

A. I. Nº - 269130.0014/21-2
AUTUADO - LEIZER APARECIDA FERREIRA BORGES CARIAS EIRELI
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.07.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0098-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O Autuado conseguiu elidir parcialmente a acusação, indicando algumas mercadorias que não estavam enquadradas no regime de substituição tributária. Infração parcialmente subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Afastadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/12/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 1.089.288,60, em razão da seguinte imputação:

***Infração 01 - 01.02.06:** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2019 e 2020 e janeiro a junho de 2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.089.288,60, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Foram anexados: Demonstrativos, mídia e Termos de Intimação Fiscal e de Comunicação da Lavratura do Auto de Infração, ambos enviados via DT-e, com ciência em 13/12/2021 e 06/01/2022, respectivamente (fls. 06 a 46).

O Autuado apresentou Defesa (fls. 48 a 55), tempestivamente, na qual disse que foram relacionadas no levantamento diversas mercadorias tributadas normalmente, não sendo possível ter se apropriado de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária, como se constata, dentre outras, nas seguintes Notas Fiscais que foram anexadas: 2.506, 2.555, 2.559, 2.570, 2.637, 2.662, 128.066, 111.564, 2.716, 2.742, 2.813, 45.886, 46.214, 46.581, 48.116, 236.692, 4.609, 23.910, 24.293, 290, 533, 2.866, 2.957, 3.084.145, 3.118, 21.966, 330.812, 29.411 e 218.925.

Discorreu sobre a obediência aos princípios da reserva legal e *in dubio pro contribuinte*, devendo a autoridade administrativa agir com integral imparcialidade, e sobre a falta de motivação para a lavratura do Auto de Infração, por entender que ocorreu erro de direito, já que são integralmente tributadas as seguintes mercadorias, por exemplo, as quais foram relacionadas como se fossem mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, todas com o código CST 000: COXINHA 25G CONG PC 5KG, BISC CASCUDO DELICIA CONG 5KG, CARNE BOVINA MOIDA CONG FRIJOA 500G, ORBIVED SELAMTE P/MOTO CINZA, MARAVILHA PIZZA CONG PC 5KG, PAO DE LEITE PAO DA HORA 420G, BISC DE QUEIJO PARMESAO CONG PC, SORVETE VILELA YOG FRUT DI BOSCCO PREM 1.5L, MANGUEIRA TRANCADA ARQUA 20MT e RACAO SO PASSAROS ALPISTE 500G.

Transcreveu as ementas dos Acórdãos JJF nº 0023-01/19 e CJF nº 0017-11/15, nos quais foram excluídas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e as exigências se referiam à falta de pagamento do ICMS relativo à antecipação parcial, concluindo pela subsistência parcial e pela insubsistência das respectivas infrações, bem como a ementa do Acórdão JJF nº 0041-04/14, julgado nulo por ter sido efetuado procedimento de auditoria à margem dos livros do contribuinte, e, em decorrência disso, não terem sido enfrentadas as argumentações defensivas de forma fundamentada, clara e precisa, em explícita desobediência ao Art. 127, § 6º do RPAF/99.

Requeru a decretação da nulidade ou da improcedência do Auto de Infração, bem como a designação de diligência fiscal *in loco*, conforme preconizado no Art. 145 do RPAF/99, com o intuito de verificar o quantum alegado no petitório referente às mercadorias tributadas integralmente relacionadas no demonstrativo, que possuem código CST 000, e que, portanto, devem ser excluídas.

Solicitou, com fulcro no Art. 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus patronos, no endereço constante do rodapé da sua Defesa, em razão da celeridade processual.

Foram anexadas mídia e as seguintes cópias: contrato social, procuração, CNH, Auto de Infração nº 269130.0014/21-2 e DANFES (fls. 56 a 111).

A Autuante apresentou Informação Fiscal (fls. 114 a 120 – mídia à fl. 121), na qual defendeu que não há razão para a nulidade do Auto de Infração, pois a Autuante é competente, o Autuado é legítimo e teve, tem e exerceu amplo direito de defesa, o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para se determinar, com segurança, a infração, o infrator e o montante do débito tributário, além de apresentar as respectivas memórias de cálculo, e ainda não foi proferida nenhuma decisão a respeito do processo.

Ressaltou que o Auto de Infração foi lavrado porque o Autuado se creditou do ICMS antecipado, o que não é permitido, conforme estabelece o Art. 290 do RICMS/12.

Aduziu que o Autuado alegou que as mercadorias objeto da autuação estão todas sujeitas ao regime de substituição tributária, concordando com a fiscalização, não havendo necessidade de realização de diligência fiscal.

Sustentou a cobrança integral do Auto de Infração.

Designado como Relator, após ter efetuado a avaliação dos elementos constantes nestes autos, declarei estar concluída a sua instrução e solicitei a sua inclusão em pauta de julgamento.

Registro a presença no julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Jéssica da Silva Cordeiro, OAB/BA nº 52.763.

VOTO

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

No que concerne à solicitação do Autuado de que as intimações sejam enviadas ao escritório do seu patrono, no endereço indicado na peça impugnatória, para fins de recebimento das intimações no presente feito, inexistiu óbice ao seu atendimento, mas ressalto que as condições de validade das intimações são as previstas no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração registra a acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária, ocorridas no período de janeiro de 2019 a junho de 2021.

Os demonstrativos apresentam de forma cristalina a infração, indicando o número e/ou chave do documento fiscal, CFOP da operação, data de emissão e, quanto à mercadoria, item da nota fiscal, código, NCM, descrição, base de cálculo e ICMS devido.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

A Autuante, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificou a ocorrência do fato

gerador, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade.

O Autuado suscitou a nulidade sob o argumento de que foram incluídas no levantamento mercadorias integralmente tributadas, não enquadradas no regime de substituição tributária, ofendendo a motivação dos atos administrativos.

Tais alegações não implicam a nulidade da autuação, tendo em vista que o processo administrativo fiscal existe exatamente para aperfeiçoar o lançamento de ofício, realizando os ajustes necessários para que o processo fique saneado para as etapas posteriores, sendo que tal procedimento não gera nenhum prejuízo à defesa do Autuado.

Inclusive, o Autuado colacionou à sua Defesa as ementas dos Acórdãos JJF nº 0023-01/19 e CJF nº 0017-11/15, os quais não foram julgados nulos, tendo sido avaliados os méritos e excluídas as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, já que se tratava de aplicação de multa pela falta de pagamento do ICMS relativo à antecipação parcial, posteriormente tributadas.

Também não lhe socorreu como paradigma a ementa do Acórdão JJF nº 0041-04/14, o qual foi julgado nulo por ter sido efetuado procedimento de auditoria à margem dos livros do contribuinte, o que não se coaduna com o presente caso.

Portanto, afasto as nulidades suscitadas.

Ressalto que a análise dos pedidos de diligência e perícia compete aos julgadores, os quais estão vinculados às suas convicções, podendo os mesmos serem denegados nos termos do Art. 147, I, “a”, e II, “b”, do RPAF/99, entre outros motivos, quando os julgadores entenderem que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação ou as provas pretendidas são desnecessárias em vista de outras provas produzidas, não cabendo a nulidade da Decisão em caso de indeferimento do pedido.

Consoante os termos do Art. 147, I, “a”, do RPAF/99, entendo que os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação, não necessitando de verificação *in loco*, e indefiro o pedido de diligência.

No mérito, a Autuante estava equivocada quanto à posição do Autuado, mas avaliei todos os produtos relacionados pelo Autuado e concluí que lhe assiste razão parcial, já que alguns eram normalmente tributados, conforme indicado abaixo:

COXINHA 25G CONG PC 5KG: este produto não está enquadrado no regime de substituição tributária, pois se trata de massa alimentícia recheada, enquanto somente as massas alimentícias não cozidas nem recheadas foram incluídas no item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/12.

BISC CASCUDO DELICIA CONG 5KG: este produto está enquadrado no regime de substituição tributária, pois se trata de biscoito de polvilho, NCM 1905.90.20, incluído no item 11.13.2 do Anexo 1 do RICMS/12.

CARNE BOVINA MOIDA CONG FRIJOA 500G: este produto está enquadrado no regime de substituição tributária, pois se trata de produto comestível resultante da matança de gado bovino congelado, NCM 0202.30.00, incluído no item 11.22 do Anexo 1 do RICMS/12.

ORBIVED SELAMTE P/MOTO CINZA: este produto não está enquadrado no regime de substituição tributária, pois se trata de adesivo, NCM 3506.91.90, não incluído em nenhum item do Anexo 1 do RICMS/12.

MARAVILHA PIZZA CONG PC 5KG: este produto está enquadrado no regime de substituição tributária, pois se trata de pizza, NCM 1905.90.90, incluído no item 11.18.1 do Anexo 1 do RICMS/12.

PAO DE LEITE PAO DA HORA 420G: este produto está enquadrado no regime de substituição tributária, pois se trata de produto de panificação, NCM 1905.90.90, incluído no item 11.18.1 do Anexo 1 do RICMS/12.

BISC DE QUEIJO PARMESAO CONG PC: este produto está enquadrado no regime de substituição tributária, pois se trata de biscoito, NCM 1905.90.20, incluído no item 11.13.2 do Anexo 1 do RICMS/12.

SORVETE VILELA YOG FRUT DI BOSCCO PREM 1.5L: este produto está enquadrado no regime de substituição tributária, pois se trata de sorvete, NCM 2105.00.10, incluído no item 15.1 do Anexo 1 do RICMS/12.

MANGUEIRA TRANCADA ARQUA 20MT e outras metragens, e de jardim e de botijão de gás: este produto não está enquadrado no regime de substituição tributária, pois se trata de mangueira comum, de botijão de gás ou de jardim, NCM 3917.33.00 ou 3917.39.00, não específica para uso na construção, e por este motivo não está incluído no item 8.6 do Anexo 1 do RICMS/12.

RAÇÃO SÓ PÁSSAROS ALPISTE 500G e outras rações puras de gergelim e painço: este produto não está enquadrado no regime de substituição tributária, pois se trata de alpiste, gergelim ou painço, NCM 1008.30.90, 1008.90.90 e 1008.29.90, e não uma alimentação diária racional e balanceada (alimentos completos), para ser enquadrado na NCM 2309.90.10, e por este motivo não está incluído no item 14.1 do Anexo 1 do RICMS/12.

Diante do exposto, excluí as mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, reduzindo o valor exigido para R\$ 1.085.390,96, conforme demonstrado a seguir:

Ocorrência	Valor Auto de Infração	Valor Excluído	Valor 5ª JFJ	Notas Fiscais das Mercadorias Excluídas
31/01/2019	7.625,62	147,51	7.478,11	298, 337 e 375
28/02/2019	11.471,15	339,83	11.131,32	481, 502, 544 e 94710
31/03/2019	12.297,21	-	12.297,21	-
30/04/2019	6.395,45	182,20	6.213,25	506483, 777, 825 e 826
31/05/2019	19.462,50	135,11	19.327,39	901 e 1010
30/06/2019	12.603,12	-	12.603,12	-
31/07/2019	13.830,47	-	13.830,47	-
31/08/2019	17.886,45	54,15	17.832,30	2766449, 170655 e 2779773
30/09/2019	7.695,15	20,36	7.674,79	104188 e 2807147
31/10/2019	7.756,75	-	7.756,75	-
30/11/2019	27.139,35	86,72	27.052,63	2204 e 287
31/12/2019	9.105,19	1.118,32	7.986,87	2395, 2443, 2370, 2374 e 2277
31/01/2020	13.332,67	114,90	13.217,77	2506 e 2570
29/02/2020	15.301,46	295,44	15.006,02	2679, 111564, 2792, 2813, 2833 e 2864
31/03/2020	21.326,75	133,68	21.193,07	2866, 2998 e 2957
30/04/2020	3.333,92	335,56	2.998,36	3105, 3118, 3123, 3157 e 3044077
31/05/2020	5.751,99	217,34	5.534,65	3288, 3084145 e 3385
30/06/2020	60.611,10	123,09	60.488,01	3458 e 3563
31/07/2020	48.940,05	123,08	48.816,97	3600 e 3624
31/08/2020	54.158,32	71,04	54.087,28	3776 e 3817
30/09/2020	53.228,70	-	53.228,70	-
31/10/2020	114.924,71	126,70	114.798,01	3300815 e 3300812
30/11/2020	6.532,21	49,22	6.482,99	218925
31/12/2020	191.992,72	-	191.992,72	-
31/01/2021	84.667,68	-	84.667,68	-
28/02/2021	63.924,65	-	63.924,65	-
31/03/2021	38.059,96	48,98	38.010,98	3481175
30/04/2021	87.357,55	174,41	87.183,14	3542465
31/05/2021	61.728,30	-	61.728,30	-
30/06/2021	10.847,45	-	10.847,45	-
Valor Total	1.089.288,60	3.897,64	1.085.390,96	-

Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 1.085.390,96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269130.0014/21-2**, lavrado contra **LEIZER APARECIDA FERREIRA BORGES CARIAS EIRELI**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.085.390,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2023.

EDUARDO DUTRA FREITAS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR