

PROCESSO - A. I. Nº 206951.0001/21-0
RECORRENTE - NUTRISUL S.A. PRODUTOS ALIMENTÍCIOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJJ nº 0046-03/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/08/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0254-12/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado. Infração subsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Autuado não apresentou comprovação de que reteve e recolheu o imposto de forma correta. Mantida a exigência fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, exarada através de Acórdão JJJ nº 0046-03/22-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/2021, composto por duas infrações, totalizando o valor histórico de R\$ 134.089,76:

***Infração 01 – 07.01.02:** Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro, março a junho, agosto a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$ 30.620,52.*

***Infração 02 – 07.02.02:** Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de julho a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$ 103.469,24.*

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 222 a 226. Informação fiscal às fls. 308 a 310, na qual conclui pela manutenção integral do Auto de Infração.

A referida JJJ exarou decisão pela Procedência da autuação, às fls. 317 a 321, a seguir transcrita:

VOTO

O presente lançamento foi efetuado com base nos demonstrativos elaborados pela Autuante e foram fornecidas ao Defendente as cópias dos mencionados demonstrativos. Não foi identificado qualquer prejuízo ao Autuado, as irregularidades apuradas foram descritas de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

A Infração 01 trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito

passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro, março a junho, agosto a dezembro de 2017.

Na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado.

O Defendente alegou que em alguns períodos efetuou o recolhimento do imposto por antecipação a menos, contudo, em outros períodos, o recolhimento se deu em patamar superior ao devido, destacando que nas operações realizadas a partir de 10/03/2016, deveria aplicar, para fins de cálculo do ICMS-ST a recolher, a MVA de 55%, percentual vigente até 31/03/2017 (RICMS/BA, ANEXO 1).

Afirmou que manteve a aplicação da MVA anteriormente utilizada, no importe de 64,12%, o que propiciou até o período de março/2017 recolhimentos a mais. Em face da alteração trazida pelo Decreto nº 17.548 de 05/04/2017, que passou a surtir efeitos a partir de 01/04/2017, a MVA a ser aplicada nas aquisições de farinha de trigo passou para o percentual de 87,86%.

Manteve a MVA de 64,12%, por isso, o ICMS-ST foi recolhido a menos. Dessa forma, entendeu que deve ser realizada compensação dos valores recolhidos a mais durante determinado período, apurando valor incontroverso a título de ICMS-ST no montante de R\$ 11.692,00.

Observo que em relação às operações com mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devem ser observadas as alterações da legislação no curso do tempo, especialmente as regras consubstanciadas em Convênios ou Protocolos, bem como no RICMS/BA, para fins de atribuição da chamada responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

No demonstrativo elaborado pela Autuante constam os dados relativos ao número de cada nota fiscal, data, valor, imposto creditado, base de cálculo para antecipação, MVA, alíquota, ICMS a recolher, recolhimento, ICMS devido. O levantamento fiscal foi efetuado com base em Nota Fiscal Eletrônica, encontrando-se identificada a chave de acesso para necessária consulta. Neste caso, entendo que existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado, ficando caracterizado que houve a realização de operação sujeita à substituição tributária.

Não acato a alegação defensiva, considerando que em relação ao cálculo do imposto relativo à antecipação tributária, na apuração do tributo devido é aplicada a MVA vigente à época dos fatos, constituindo infração relativa ao ICMS, a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo e a responsabilidade pelo cometimento de infração não depende da intenção do agente, bem como, da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato.

Concluo pela subsistência desta infração, considerando que sendo a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, a autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la ou não, a seu critério, independentemente de qualquer outro elemento, inclusive a existência de recolhimentos indevidos.

Como foram apurados valores não debitados nas épocas próprias, é correto exigir-se o imposto apurado com a lavratura do Auto de Infração, e em relação aos recolhimentos efetuados a mais, alegados pelo defendente, tais créditos podem ser objeto de compensação quando da quitação do débito, mediante requerimento próprio à Inspetoria Fazendária e a necessária comprovação. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de julho a dezembro de 2017.

O Defendente requereu que fosse julgada improcedente a autuação, alegando falta de exatidão nas informações utilizadas pela auditora para elaborar o demonstrativo de débito, e reconhecimento da nulidade do procedimento fiscal, afirmando que não foi demonstrado de forma clara e compreensiva, o método aplicado para a apuração do tributo

A Autuante informou que foi efetuado levantamento fiscal em relação a biscoitos, os cálculos das saídas de biscoito mercadoria constante nas Notas Fiscais que compõem o Demonstrativo de fls. 49 a 53 do PAF, foram realizados de acordo com o que determina o art. 375 do RICMS-BA/2012. Aplicou a pauta fiscal referente ao período fiscalizado, por isso, os cálculos não têm relação com o valor versus quantidade, ressaltando que a pauta fiscal é de domínio público e não tem porque a defesa alegar desconhecimento da mesma, e alegar que não sabe como foi apurada a base de cálculo.

Observo que a média ponderada de preços praticados no mercado, fixada em pauta fiscal específica, é utilizada como base de cálculo da substituição ou antecipação tributária, conforme art. 490-B do RICMS-BA/2012, estando previsto no art. 375 do mencionado Regulamento:

RICMS-BA/2012:

Art. 375. O Superintendente de Administração Tributária fixará, mediante pauta fiscal, o valor mínimo da base de cálculo para efeitos do lançamento do imposto por substituição ou antecipação tributária nas operações com macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, macarrão instantâneo, pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares e torradas em fatias ou raladas, todos derivados de farinha de trigo.

§ 1º O documento fiscal referente às operações internas realizadas por fabricantes ou suas filiais atacadistas com biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares, produzidos neste Estado, conterà o destaque do ICMS em valor equivalente a 12% (doze por cento) do valor da operação, exclusivamente para compensação com o imposto devido por substituição tributária relativo às operações subsequentes.

§ 2º O documento fiscal referente às operações interestaduais com as mercadorias mencionadas neste artigo conterà o destaque do ICMS exclusivamente para compensação com o imposto incidente nas operações subsequentes, a serem realizadas na unidade federada de destino.

No caso em exame, o autuado é o sujeito passivo responsável pelo pagamento do imposto apurado no presente Auto de Infração, estando caracterizada que a autuação recaiu sobre o responsável pelo pagamento do tributo; a Autuante efetuou os cálculos considerando a pauta fiscal, constando os respectivos valores em coluna própria no levantamento fiscal.

Portanto, o preço constante nas notas fiscais, que também foi indicado em coluna própria no demonstrativo da Autuante, serve como referência em comparação com o preço utilizado na determinação da base de cálculo do imposto exigido, aplicando a pauta fiscal. Portanto, constato que o cálculo do tributo efetuado às fls. 49/53 do PAF está de acordo com a legislação em vigor, inexistindo motivo para se decretar nulidade do imposto apurado. Assim, entendo que está caracterizada a infração, sendo devido o imposto apurado pela Autuante.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Inconformado com a decisão acima proferida, o sujeito passivo protocolou o Recurso Voluntário às fls. 331 a 335.

Inicia fazendo uma síntese do julgamento e das infrações.

Sobre a infração 01, mantém o que foi sustentado na impugnação sobre o recolhimento a maior e também a menor, referente ao imposto por antecipação cobrado. Diz que na planilha “Demonstrativo 1A – Antecipação Tributária – entradas” as operações realizadas a partir de 10/03/2016 o autuante aplicou, para cálculo do ICMS-ST, o MVA de 55%, pois era a alíquota vigente à época. Porém, afirma o sujeito passivo, que aplicava à época dos fatos geradores o MVA de 64,12%, efetuando assim pagamento a maior do imposto até o período de Março/2017.

Em face da alteração trazida pelo Decreto nº 17.548 de 05/04/2017, que passou a vigorar a partir de 01/04/2017, a MVA teve um reajuste para 87,86%. O recorrente, por sua vez, manteve a alíquota do MVA em 64,12%, acarretando pagamento a menor.

Requer que haja o encontro de contas entre o que foi pago a maior (até 03/2017) e o que efetivamente foi pago a menor, a partir do período indicado. Afirma que se não houver uma reforma do julgamento de piso, haverá um locupletamento ilícito da Fazenda Pública.

Aduz que a planilha do “encontro de contas” foi acostada aos autos e reflete efetivamente o valor devido pela empresa, que inclusive realizou o pagamento do valor apurado, conforme fl. 242 no valor de R\$ 14.557,86 (sendo R\$ 11.692,00 principal e R\$ 2.865,86 de acréscimos e multa).

Acrescenta que, na remota hipótese de entendimento diverso, o valor pago deve ser deduzido do auto de infração acrescido do desconto legal sobre a multa.

Acerca da infração 02, afirma que o julgamento da JF deve ser reformado, acolhendo a nulidade apontada:

“Conforme se observa do “Demonstrativo 1A - Substituição Tributária - Saídas”, a auditora fiscal utilizou-se das informações contidas nas Notas Fiscais nºs 4752, 4753, 4754, 4755, 4756, 4757, 4761, 4769, 4774, 4776, 4777, 4785, 4795 e 4796 para confeccionar a planilha, e demonstrar o valor supostamente devido pela autuada.

Necessário se observar que as informações constantes do Demonstrativo elaborado pela auditora fiscal e amparados pela decisão recorrida, não guardam relação com as informações estampadas nas notas fiscais

supracitadas, já que informações referentes à quantidade e valores, por exemplo, são lançadas a maior que aqueles expressos nas notas fiscais que amparam o demonstrativo.

Desta forma, como já afirmado na defesa originária apresentada, há evidente cerceamento do direito de defesa da recorrente, eis que, sem saber “de onde surgiram” os valores e informações dispostos no demonstrativo, há prejuízo na elaboração de sua defesa, por não se encontrar demonstrada de forma clara e compreensiva, o método aplicado para a apuração do tributo.”

Requer que seja provido o presente Recurso Voluntário para desobrigar a empresa ao recolhimento das infrações fiscais relatadas.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, proferida pela 3ª JJF - Acórdão JJF nº 0046-03/22-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, em valor histórico de R\$ 134.089,76.

O PAF se desenvolveu sobre duas infrações, sendo a primeira com a acusação do sujeito passivo ter efetuado o recolhimento a menor de antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição. O autuado reconhece que existiu o pagamento a menor, pelo fato da mudança na legislação que trata da MVA aplicada ao produto *farinha de trigo* no período de 2016/2017, de 55% para 87,86% respectivamente, onde o recorrente manteve desde o início a aplicação da MVA de 64,12%. O que gerou, segundo o recorrente, um pagamento a maior em um determinado período e um pagamento a menor em um segundo período. Pede que seja feito o “encontro de contas” desses pagamentos e que o erário cobre a diferença existente.

É importante frisar que a legislação está em constante mudança, o que exige um acompanhamento e atualização pelos contribuintes para evitar pagamento indevidos, sejam a maior ou a menor. Não é aceitável a justificativa por desconhecimento de Lei, conforme preceitua o art. 3º do Decreto nº 4.657/42: “*Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*”.

Destarte, é cabível ao sujeito passivo o pedido de restituição/compensação do suposto valor pago a maior, através de processo administrativo junto à inspetoria fazendária, conforme artigos 73 e 74 do RPAF/99. Logo, concluo pela manutenção da infração 01.

Adiante, observo que a infração 02 acusa do sujeito passivo de retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, ou seja, agora estamos tratando das saídas/vendas de mercadorias. Alega o recorrente não saber “de onde surgiram” os valores e informações constantes no Demonstrativo elaborado pela fiscalização.

Conforme relatado na informação fiscal e no voto da 3ª da Junta de Julgamento Fiscal, o cálculo aplicado foi baseado no art. 375 do RICMS/12 que versa sobre a aplicação da Pauta Fiscal para os produtos “(...) *biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares e torradas em fatias ou raladas, todos derivados de farinha de trigo*”. Não sendo aplicado, nesses casos, o MVA constante no Anexo 1 do RICMS/12 direto sobre o **valor constante na nota fiscal**. Ou seja, encontra-se o valor do produto estipulado em Pauta Fiscal, conforme art. 375 do RICMS/12, posteriormente aplica-se a MVA vigente à época. Os referidos cálculos estão acostados aos autos nas fls. 49 a 53.

Face o exposto, inexistente possibilidade de nulidade da infração 02, visto estar embasada na legislação, contendo os demonstrativos analíticos com informações de número de notas fiscais, data, valores, MVA, chaves de acesso, dentre outras informações necessárias ao entendimento do cálculo.

Posto isto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e julgando PROCEDENTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206951.0001/21-0**, lavrado contra **NUTRISUL S.A. PRODUTOS ALIMENTÍCIOS**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 134.089,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS

