

A. I. Nº - 281317.0047/17-6
AUTUADO - NEW WAY COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JONEY CESAR LORDELLO DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/06/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0114-04/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Fato não impugnado. Infração mantida; **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada pela legislação a utilização de créditos fiscais em operações com fase de tributação encerrada. Não comprovado pelo contribuinte que as aquisições foram empregadas em processo de industrialização, com saídas tributadas. Infração subsistente; **c)** OPERAÇÕES ACOBERTADAS POR DOCUMENTO FALSO OU INIDÔNEO. Item não impugnado. Acusação mantida; **d)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL; **e)** OPERAÇÃO COM DESTAQUE DO IMPOSTO INCORRETO. Argumentos defensivos insuficientes para provocar alteração nos lançamentos. Infrações 04 e 05 subsistentes; **f)** ERRO DE APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Comprovado pelo autuado que apenas em duas operações objeto da autuação fazia jus ao crédito fiscal presumido decorrentes de aquisições por fornecedores optantes do regime do Simples Nacional. Infração 06 parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não houve comprovação pelo autuado da escrituração dos documentos fiscais de saídas tributadas emitidos. Argumentos defensivos insuficiente para elidir a acusação; **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O CONSTANTE NOS DOCUMENTOS FISCAIS. O argumento de não observância de benefícios fiscais que porventura favoreçam ao contribuinte a título de redução de base de cálculo e/ou isenção, previstos no RICMS/BA, não pode ser acolhido porque o documento fiscal foi emitido com o valor do imposto destacado no documento fiscal, que, certamente foi objeto de utilização de crédito fiscal pelo valor destacado pelo destinatário da mercadoria. Infrações 07 e 09 subsistentes. Adequação da penalidade da infração 07 de 100% para 60%. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS NÃO TRIBUTÁVEIS. BONIFICAÇÕES. Inexistência de previsão legal ou regulamentar que conceda isenção tributárias as saídas de mercadorias tributáveis a título de bonificação. Infração 08 subsistente. 4. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA

DETERMINAÇÃO DO VALOR. Fato não impugnado. Infração 10 mantida. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA PERCENTUAL SOBRE O VALOR QUE DEIXOU DE SER PAGO. Os documentos apresentados pelo autuado, bem como os argumentos suscitados na defesa, não comprovaram a insubsistência das acusações. Infrações 11 e 12 subsistentes. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infrações 11 e 12 não impugnadas. Acusações mantidas. Não acolhidos os argumentos de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em tela foi expedido em 29/12/2017 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 95.278,27, relacionado aos exercícios de 2014, 2015 e 2016, em decorrência das seguintes imputações:

Infração 01 – 01.02.03: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto”*. Valor lançado R\$ 2.575,63. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 01.02.06: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento do imposto por substituição tributária”*. Valor lançado R\$ 17.952,26. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 01.02.11: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento (s) fiscal (is) falso (s) ou inidôneo (s)”*. Valor lançado R\$ 205,02. Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – 01.02.40: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) documentos) fiscal (is)”*. Valor lançado R\$ 1.001,77. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – 01.02.41: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal. Crédito indevido – Erro de cálculo do imposto (Aliq. x BC)”*. Valor lançado R\$ 716,90. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 – 01.02.41: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documento (s) fiscal. Crédito indevido – Erro de cálculo do imposto (CFOP vs UF) 2014”*. Valor lançado R\$ 165,03. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 – 02.01.02: *“Deixou de recolher no (s) prazo (s) regulamentar (es) ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios”*. Valor lançado R\$ 45.082,97. Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 – 02.01.03: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Doação / bonificação sem tributação”*. Valor lançado R\$ 3.723,51. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 09 – 03.01.04: *“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 magnéticos. Débito escriturado a menor que o destaque na NFe”*. Valor lançado R\$ 2.122,51. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “b” da Lei

nº 7.014/96.

Infração 10 – 03.02.05: “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”. Valor lançado R\$ 17,37. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 11 – 07.15.03: “Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente”. Penalidade aplicada no valor de R\$ 16.843,46, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 12 – 07.15.05: “Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente”. Penalidade aplicada no valor de R\$ 4.163,87, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 13 – 16.01.01: “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”. Penalidade aplicada no valor de R\$ 412,72 com previsão no Art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

Infração 14 – 16.01.02: “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”. Penalidade aplicada no valor de R\$ 295,25 com previsão no Art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação Parcial ao lançamento, fls. 55 a 81, onde, em preliminar, requereu a nulidade do lançamento, por “Descumprimento ao art. 142 do CTN; incerteza e iliquidez do lançamento tributário e precariedade do trabalho fiscal”.

Ao se reportar ao Art. 142 do CTN, citou doutrina e, em seguida pontuou que as provas e demonstrativos de cálculo expressem fielmente o crédito tributário exigido devem atender ao princípio da legalidade, ou seja, os dispositivos ditos como infringidos devem espelhar a infração cometida a ensejar a segurança jurídica que deve nortear o ato administrativo, assim como o valor do crédito tributário exigido deve expor com clareza os critérios de sua composição e fatos relacionados a fim de se identificar a plausibilidade de sua cobrança.

No caso em apreço sustentou que vislumbra a presença de incertezas e dúvidas sobre o trabalho fiscal que foi elaborado, haja vista a falta de produção de prova para efeito de comprovação das infrações imputadas, ocorrendo, ainda, ausência de manifestação sobre os recolhimentos que efetuou, insuficiência da capitulação legal por menção incompleta dos dispositivos legais aplicados, estando desprovido da necessária subsunção entre outros elementos que maculam integralmente a autuação, conforme depreende dos demonstrativos elaborados pelo autuante constantes da mídia CD-ROOM anexa a autuação.

Ainda em preliminar alegou, em relação a infração 02, que a mesma contém capitulação genérica, não se sabendo quais os dispositivos legais foram utilizados para enquadramento das mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária e nem quais os critérios foram adotados para tal enquadramento e sua destinação a ser verificada em ato imediatamente posterior.

Em seguida se reportou à infração 03 aduzindo que não há referência da alínea do § 3º do art. 318 do RICMS/BA que fundamenta a inidoneidade do documento fiscal, evidenciando a precariedade do trabalho fiscal, não podendo a fiscalização partir da suposição para deduzir ou induzir determinado fato como verdade, mencionando doutrina e jurisprudência de Tribunal Administrativo do Estado de São Paulo a este respeito.

Conclui asseverando que dada a ausência de produção de prova produzida pelo autuante somada a utilização de capitulações genéricas para fundamentar as infrações, sustentou que resta

comprovada a precariedade, incerteza e iliquidez do trabalho fiscal, devendo, pois, ser decretada a nulidade do lançamento fiscal.

Ao adentrar ao mérito da autuação, se reportou à Infração 2 que trata de utilização indevida de créditos fiscais relacionados a mercadorias sujeitas a substituição tributária. Neste ponto ressaltou que não há nas notas fiscais autuadas a ocorrência de destaque de ICMS-ST, tendo sido as operações enquadradas nos CFOPS 6.101 e 6.106, não sendo produzidas provas pelo autuante de que houve o recolhimento do ICMS-ST por antecipação para efeito de comprovação do encerramento da fase de tributação, acrescentando que promoveu o destaque do imposto nas saídas das mercadorias, não havendo, portanto, qualquer prejuízo ao erário com o seu procedimento, pugnando, com isso, pela improcedência desta infração.

Ainda em relação a infração 02, disse que as mercadorias adquiridas foram objeto de processo industrial, razão pela qual não estão submetidos ao regime de ST por conta de sua destinação, discorrendo a este respeito para concluir que, dada a inaplicabilidade do regime de ICMS-ST aos produtos objeto das notas fiscais autuadas, considera que é de se reconhecer a legitimidade dos créditos fiscais apropriados, ainda que tenha ocorrido o recolhimento do ICMS por antecipação como sustentando pelo autuante que será alvo de restituição.

Em seguida passou a se reportar as infrações 04 a 06, no tópico que denominou de *“crédito presumido oriundo da aquisição de empresas do Simples Nacional”*, pontuando que, a bem da verdade, todas as infrações apontadas se reportam ao aproveitamento de crédito presumido de ICMS decorrente da aquisição de mercadorias de empresas optantes pelo Simples Nacional, sendo que, tal conduta, detém fundamento no disposto no art. 269, X, item 2, do RICMS/BA, o qual transcreveu.

Aduziu que apesar de tal análise não ter sido efetuada pelo autuante, cita por amostragem fornecedores enquadrados nessa situação e que dão azo ao aproveitamento de crédito presumido pelas aquisições, citando, como exemplo os fornecedores J C MARQUES & CIA LTDA, CNPJ 61.101.093/0001-35 e NOVA AÇÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA., CNPJ 08.847.321/0001-38, razão pela qual pugnou pela improcedência das infrações 04 a 06.

No tópico seguinte passou a se referir às *“Infrações 07 e 09 – Erro na emissão dos documentos fiscais pela Impugnante – Inobservância de benefícios fiscais aplicáveis”*, que tratam, respectivamente, de falta de recolhimento do imposto referente a operações não escrituradas nos livros fiscais e recolhimento a menos do imposto por divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais.

A este respeito pontuou que ainda que tenha efetuado a emissão dos documentos fiscais com as informações ali postas, o ato administrativo de cobrança que foi promovido deve se ater as regras na legislação, cabendo a revisão de ofício ao se deparar com uma situação que não se coaduna com as normas aplicáveis àquela operação, ou seja, ao identificar a presença de elementos da regra matriz de incidência tributária que não condizem ao tratamento tributário aplicável, promover ajustes e, se for o caso, exigir o crédito tributário que lhe é devido, sob pena de enriquecimento sem causa.

Nesse sentido disse que em diversas dessas notas fiscais autuadas deixou de observar benefícios fiscais aplicáveis aos seus produtos e operações que implicaram no destaque a maior do ICMS devido, a exemplo de operações de saídas de carne para o Estado de Sergipe cuja a base de cálculo é reduzida de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (art. 268, XIV, RICMS/BA).

Mencionou, também, saídas internas onde existe previsão de isenção para a comercialização de arroz que tributou normalmente (art. 265, II, “c” do RICMS/BA).

Diante destes argumentos sustentou que as infrações deverão ser julgadas improcedentes ou reduzidas.

Com relação a *“Infração 08 – Saídas em bonificação – Exclusão da base de cálculo do ICMS – Resp nº 1.111.156/SP (repetitivo)”*, disse que a respeito dessa infração utilizará a definição dada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, definindo que a bonificação é

uma modalidade de desconto que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução no valor da venda. Com base nesse argumento pugnou pela improcedência desta infração.

Quanto as *“Infrações 11 e 12 – Inobservância dos recolhimentos via DAE que efetuou”*, relacionadas a multas percentuais sobre o imposto que deixou de ser recolhido a título de antecipação parcial, sustentou que de acordo com os DAEs acostados (doc. 04) ou mediante simples análise no próprio sistema da SEFAZ, se constata que promoveu os recolhimentos devidos por antecipação, inexistindo as alegadas infrações.

Acrescentou que, caso remanesça alguma dúvida que o PAF seja convertido em diligência para que se proceda à análise dos documentos fiscais e comprovantes de pagamentos de ICMS-ST a fim de se alcançar a verdade material dos fatos.

Em conclusão requereu a nulidade da autuação em face da precariedade do trabalho fiscal apresentado, porque desprovido dos meios probatórios, quanto às infrações 01 a 14. No mérito, em relação às infrações 02, 04 a 06, 07, 08, 09, 11 e 12, requereu a decretação da improcedência ante as fundamentações apresentadas e, por fim, que o PAF seja convertido em diligência para esclarecimento de eventuais dúvidas acaso existentes.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 120 a 123, onde, no tocante a arguição de nulidade suscitada pela defesa, pontuou que os argumentos apresentados não os legitimam, não podendo ser aceitos, tendo em vista que o Auto de Infração se encontra devidamente embasado enquanto que as multas foram aplicadas conforme determina a Lei nº 7.014/96.

Afirmou que todos os demonstrativos que respaldam a autuação estão acostados digitalmente ao PAF através da mídia de fl. 52, os quais foram elaborados com base na EFD transmitida pelo autuado, portanto, asseverou que não tem fundamento a alegação defensiva quanto ao pedido de nulidade do feito, não havendo incerteza ou iliquidez no lançamento tributário ou precariedade do trabalho realizado.

Quanto ao mérito destacou que o autuado não impugnou as infrações 01, 03, 10, 13 e 14. Em relação as que foram impugnadas passou a se pronunciar conforme a seguir.

Assim é que, quanto a infração 02, disse que a alegação defensiva é no sentido de que os produtos elencados nesta infração são submetidos a processo industrial com a consequente alteração da sua estrutura, ensejando nova classificação fiscal.

Observou, contudo, que os itens listados nos demonstrativos “Créditos Indevidos – Mercadorias com ICMS substituído 2014/2016”, se referem a produtos sujeitos ao regime de ST por antecipação por estarem incluídos no Anexo 1 do RICMS/BA, portanto, por se tratarem de produtos da substituição tributária, com fase de tributação encerrada, não cabe o aproveitamento do crédito.

Destacou, também, que o autuado não oferece subsídios para que se entenda quais são os processos produtivos que são empregados tais produtos, portanto, as alegações defensivas não podem ser consideradas, razão pela qual manteve a autuação.

No que pertine às infrações 04, 05 e 06, disse que a alegação defensiva foi no sentido de que se relacionam ao aproveitamento de crédito presumido de ICMS decorrente de aquisições de mercadorias por fornecedores optantes do Simples Nacional.

A este respeito disse que verificou todas as notas fiscais constantes nos demonstrativos elaborados, tendo realizado consulta em relação a cada fornecedor para verificar se era optante do Simples Nacional, conforme determina o art. 269, X, item 2 do RICMS/BA, tendo apurado que as únicas empresas que se enquadram nessa condição são as indicadas pelo autuado às fls. 75/76, relacionadas a infração 06 no exercício de 2014, tendo como datas de ocorrência 30/09/2014 no valor de R\$ 6,61 e 31/12/2014 R\$ 22,50, reduzindo, assim, a infração 06 de R\$ 165,03 para R\$ 135,92.

No tocante as infrações 07 e 09, onde o autuado alegou que efetuou as operações com as informações constantes nos documentos fiscais, porém deixou de observar os benefícios fiscais aplicáveis, implicando em destaque a maior do imposto devido.

Tal argumento não foi aceito pelo autuante sustentando que tais infrações são originadas de notas fiscais de saídas não escrituradas e a débito escriturado a menos que o destacado nos documentos fiscais, não cabendo ao Fisco realizar apenas a cobrança pela diferença não recolhida, acrescentando se acaso o autuado deixou de observar benefícios fiscais compete a ele revisar seus documentos e, se for o caso, solicitar o estorno do débito na forma regulamentar. Manteve ambas as infrações.

Quanto a infração 08, onde o autuado alegou que bonificação é modalidade de desconto incondicional, que deve ser excluído da base de cálculo do ICMS, disse que tal alegação não tem respaldo legal no RICMS/BA, pois são tributadas normalmente de acordo com o previsto pelo Art. 264 do RICMS/BA. Manteve a autuação.

Naquilo que se relaciona às infrações 11 e 12 que tratam de penalidades aplicadas em função da falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, observou que todos os recolhimentos que foram realizados pelo autuado a título de antecipação parcial foram considerados nos levantamentos que realizou, observando que muitos dos DAEs apresentados pelo autuado se referem a pagamento do ICMS regime normal ou ICMS-ST, os quais não podem ser considerados. Manteve as autuações.

Concluiu pugnando pela Procedência Parcial do Auto de Infração em face das exclusões sugeridas em relação a infração 06.

Intimado a se pronunciar a respeito da Informação Fiscal, o autuado se manifestou conforme fls. 140 a 145, onde citou que o processo permaneceu com o autuante por um período de um ano e meio e, quando da devolução se pronunciou apenas no sentido de excluir R\$ 29,11 da infração 06 e por manter as demais infrações sem qualquer juízo de valor sobre os fundamentos que apresentou, só lhe restando reiterar seus pedidos constantes da Impugnação.

O autuante, por sua vez, se pronunciou à fl. 149, mantendo todos os termos constes na Informação Fiscal.

VOTO

O Auto de Infração aponta o cometimento de 14 (quatorze) infrações à legislação tributária, que resultou no crédito reclamado no montante de R\$ 95.278,27, mais multas, que passo a analisar.

O autuado, em síntese, requereu a nulidade do lançamento, por *“Descumprimento ao art. 142 do CTN; incerteza e iliquidez do lançamento tributário e precariedade do trabalho fiscal”*, tendo asseverado que as provas e demonstrativos de cálculo que expressem fielmente o crédito tributário exigido devem atender ao princípio da legalidade, ou seja, os dispositivos ditos como infringidos devem espelhar a infração cometida a ensejar a segurança jurídica que deve nortear o ato administrativo, assim como o valor do crédito tributário exigido deve expor com clareza os critérios de sua composição e fatos relacionados a fim de se identificar a plausibilidade de sua cobrança.

Não acolho o pedido de nulidade suscitado pela defesa em relação ao presente Auto de Infração. Isto porque, não vislumbro qualquer ofensa ao Art. 142 do CTN já que todas as qualificações ali elencadas foram atendidas pelo autuante, e, por igual, ao regramento constante no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, visto que todos os elementos identificadores da autuação estão demonstrados de maneira analítica e sintética, possibilitando o pleno exercício da defesa, o que ocorreu.

Também não vejo precariedade no lançamento, pois os demonstrativos estão postos de forma que identificam os fatos relacionados a autuação, em seu todo, enquanto que o enquadramento legal das acusações atende ao quanto previsto pelas normas legal e regulamentar acima citadas, não havendo que se falar em capitulação legal genérica.

Isto posto deixo de acolher todos os argumentos apresentados pelo autuado suscitando a nulidade do Auto de Infração em sua integralidade, e passo ao exame meritório.

Assim é que em relação a infração 01 no valor de R\$ 2.575,63, infração 03 no valor de R\$ 205,02, infração 10 no valor de R\$ 17,37, infração 13 no valor de R\$ 412,72 e infração 14 no valor de R\$ 295,65 não houve irresignação por parte do autuado quanto ao mérito das mesmas, portanto, ficam mantidas.

Quanto ao pedido de realização de diligência formulado pelo autuado, este fica indeferido com base no Art. 147, incisos I e II do RPAF/BA, por inexistência de fatos que demandem verificações adicionais, tendo em vista que os elementos presentes nos autos serem suficientes para formação de minha convicção na condição de julgador.

Desta maneira, quanto a infração 02 no valor de R\$ 17.952,62, esta trata de utilização indevida de créditos fiscais relacionados a aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. A este respeito foi alegado pela defesa que as aquisições ocorreram com destaque do imposto e as saídas respectivas ocorreram com tributação, não ocorrendo, assim, nenhum prejuízo ao erário. Foi alegado, também, que essas aquisições estão relacionadas a mercadorias que foram objeto de inclusão em processo industrial e, por isto, é devido o crédito utilizado, ante a não cumulatividade do imposto estadual.

A Lei nº 7.014/96, em seu art. 29, § 4º, incisos I e II, veda a utilização de créditos fiscais quando as mercadorias adquiridas estiverem sujeitas a saídas sem tributação. No caso presente as mercadorias encontram-se listadas no Anexo I do RICMS/BA, portanto com a fase de tributação encerrada, não sendo permitido a utilização de tais créditos.

Ademais, o autuado não comprovou qual o tratamento tributário dado em relação às saídas das mercadorias que foram objeto da autuação, nos períodos alcançados pelo lançamento, tampouco comprovou que a destinação delas foi para industrialização com as saídas também tributadas.

Infração 02 subsistente.

As infrações 04, 05 e 06, nos valores respectivos de R\$ 1.001,77, R\$ 716,90 e R\$ 165,03, foram defendidas conjuntamente pelo autuado, e estão relacionadas a utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de: valor superior ao destacado no documento fiscal, erro de cálculo do imposto e erro de aplicação da alíquota, respectivamente. O argumento defensivo foi de que se referem a créditos presumidos decorrentes de aquisições de mercadorias cujos fornecedores se encontram enquadrados no Simples Nacional (art. 269, inciso X, item 2 do RICMS/BA), portanto, considera legítima a utilização de tais créditos, apontando, de forma exemplificativa, aquisições ocorridas com dois fornecedores.

O autuante disse que em função do argumento supra, analisou as operações constantes na infração 06, encontrando, apenas, duas ocorrências dessa natureza, uma no mês de setembro/14 no valor de R\$ 6,61 e outra no mês de dezembro/14 no valor de R\$ 22,50, excluindo-as da autuação, o que o levou a propor a redução desta infração do valor original de R\$ 165,03 para R\$ 135,92.

Analisando os fatos relacionadas as referidas infrações vejo que o argumento defensivo em nada se relaciona as infrações 04 e 05 que trata de assunto totalmente diferente do argumentado pela defesa, o qual se aplica apenas a infração 06, cujo argumento foi objeto de análise pormenorizada levada a efeito pelo autuante que encontrou apenas duas operações que encontram respaldo no argumento defensivo, cujas exclusões efetuadas pelo autuante estou de acordo e as acolho.

Quanto as demais operações foram anexadas ao processo pelo autuante, diversas pesquisas realizadas com os fornecedores cujas notas fiscais integram o rol da infração 06, tendo sido constatado que nenhum deles, além dos já citados, estão enquadrados no regime do Simples Nacional, conforme extratos constantes às fls. 124 a 130.

Isto posto, mantenho as exigências relacionadas as infrações 04 e 05 nos valores originais de R\$ 1.001,77 e de R\$ 716,90, e julgo subsistente em parte a infração 06 no valor de R\$ 135,92.

Naquilo que concerne as infrações 07 e 09, também defendidas em conjunto, nos valores respectivos de R\$ 45.082,97 referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, e R\$ 2.122,51 por falta de recolhimento do imposto em função de divergência entre o imposto

recolhido e o informado nos documentos e livros fiscais, foi alegado pela defesa que ainda que tenha efetuado a emissão dos documentos fiscais com as informações ali postas, o ato administrativo de cobrança que foi promovido deve se ater as regras da legislação, cabendo a revisão de ofício ao se deparar com uma situação que não se coaduna com as normas aplicáveis àquela operação, ou seja, ao identificar a presença de elementos da regra matriz de incidência tributária que não condizem ao tratamento tributário aplicável, promover ajustes e, se for o caso, exigir o crédito tributário que lhe é devido, sob pena de enriquecimento sem causa.

Nesse sentido disse que em diversas dessas notas fiscais autuadas deixou de observar benefícios fiscais aplicáveis aos seus produtos e operações que implicaram no destaque a maior do ICMS devido, a exemplo de operações de saídas de carne para o Estado de Sergipe cuja a base de cálculo é reduzida de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (art. 268, XIV, RICMS/BA), mencionando também a existência de saídas internas onde existe previsão de isenção para a comercialização de arroz que tributou normalmente (art. 265, II, “c” do RICMS/BA).

O autuante, por sua vez, manteve ambas as exigências, ao argumento de que são decorrentes de notas fiscais de saídas não escrituradas (infração 07) e lançamento a débito a menos que o valor destacado no documento fiscal (infração 09), tendo sido efetuada a cobrança pela diferença respectiva não recolhida.

A este respeito vejo que em relação a infração 07 que trata de exigência tributária decorrente de notas fiscais não escrituradas o autuado nada apresentou que justificasse a não escrituração e sequer se reportou a esta questão, pelo que mantenho a presente infração.

Entretanto, constatei que o Sistema de Gerenciamento de Crédito (SGC) desta SEFAZ, indica que a partir de março de 2012 a multa a ser aplicada para a infração de Código 002.001.002, neste caso, a constante na infração 07, é no percentual de 60% tipificada no Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96.

Desta forma, para efeito de adequação ao Sistema, e seguindo orientação interna deste CONSEF, o percentual da multa referente a infração 07, Código 002.001.002, deve ser adequada do percentual 100% para 60%, nos termos no Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, como assim está posto no Sistema de Gerenciamento de Crédito (SGC), recepcionado, na sua literalidade, pelo Sistema SIGAT, que é o Sistema desta SEFAZ apto a processar os lançamentos e julgamentos dos créditos tributários.

Em consequência, a infração 07 resta parcialmente subsistente tendo em vista a adequação da multa de 100% aplicada na infração para o percentual de 60%.

Já em relação a infração 09 que trata de exigência incidente sobre débito fiscal registrado a menos que o valor destacado no documento fiscal, vejo que razão não assiste ao argumento defensivo relacionado a não observância de benefícios fiscais que lhe favorecem a título de redução de base de cálculo e/ou isenção, previstos no RICMS/BA, isto porque o documento fiscal foi emitido com o valor do imposto destacado no próprio documento fiscal, que, certamente foi objeto de utilização de crédito fiscal pelo valor destacado pelo destinatário da mercadoria.

Se, de fato, ocorreu destaque do imposto a mais, caberia ao autuado processar ao estorno do débito, dentro do mesmo período, através de emissão de nota fiscal específica ou, se em período posterior, pleitear a restituição do indébito tributário.

Mantenho, também, a exigência relacionada a infração 09.

No que concerne a infração 08, no valor de R\$ 3.723,51, refere-se a saídas promovidas a título de bonificação, sem tributação, sob a alegação de que tal fato consiste na entrega de uma maior quantidade do produto vendido em vez de conceder redução no valor da venda, apontando para justificar seu argumento, uma Decisão do STJ, enquanto que o autuante manteve a autuação justificando que o argumento defensivo não possui respaldo legal no RICMS/BA, pois são tributadas normalmente de acordo com o previsto pelo Art. 264 do RICMS/BA.

Realmente assiste razão ao autuante em seu posicionamento no tocante a tributação dessas operações, que refletem, efetivamente, a ocorrência de saídas de mercadorias. Observo, que a

referida decisão do STJ mencionada pelo autuado não vincula o Estado da Bahia a obrigação de sua observância. Além do mais, a Lei nº 7.014/96, define como incidência do imposto a realização de saídas de mercadorias (art. 1º, inciso I e art. 2º, inciso I), o que é o caso, não havendo qualquer indicação a título de isenção do imposto para este tipo de operação (bonificação), até porque, quando das entradas no estabelecimento emitente do documento fiscal a título de bonificação, a operação se deu com tributação, gerando crédito fiscal do imposto.

Mantenho a subsistência da infração 08.

Naquilo que se relaciona às infrações 11 e 12, nos valores respectivos de R\$ 16.843,46 e R\$ 4.163,87, defendidas também em conjunto pelo autuado, relacionadas a penalidades aplicadas por falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, porém com o imposto recolhido normalmente quando da realização das operações de saídas, foi alegado pela defesa que houve inobservância pelo autuante dos recolhimentos efetuados através dos DAES juntados às fls. 85 a 95, argumento este não acolhido pelo autuante que disse que considerou em seus levantamentos todos os valores que foram regularmente recolhidos pelo autuado.

Analisando os fatos presentes nos autos, vejo que, mais uma vez não assiste razão ao autuado em seus argumentos. Isto porque, os DAES referidos na defesa, em sua maioria, se referem a recolhimentos relacionados ao ICMS por antecipação tributária total e ao ICMS regime normal de apuração, portanto não tem qualquer conotação com o fato apurado.

Quanto aos DAES relativos ao pagamento do ICMS antecipação parcial referentes aos meses 04/16, 05/16 e 06/16, únicos apresentados pela defesa, vejo que tais valores foram considerados no levantamento fiscal. Nesta situação caberia ao autuado apresentar um demonstrativo dos cálculos que realizou para efeito de recolhimento da antecipação parcial comprovando que as notas fiscais incluídas na autuação tiveram seu imposto recolhido, o que não ocorreu.

Mantenho a subsistência das infrações 11 e 12.

Em conclusão voto pelas PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 95.249,16 tendo em vista as exclusões ocorridas em relação a infração 06, além da adequação da penalidade referente a infração 07, restando as demais infrações inteiramente procedentes.

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 **281317.0047/17-6**, lavrado contra **NEW WAY COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 73.533,86**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 73.328,84 e de 100% sobre R\$ 205,02, previstas pelo Art. 42, incisos VII, “a”, IV, “j”, II, “a”, “b”, e “f”, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, além das penalidades pecuniárias no valor total de **R\$ 21.007,33** com previsão no inciso II “d” do mesmo diploma legal, além das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 707,97** previstas pelos incisos IX e XI, também do citado dispositivo legal, com incidência sobre ambas dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF 05 de junho de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR