de fl. 141, aumentou a exigência tributária em relação aos meses de janeiro/19 a outubro/19, ocorrendo pequena redução apenas nos meses de novembro e dezembro/19.

Ora, partindo da premissa que o autuante acolheu os argumentos defensivos, e que, após a reclassificação tributária de todos os produtos citados pelo autuado na defesa, o normal seria que os valores fossem reduzidos e não majorados, na medida em que os produtos que saíram para formação de kits não são, neste momento, tributados e os demais produtos citados são isentos ou incluídos na ST.

Desta maneira, considero que o novo levantamento levado a efeito pelo autuante não pode se sustentar na medida em que revela fatos novos, ditos pelo autuante como reclassificados, o que me leva a entender que está eivado de vício insanável, posto que contém elementos alheios a imputação inicial, razão pela qual, com base no Art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA, de ofício, declaro nula a infração 07, devendo a autoridade fiscal analisar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal em relação à presente infração.

Na infração 08 está sendo exigido imposto no montante de R\$2.228,21 em decorrência do desencontro entre os valores recolhidos e aqueles escriturados nos livros fiscais.

Em sua defesa o autuado alegou que os valores foram recolhidos no prazo correto, conforme comprovantes anexos, os quais se referem ao ICMS Adicional de FCP, que foram recolhidas em guia específica, código 2036, argumento este integralmente acolhido pelo autuante, com o que concordo.

Infração 08 insubsistente.

No que diz respeito a infração 09, foi exigido imposto no montante de R\$296,49 sob a acusação de que ocorreu divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado nos livros fiscais.

Em sua defesa, o autuado alegou que tal fato refere-se a notas fiscais emitidas em substituição a outras emitidas anteriormente, visto que, nas NFC-e com o CFOP 5929, os valores do ICMS estão destacados nas notas originárias, logo, a escrituração das notas com o CFOP 5929 saem sem a informação do ICMS.

Tal argumento foi analisado pelo autuante que o acolheu e propôs a exclusão da exigência tributária, com o que concordo.

Infração 09 insubsistente.

Por fim, a infração 10, no valor de R\$625,02, acusa o autuado de ter recolhido ICMS a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista pela legislação.

Em sua defesa o autuado pontuou que as notas fiscais saíram com o destaque dos 2% referente ao adicional de fundo de pobreza, escriturado em campo próprio da NF-e, conforme imagens anexadas, razão pela qual, embora a alíquota de ICMS destacada tenha sido 18% ou 25%, o lançamento e o recolhimento do débito referente aos 2% foram feitos.

O autuante, quando da Informação Fiscal, disse que após a elaboração de novos demonstrativos, o valor dessa infração passou para R\$205,29, sem, contudo, apresentar o detalhamento da posição que adotou.

Examinando as planilhas juntadas pelo autuado a mídia digital de fl. 141, constatei que, apesar do autuante citar que o valor da presente infração foi reduzido para a quantia de R\$205,29, o que se apresenta demonstrado é um débito residual na ordem de R\$145,22.

Considerando que o autuado, quando intimado a respeito da informação fiscal, não se manifestou nos autos, acolho o novo valor do débito para a infração 10 na quantia de R\$145,22, com a seguinte configuração: 01/19 – R\$3,40; 02/19 – R\$5,02; 03/19 – R\$1,22; 04/19 – R\$10,13; 05/19 – R\$28,72; 06/19 – R\$12,47; 07/19 – R\$15,20; 08/19 – R\$27,38; 09/19 – R\$21,33; 10/19 – R\$2,86; 11/19 – R\$5,34 e 12/19 – R\$12,15.

Quanto ao argumento defensivo de abusividade da multa aplicada, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, inclusive de ordem doutrinária, considero que o autuante agiu estritamente em consonância que o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, *verbis*:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Assim é que as alegações defensivas a respeito da inconstitucionalidade da norma legal citada, tal como mencionado acima, também não podem ser apreciadas por este Colegiado, tendo em vista a vedação constante nos incisos I e III do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que as Decisões Judiciais citadas pelo autuado, todas voltadas a questões interpretativas de cunho constitucional, portanto, à luz do quanto acima exposto, foge da competência dos órgãos julgadores seu exame. Ademais, os precedentes judiciais citados na peça de defesa, proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Por fim, não há como atender ao pleito do defendente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência deste órgão julgador administrativo para apreciá-lo.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$13.746,72, sendo: as infrações 03, 05, 11 e 12, inteiramente procedentes nos valores respectivos de R\$83,59, R\$15,14, R\$11.356,93 e R\$1.782,66 e as infrações 02 e 10, parcialmente procedentes nos valores respectivos de R\$363,18 e R\$145,22, Infração 07 nula, enquanto as infrações 01, 04, 06, 08 e 09 são improcedentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233080.0013/20-6**, lavrado contra **M. A. MOTA SANTOS & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.964,06**, acrescido das multas de 60% sobre R\$523,54 e de 100% sobre R\$11.440,52, previstas pelo Art. 42, incisos VII “a”, IV “J”, II “a”, e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.782,66**, prevista pelo inciso IX do citado diploma legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR