

PROCESSO - A. I. Nº 276468.0010/21-3
RECORRENTE - SAINT-GOBAIN DO BRASIL PROD. INDUSTR. E PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0184-04/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0117-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO. Não acolhido o argumento defensivo no sentido de que aquisições de matérias para utilização como marketing, brindes e cesta básica, se caracterizam como insumos essenciais e relevantes à consecução das atividades econômicas do contribuinte autuado. Contudo, o entendimento foi no sentido de que as aquisições de materiais para marketing (propaganda) e brindes, são operações tributadas normalmente, na forma estabelecida pelos Arts. 388 e 389 do RICMS/BA, procedimento este adotado pelo autuado. Desta maneira, tais operações foram excluídas da autuação, remanescendo, apenas, a exigência dos materiais adquiridos para doação aos empregados do estabelecimento, a título de cesta básica, por se configurarem aquisições para uso ou consumo próprio, cujas saídas ocorreram sem tributação. Infração 01 parcialmente subsistente; **b)** MERCADORIAS NÃO INGRESSADAS NO ESTABELECIMENTO. Fato não impugnado pelo autuado. Apesar do autuado ter apresentado comprovante de pagamento do imposto que teria sido realizado em relação à presente infração, após a notificação do lançamento, tal pagamento foi efetuado sem qualquer vinculação ao Auto de Infração, não podendo ser considerado para efeito de extinção do crédito tributário exigido. O autuado poderá procurar a Repartição Fiscal para efeito de buscar adoção das providências pertinentes a regularização do pagamento efetuado. Infração 02 subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. Esta infração é consequência direta da infração 01. Desta forma, foi considerado parcialmente subsistente ante a mesma fundamentação acima adotada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA EFD. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. INFRAÇÕES 04 E 05. Houve comprovação pelo autuado de que ocorreu escrituração de algumas notas fiscais, as quais foram excluídas da infração 05. Nas acolhidos os demais argumentos apresentados pelo sujeito passivo. Infração 04 subsistente e infração 05 parcialmente subsistente. Não acolhidas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de realização de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário em face da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, resultando em desoneração do Sujeito Passivo da ordem de R\$ 160.794,92, ao tempo da prolação da decisão (fl. 526).

Não houve, portanto, desoneração em monta que determinasse o processamento de Recurso de Ofício (art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99).

O Auto de Infração foi lavrado em 03/02/2021 e notificado ao Sujeito Passivo em 10/12/2021 (fl. 98), para exigir crédito tributário no montante histórico de R\$ 162.660,55, de imposto (acrescido de multas), além de multas isoladas e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de cinco infrações em períodos de apuração salteados, ao longo dos exercícios de 2017, 2018 e 2019, enunciadas da seguinte maneira:

Infração 01 – 001.002.002: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Infração evidenciada por meio do Demonstrativo “Crédito indevido Uso Consumo e DIFAL” anexo e integrante deste Auto de Infração. [...] Enquadramento legal:* Art. 29, parágrafo 1º, inciso II e art. 53, inciso III da Lei 7.014/96. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96. [...] **Total da infração:** R\$ 41.871,81.

Infração 02 – 001.002.010: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. Infração evidenciada por meio do Demonstrativo “Crédito Indevido - Utilização de crédito de nota fiscal cancelada ou denegada - Demonstrativo analítico”, anexo e integrante deste Auto de Infração. Enquadramento legal:* Artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso V, alínea “b” da Lei 7.014/96. [...] **Total da infração:** R\$ 1.445,47.

Infração 03 – 006.002.001: *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Infração evidenciada pelo “Demonstrativo Crédito indevido Material Uso Consumo e DIFAL”, anexo e integrante deste auto de infração. Obs.: o mesmo demonstrativo apresentado para a Infração 001.002.002. O cálculo do DIFAL foi feito observando o disposto no inciso XI, do art. 17 e seu § 6º da Lei 7.014/96. Enquadramento legal:* Art. 4º, inciso XV da Lei 7.014/96 C/C art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA publicado pelo Decreto 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96. **Total da infração:** R\$ 79.652,16.

Infração 04 – 016.001.002: *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Infração evidenciada por meio do demonstrativo “Multa NF entrada não Lançada - Demonstrativo analítico” integrante e a este auto de infração. Enquadramento legal:* Artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso IX da Lei 7.014/96. [...] **Total da infração:** R\$ 1.565,97.

Infração 05 – 016.001.006: *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal. Infração evidenciada também por meio do demonstrativo “Multa NF entrada não Lançada - Demonstrativo analítico” anexo e integrante e a este auto de infração. Obs.: o mesmo demonstrativo apresentado para a infração nº 016.001.002. Enquadramento legal:* Artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso IX da Lei 7.014/96. [...] **Total da infração:** R\$ 38.125,14.

Não houve impugnação em relação à Infração 02, mas o Sujeito Passivo aduz ter efetuado o pagamento do valor lançado via Auto de Infração, pagamento esse não reconhecido em primeiro grau.

O contraditório se desenvolveu em primeiro grau com **Defesa** às fls. 101 a 137, mais documentos de fls. 138 a 417; **Informação Fiscal** às fls. 422 a 424, mais demonstrativos complementares de fls. 425 a 454, mídia à fl. 455, concluindo pela manutenção de todas as infrações, com redução do lançamento em relação às Infrações 04 e 05; **Manifestação** do Defendente às fls. 463 a 478; nova **Informação Fiscal** de fl. 482, mantendo o teor da peça anterior.

Em 11/08/2022 (fls. 512 a 522) foi proferida a decisão ora recorrida, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob duas vertentes: i) que após a documentação apresentada por solicitação do Fisco, foi surpreendido com a autuação sem que fosse oportunizado a chance de prestar

esclarecimentos que pudessem evitar a autuação e **ii)** o demonstrativo de débito que acompanha a autuação não traz informações relevantes e precisas que lhe permita identificar as infrações imputadas e tampouco ofereça meios para defesa, em manifesta afronta ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Analisando os elementos constitutivos destes autos vejo que não assiste razão ao autuado em seu pedido de nulidade do Auto de Infração. Isto porque, o lançamento foi precedido dos Termos de Início de Fiscalização e de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, fl. 12, devidamente recebido pelo autuado, que, por sua vez, apresentou ao autuante a documentação solicitada, o que possibilitou a desenvolvimento regular da ação fiscal.

O argumento defensivo de que não lhe fora oportunizado chance para prestar esclarecimentos que, ao seu ver, poderiam evitar a autuação, se trata de um argumento que não pode ser acolhido visto que, em primeiro lugar não existe previsão regulamentar nesse sentido, e, em segundo, se isto não ocorreu, se deve ao fato de que o autuante entendeu não ser necessário obter esclarecimentos adicionais, tendo em vista que a documentação disponibilizada pelo autuado lhe possibilitava aferir suas conclusões com base nessa documentação.

No tocante ao argumento de que houve afronta ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, causando com isso, cerceamento ao seu direito de defesa, não vislumbro este fato nos autos, já que o autuado se defendeu plenamente de todas as ocorrências consignadas pela autuação, de forma pontual, apresentando argumentos e documentos que julgou necessários à elucidação das acusações.

Ademais, as acusações estão postas de forma clara, acompanhadas de planilhas analíticas que oferecem todos os meios necessários ao exercício pleno da defesa, de forma que, considero que a autuação atendeu ao quanto estabelecido pelo Art. 142 do CTN e pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, razão pela qual não acolho os pedidos de nulidade formulados através da peça defensiva.

Não acolho, também, com base no Art. 147, I do RPAF/BA o pedido de realização de diligência formulado pelo autuado em razão de considerar que já se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador. Indefiro, pois, o pedido de diligência.

Adentrando às questões meritórias, vejo que as infrações 01 e 03, que tratam de utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de aquisições de materiais para uso ou consumo próprio pelo estabelecimento e a consequente falta de pagamento da diferença entre alíquotas dessas mesmas aquisições, nos valores respectivos de R\$ 41.871,81 e R\$ 79.652,16, ambas foram defendidas em conjunto pelo fato da infração 03 ser decorrente exatamente da infração 01, razão pela qual serão aqui também analisadas conjuntamente.

De acordo com a planilha analítica elaborada pelo autuante, fls. 14 a 42, o lançamento levou em consideração dois fatores: o primeiro se relaciona a materiais adquiridos para distribuição a título de **marketing** e o segundo aquisições de diversos alimentos industrializados, tais como, açúcar, arroz, achocolatado, atum, biscoito, café em pó, creme de leite, farinha de mandioca, farinha de trigo, embalagem para cesta básica, fubá, gelatina, macarrão, feijão, dentre outros, para efeito de distribuição gratuita aos funcionários, a título de cesta básica.

O argumento defensivo no sentido de que os materiais adquiridos para efeito de marketing, brindes e cesta básica, se tratam de insumos, portanto produtos essenciais e relevantes à sua atividade, os quais sob o ponto de vista do princípio da não-cumulatividade possibilitam o direito à utilização dos créditos fiscais de ICMS, não será aqui levado em consideração, pois, tecnicamente, não se caracterizam como insumos, já que estes, de forma objetiva, assim o são quando empregados diretamente no processo produtivo, o que não é o caso.

Na situação sob análise, dos materiais adquiridos a título de marketing, à luz das planilhas elaboradas pelo autuante, se extrai, por exemplo: MKT Inflável Gigante Webwerli, Pula Pula, Tenda pé direito regulável, chute a gol, balcão demonstração, display balde, boletim técnico, folder, bonés, cartaz, celular, display, calculadora de bolso, folhetos sanfonas, dentre outros, os quais, efetivamente, não podem ser qualificados como insumos, mas, a materiais de propaganda, posto que não são indispensáveis ou essenciais à atividade empresarial do autuado.

Portanto, as aquisições relacionados a produtos de marketing e de brindes, serão aqui analisadas à luz do que prevê o Regulamento do ICMS/BA, por entender que possuem as mesmas características, o qual assim dispõe:

Art. 388. Considera-se brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final.

Art. 389. O contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá:

I - lançar a nota fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal;

II - emitir, no mesmo período de apuração em que ocorrer a entrada da mercadoria no estabelecimento, nota fiscal com lançamento do imposto, aplicando a alíquota interna e tendo como base de cálculo o valor da mercadoria adquirida mais o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “Emitida nos termos do art. 389 do RICMS”;

III - lançar a nota fiscal referida no inciso II no Registro de Saídas, na forma regulamentar.

§ 1º É dispensada a emissão de nota fiscal na entrega de brinde ao consumidor ou usuário final.

§ 2º O contribuinte que efetuar a remessa de brindes para distribuição fora do estabelecimento diretamente a consumidor final ou outro estabelecimento da mesma empresa, observará o seguinte:

I - emitirá nota fiscal relativa a toda a remessa, sem destaque do ICMS, mencionando:

- a) a natureza da operação: “Remessa para distribuição de brindes”;
- b) o número, a série, a data da emissão e o valor da nota fiscal referida no inciso II deste artigo;

II - a nota fiscal referida no inciso I será lançada no Registro de Saídas apenas nas colunas relativas ao número, série, data e “Observações”.

Neste sentido, interpreto que tanto as aquisições a título de marketing quanto a de brindes, possuem a mesma característica, e são, ambas, tributadas normalmente, tendo assim procedido o autuado, consoante se verifica através das cópias dos DANFes de fls. 203 a 323 onde, em todos consta o destaque do imposto na operação de saída.

De acordo com as cópias dos DANFes trazidos aos autos pelo autuado, fls. 203 a 323, todas deram saídas a título de “Remessa para propaganda” e “Outras saídas não especificadas”, operações estas que atendem ao previsto pelo Art. 389 e incisos do RCIMS/BA acima transcrito, posto que tiveram os créditos fiscais utilizados quando das aquisições e, também, foram tributadas normalmente nas operações de saídas, fato este não contestado pelo autuante.

Desta maneira, interpreto que devem ser excluídos da autuação os valores relacionados no demonstrativo abaixo, referente as aquisições de marketing e brindes, que totalizam R\$ 25.198,94 referente a créditos indevidos e R\$ 47.327,38 referente a DIFAL, totalizando o montante de R\$ 72.526,32 a ser excluído.

Tratamento diferente deve ser dado em relação aos ditos produtos adquiridos a título de cesta básica para efeito de distribuição gratuita aos empregados do autuado. Alegou o sujeito passivo que além desses produtos adquiridos se constituírem em insumos essenciais e relevantes à sua atividade, e que sob o ponto de vista do princípio da não-cumulatividade possibilitam o direito à utilização dos créditos fiscais de ICMS, posto que, apenas na hipótese da isenção ou da não incidência é que não é devido a utilização destes créditos, o que não ocorre no presente caso, já que, em sua interpretação, no caso da cesta básica se verifica apenas a redução da alíquota, o que é diferente da isenção ou da não incidência.

De início verifico que nem todos os produtos listados na autuação se enquadram no conceito tributário de cesta básica, por exemplo, creme de leite, achocolatado, maionese, dentre outros, portanto, o conceito de cesta básica, não se aplica a todos os produtos adquiridos e doados pelo autuado.

É certo que a Lei Complementar nº 87/96, em seu Art. 20, § 1º, permite que os produtos intermediários e insumos imprescindíveis à atividade empresarial do contribuinte ensejem o direito ao crédito fiscal do ICMS em razão do princípio da não-cumulatividade do imposto.

Entretanto, há de se perquirir onde os produtos adquiridos pelo autuado a título de cesta básica se enquadram como insumo imprescindível à atividade empresarial do autuado. Não vejo esta condição e não interpreto favoravelmente ao autuado seu posicionamento.

Aliás, a própria LC 87/86 (art. 33, I) determina que na aplicação do art. 20 observar-se-á que somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2033, (Redação dada pela Lei Complementar nº 171, de 2019), condições estas que também constam na Lei Estadual nº 7.014/96.

Desta maneira, à luz do que preceitua a LC nº 87/96, a glosa dos créditos fiscais relacionados a alimentos adquiridos para fornecimento aos funcionários, não se reveste na condição insumos imprescindíveis a atividade empresarial do estabelecimento do autuado, e, nesta condição, são, de fato, aquisições para uso e consumo próprio, cujas saídas respectivas não foram objeto de tributação, portanto típicas operações de aquisições de materiais para uso ou consumo próprio pelo estabelecimento, sendo indevida, portanto, a utilização dos créditos fiscais nestas situações e devida à exigência da DIFAL.

Em conclusão, as infrações 01 e 03 restam parcialmente subsistentes, nos valores respectivos de R\$ 16.674,87 e R\$ 32.324,78, de acordo com o demonstrativo abaixo:

Demonstrativo do Débito						
Mês/Ano	INF. 01			INF. 03		
	Vlr. Autuado	Vlr. Excluído	Vlr. Mantido	Vlr. Autuado	Vlr. Excluído	Vlr. Mantido
jan/17	2.040,22	1.583,92	456,30	3.908,40	3.034,32	874,08
fev/17	628,85	162,58	466,27	1.204,67	311,46	893,21
mar/17	1.101,71	560,43	541,28	2.175,58	1.115,94	1.059,64
abr/17	1.794,08	1.317,68	476,40	3.436,94	1.901,39	1.535,55
mai/17	3.093,24	2.627,64	465,60	5.990,76	5.098,80	891,96

jun/17	2.143,31	1.667,83	475,48	4.106,01	1.643,96	2.462,05
jul/17	1.798,44	1.353,63	444,81	3.448,26	2.611,84	836,42
ago/17	402,28	402,28	0,00	1.030,57	1.030,57	0,00
set/17	419,80	10,02	409,78	804,23	19,18	785,05
out/17	466,40	60,72	405,68	893,50	116,32	777,18
nov/17	3.593,12	3.213,53	379,59	6.915,84	6.188,67	727,17
dez/17	1.617,35	1.617,35	0,00	3.098,40	3.098,40	0,00
jan/18	3.434,03	2.218,71	1.215,32	6.692,90	4.250,42	2.442,48
fev/18	1.014,15	663,60	350,55	2.283,80	1.516,49	767,31
mar/18	417,96	0,00	417,96	800,67	0,00	800,67
abr/18	641,19	240,64	400,55	1.228,29	460,98	767,31
mai/18	391,83	0,00	391,83	750,63	0,00	750,63
jun/18	1.818,45	1.400,49	417,96	3.597,27	2.796,59	800,68
jul/18	1.110,19	700,97	409,22	2.126,86	1.342,87	783,99
ago/18	616,55	0,00	616,55	1.181,18	0,00	1.181,18
set/18	506,12	114,31	391,81	969,62	218,98	750,64
out/18	1.671,81	1.269,98	401,83	3.202,72	2.452,10	750,62
nov/18	391,83	0,00	391,83	750,63	0,00	750,63
dez/18	834,37	0,00	834,37	1.606,63	0,00	1.606,63
jan/19	574,82	193,43	381,39	1.101,15	370,56	730,59
fev/19	491,53	100,88	390,65	1.086,64	338,22	748,42
mar/19	201,78	201,78	0,00	676,45	676,45	0,00
abr/19	50,43	50,43	0,00	96,61	96,61	0,00
mai/19	1.586,36	673,19	913,17	3.039,02	1.289,64	1.749,38
jun/19	889,23	466,27	422,96	1.703,43	893,16	810,27
jul/19	511,93	0,00	511,93	948,06	0,00	948,06
ago/19	1.004,27	542,87	461,40	1.923,88	1.039,98	883,90
set/19	1.360,92	909,12	451,80	2.607,11	1.741,67	865,44
out/19	536,64	94,48	442,16	1.028,07	181,00	847,07
nov/19	1.104,98	653,20	451,78	2.116,87	1.251,38	865,49
dez/19	1.611,64	124,98	1.486,66	1.120,51	239,43	881,08
TOTAL	41.871,81	25.196,94	16.674,87	79.652,16	47.327,38	32.324,78

No que diz respeito a infração 02, no valor de R\$ 1.445,47, não houve insurgência por parte do autuado. Ao contrário, afirmou que a mesma foi paga de acordo com o doc. fl. 201, no total de R\$ 3.119,61.

Ocorre, entretanto, que tal pagamento foi efetuado em 31.01.2022 e não possui em sua estrutura qualquer vinculação ao Auto de Infração em discussão. Considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 03/12/2021, com ciência pelo autuado em 10/12/2021, a forma correta para efetivação do pagamento teria sido via Repartição Fazendária para efeito de emissão de DAE vinculado ao Auto de Infração, com a indicação da multa respectiva e os acréscimos legais.

Da forma como o pagamento foi efetuado, não existe no sistema qualquer vinculação ao Auto de Infração, não podendo, assim, neste momento, considerar o crédito tributário extinto.

Poderá o autuado, buscar os meios necessários junto a Repartição Fazendária para efeito de vincular tal pagamento ao presente Auto de Infração para que o valor recolhido possa ser considerado a título de abatimento do débito.

Infração 02 subsistente.

As infrações 04 e 05, nos valores respectivos de R\$ 1.565,97 e R\$ 38.125,14, ambas se referem a penalidade por falta de escrituração de notas fiscais de entradas, as quais se encontram identificadas na planilha de fls. 43 a 94, as quais foram defendidas conjuntamente pelo autuado.

Aqui o autuado alegou que sua EFD se encontra regularmente escriturada, conforme docs. fls. 329 a 395, que desconhece notas fiscais indicadas na autuação como não escrituradas, em face de ocorrências de erros cometidos pelos fornecedores e citou a ocorrência de notas fiscais emitidas em duplicidade pelos fornecedores.

O autuante acolheu o argumento defensivo relacionado a notas fiscais que se encontram regularmente escrituradas, e procedeu as respectivas exclusões do lançamento, relativamente a infração 05, mantendo inalterada a infração 04 no valor de R\$ 1.565,97.

Desta maneira, de acordo com a nova planilha constante às fls. 425 a 454, as reduções levadas a efeito pelo autuante, em relação a infração 05, com o que concordo, foram efetivadas nos meses abaixo, que passaram a apresentar o novo valor do débito, permanecendo inalterado os demais meses:

INFRAÇÃO 05 - EXCLUSÕES EFETUADAS		
Mês	Vlr. Autuado	Vlr. Mantido
Abr.18	2.754,06	74,06
Jun.18	138,92	137,76
Fev.19	457,33	454,64

Mai.19	674,72	75,18
Ago.19	2.724,36	1.173,88
Set.19	390,47	245,91
Out.19	466,53	187,98
Nov.19	1.748,28	173,36
Dez.19	20.614,10	4.633,21
SOMA	29.968,77	7.155,98

No que diz respeito as notas fiscais que foram alegadas emissão em duplicidade, em se tratando de documento fiscal regularmente autorizado e de posse do autuado, juntados às fs. 397 a 404, caberia ao autuado a escrituração dos mesmos e adoção das providências pertinentes junto aos fornecedores para efeito do desfazimento da operação.

Quanto a alegação de desconhecimento das operações caberia ao autuado proceder de acordo com o que estabelece do Art. 89, §§ 16 e 17, verbis:

§ 16. O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”;

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.

Desta forma, considerando que o autuado não procedeu na forma acima transcrita e não consta que os documentos ora impugnados constam evento de denegação de uso/emissão, deixo de acolher este argumento defensivo.

Por igual, também não acolho o argumento de que houve devolução de mercadorias, posto que, o Regulamento do ICMS é claro em relação aos procedimentos a serem adotados em relação as operações de devoluções de mercadorias, sobretudo no tocante as operações interestaduais.

Em conclusão a Infração 04 resta inteiramente subsistente no valor de R\$ 1.565,97, enquanto que a infração 05 fica reduzida do valor de R\$ 38.125,14 para R\$ 15.312,35 em face das exclusões acima demonstradas e conforme demonstrativo do débito de fls. 425 a 454.

No que diz respeito aos argumentos apresentados no tópico intitulado “Da limitação das sanções tributárias – Prevalência dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco”, não há como serem acolhidos, o que há de verdadeiro no presente caso é aplicação da legislação tributária do Estado da Bahia a fatos concretos.

Assim é que, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, 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.

Diante do quanto acima exposto, entendo que foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Também não há como atender ao pleito do defendente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 67.323,44, cujo débito remanescente apresenta a seguinte configuração:

INFRAÇÃO	VL. LANÇADO	VL. JULGADO	RESULTADO	MULTA
01 – 001.002.002	41.871,81	16.674,87	PROC. EM PARTE	60%
02 – 001.002.010	1.445,47	1.445,47	PROCEDENTE	100%
03 – 006.002.001	79.652,16	32.324,78	PROC. EM PARTE	60%
04 – 016.001.002	1.565,97	1.565,97	PROCEDENTE	---
05 – 016.001.006	38.125,14	15.312,35	PROC. EM PARTE	---
TOTAL	162.660,55	67.323,44		

Não foi interposto recurso de ofício, certamente por escapar ao valor de alçada (art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99).

Regularmente intimado, o Recurso Voluntário foi tempestivamente interposto (fls. 534 a 555), consoante argumentos a seguir sumarizados:

- a) preliminarmente, nulidade do Auto de Infração por inocorrência de intimação da interessada, no curso da Ação Fiscal, para prestar esclarecimentos acerca da documentação fornecida ao Autuante (antes da lavratura do Auto de Infração) - aduz em síntese que *“houve violação ao direito a ampla defesa e o contraditório, o que compromete, de forma insanável, o respectivo procedimento administrativo, acarretando a nulidade do lançamento”,* e que *“além disso, o demonstrativo de débito que acompanha a referida autuação não traz informações relevantes e precisas que permitam que a Recorrente identifique as infrações imputadas e tampouco ofereça defesa, já que não há qualquer indício no demonstrativo de que o procedimento adotado pela Recorrente foi incorreto”;*
- b) preliminarmente, que a Infração 02 encontra-se extinta em razão da liquidação do débito, e apresenta imagem do DAE de recolhimento, recordando que em sua Informação Fiscal o próprio Autuante já conhecera a extinção do crédito:

85850000031 2		19610005202 0		20131211274 3		98561755193 2	
<p>GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA SECRETARIA DA FAZENDA DOCUMENTO DE ARRECAÇÃO ESTADUAL</p> <p>DAE</p>				<p>SELO DA REPARTIÇÃO</p> <p>Data: _____</p> <p>Catavim: _____</p> <p>Assinatura: _____</p>		<p>1-CÓDIGO: 1755</p> <p>2-DATA: 31/01</p> <p>3-VALOR: 61,04</p>	
10-GRUPO DE SÉRIE / NÚMERO: 2112749856		11-ESPECIFICAÇÃO DA RECEITA: ICMS AUTO INFRAÇÃO/DEN.ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC					
12-CNPJ / CPF: 61.064.838/0102-87		13-NOME, FIRMA OU RAZÃO SOCIAL: SAINT-GOBAIN DO BRASIL PRODUTOS INDUSTRIAIS E PARA C				14-CODC: 2764	
15-ENDEREÇO: RUA BETA						16-CODM: 5709	
17-BARRIO: Polo Industrial		18-CEP: 42.816-090		19-MUNICÍPIO: CAMACARI		20-VALOR: R\$ 1	
<p>21-INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES</p> <p>O pagamento poderá ser efetuado em qualquer agente arrecadador credenciado.</p> <p>Pagável até: 31/01/2022. Após esta data deverá ser emitido outro DAE com nova data máxima de pagamento.</p>				<p>AHIA</p>		<p>22-RECEITA BRUTA ACUMULADA: R\$ 0,00</p>	
						<p>23-IMPOSTOS ACUMULADOS: R\$ 0,00</p>	
						24-CODR: R\$ 0	
						25-CODR: R\$ 2	

- c) no mérito, em relação às Infrações 01 e 03, sustenta o direito ao creditamento no montante integral de ICMS referente à aquisição de mercadorias, com base no princípio da não-cumulatividade, discorrendo sobre o não enquadramento das situações relatadas àquelas exceções constitucionais (isenção e não-incidência), defendendo que todas as aquisições são insumos *“do processo produtivo da Recorrente, evidenciando a sua essencialidade e relevância”;*
- d) aduz legitimidade do creditamento de ICMS sobre produtos da cesta básica fornecidos a seus empregados, pois afirma que *“únicas exceções ao princípio da não-cumulatividade, que demandam o estorno dos créditos de ICMS, estão previstas no artigo 155, § 2º, inciso II, alíneas ‘a’ e ‘b’, da CF, o que não é o caso”,* e que redução de alíquotas difere de isenção e não-incidência, e que tem direito ao aproveitamento integral dos créditos;
- e) sobre as Infrações 04 e 05, por não reconhecer as mercadorias indicadas nas notas do fornecedor, não pode sofrer a penalidade decorrente da infração resultante do erro do fornecedor, destacando que *“a Recorrente promoveu a correta e devida escrituração de todas as notas de entrada corretamente emitidas pelo fornecedor, conforme demonstrou documentalmente (Vide Doc. 08 da Impugnação), logo, todas as notas mantidas no demonstrativo referem-se a mercadorias que não foram adquiridas ou serviços que não foram tomados pela Recorrente, os quais ela expressamente desconhece”;*

- f) que devem prevalecer princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do não-confisco em relação às multas aplicadas, formulando considerações doutrinárias e calcadas na jurisprudência do STF para concluir que *“no caso presente, se considerado válido o crédito cobrado, o que só se pode admitir hipoteticamente, a multa aplicada deve ser reduzida para patamar não superior a 30% (trinta por cento)”*.

Conclui requerendo seja provido o recurso para integral cancelamento do Auto de Infração.

Recebidos os autos, estes foram a mim distribuídos e, por considerá-los instruídos, solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse sua inclusão em pauta, motivo pelo qual os trago a esta assentada. Registra-se a presença da Dra. Jaqueline Brune de Souza, OAB/SP nº 351.723, representante da Recorrente, que exerceu o direito de sustentação oral nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade e cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99).

A preliminar de nulidade por ausência de intimação, ainda no curso da Ação Fiscal (fase inquisitória do procedimento administrativo fiscal) não merece prosperar, com a devida licença. Uma vez que os elementos fornecidos pelo autuado geraram no Agente da Fiscalização razoável convencimento da incursão na conduta infrativa, não há nulidade. Aliás, é próprio da dialeticidade procedimental que, diante de novas evidências e mais ponderadas argumentações, as partes em conflito (no caso, Fisco e Contribuinte) alcancem parcial convergência em certas matérias - como ocorreu, após a notificação do lançamento, diante dos elementos apresentados na Defesa. Isso não gera, a meu ver, nulidade alguma, apenas evidencia a razão de existir do PAF.

Sou pela rejeição dessa preliminar.

Com relação à Infração 02, em que houve reconhecimento e, ademais, o Recorrente afirma já ter pago, de igual modo não vejo desacerto (agora, por parte do órgão julgador de primeiro grau, segundo a Recorrente). Não compete ao CONSEF (órgão de julgamento) homologar pagamentos de créditos regularmente constituídos, não impugnados, e aparentemente extintos por pagamento posterior à notificação do Auto de Infração - inteligência do art. 90 do RPAF/99.

Evidentemente, cabe ao CONSEF reconhecer a extinção quando houver prova inequívoca. No caso em questão, para além do que disse o órgão de primeiro grau, solicitamos à Secretaria do CONSEF a consulta de guias recolhidas pelo Sujeito Passivo e efetivamente encontramos a conciliação aquele DAE transcrito e o relatório de guias pagas, o que nos conduz a concordar com a *opinio* emitida pelo Autuante:

Contribuinte

Inscrição Estadual: 085.035.685

CNPJ / CPF: 61.064.838/0102-87

Razão Social: SAINT-GOBAIN DO BRASIL PRODUTOS INDUSTRIAIS E PARA CONSTRUCAO LTDA

HISTÓRICO DOS PAGAMENTOS REALIZADOS 10:55

Data/Hora do último arquivo: 20/03/2024

DAE	Data	Receita	Referência	Valor
2112909491	02/02/2022	0903 - ICMS IMPORTACAO - CONTRIBUINTE INSCRITO		02/2022
2112749856	31/01/2022	1755 - ICMS AUTO INFRACAO/DEN.ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC		
2112782560	28/01/2022	0903 - ICMS IMPORTACAO - CONTRIBUINTE INSCRITO		01/2022

Assim, reconhecida a procedência do lançamento, devem os órgãos competentes, no âmbito da

Entretanto, insista-se, não compete ao CONSEF (órgão de julgamento) proceder à homologação de pagamentos, devendo-se encaminhar oportunamente o Auto de Infração ao órgão competente para, uma vez tornado definitivo o lançamento (que, a rigor, é procedente ante o reconhecimento), aferir-se a eficácia do recolhimento para o fim de extinção do crédito tributário em relação à Infração 02, devendo-se evitar, por hipótese, a indevida inscrição em dívida ativa.

Feita a ressalva, sou pela rejeição também dessa preliminar.

Prosseguindo no exame recursal, constata-se que a matéria de fundo advém do inconformismo da Recorrente acerca do seu direito à apropriação de crédito fiscal, de modo amplo. Ou seja, a Recorrente não impugna a classificação que a Fiscalização atribui às mercadorias, no caso das infrações 01 e (seu reflexo) 03, mas afirma que todas elas fazem parte do processo produtivo da Recorrente, são a ele essenciais.

Por essa senda, devemos rejeitar a pretensão recursal. Se os bens são havidos pelo preposto da Autoridade Tributária como de uso e/ou consumo do estabelecimento, e tal assertiva não é rejeitada pelo autuado (ora Recorrente), convém repisar que bens de uso ou consumo do estabelecimento, mesmo essenciais ao seu funcionamento (bens de uso ou consumo não são o mesmo que bens estranhos à atividade empresarial!), a despeito da ampla aptidão para gerar créditos fiscais (que advém do art. 20, *caput* da Lei Complementar nº 87/96), têm tal aptidão parcialmente extirpada nas disposições do art. 33 do mesmo diploma legal:

“Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

[...]

“Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

~~*I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 1998;*~~

~~*I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2000;*~~ (Redação dada pela LCP nº 92, de 23.12.1997)

~~*I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2003;*~~ (Redação dada pela LCP nº 99, de 20.12.1999)

~~*I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2007;*~~ (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

~~*I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011;*~~ (Redação dada pela Lcp nº 122, de 2006)

~~*I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020;*~~ (Redação dada pela Lcp nº 138, de 2010)

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2033; (Redação dada pela Lei Complementar nº 171, de 2019)

[...] - grifos nossos”

A despeito da questionável compatibilidade de tais disposições para com a Constituição Federal (e, mais, de sua reiterada modificação por parte do legislador complementar, frustrando reiteradamente a expectativa dos contribuintes), o fato é que não é este o foro para reconhecê-la (art. 125 do COTEB).

De mais a mais, examino os demonstrativos e constato que a Recorrente, uma indústria, questiona a legitimidade do crédito (na Infração 01, e, por conseguinte, a ausência do dever de recolher ICMS na aquisição de bens destinados ao seu uso, ou consumo - Infração 03) com relação a gêneros alimentícios que, segundo afirma, são destinados a compor “cestas básicas” fornecidas a seus empregados. Superada a questão em relação a brindes, já que não é cabível o Recurso de Ofício, em relação aos itens supostamente destinados a compor “cestas básicas”, à toda evidência, são gêneros alimentícios consumidos em ambiente estranho ao processo industrial.

Sabe-se que por vezes tais itens até integram convenções e acordos coletivos de trabalho, e se configuram como algo próximo a uma retribuição *in natura* aos colaboradores da empresa. Sendo essa a hipótese (aqui, mera conjectura, pois não houve argumentação ou evidenciação), ainda assim não vejo como classificar tal item como algo para além de bem de uso ou consumo do estabelecimento: são retribuições *in natura* que somente muito indiretamente relacionam-se com a transformação das matérias primas adquiridas pela Recorrente em artefatos por ela colocados no mercado.

Irreprochável, portanto, a conclusão a que chegou o órgão de primeiro grau. Sou pelo não provimento dessa pretensão recursal.

Com relação ao argumento da Recorrente acerca das Infrações 04 e 05, a despeito da peremptória afirmação de que *“todas as notas mantidas no demonstrativo referem-se a mercadorias que não foram adquiridas ou serviços que não foram tomados pela Recorrente, os quais ela expressamente desconhece”*, o impasse não está em demonstrar que a Recorrente apropriou à sua escrita fiscal as operações com mercadorias que reconheceu ter recebido. O impasse está em que, para fins contábeis e fiscais, existe procedimento (denegação de notas fiscais, eventualmente com comunicação à autoridade policial) que a legislação preceitua como meio para sanar tal dúvida (§§ 14 a 16, do art. 89 do RICMS-BA/12). Afinal, segundo o relato do fornecedor, mercadorias foram enviadas ao estabelecimento da Recorrente. Não é aqui no curso do PAF, e tão somente por meio de declarações em razões recursais, que tal realidade pode ser alterada.

Em consulta pública ao Portal da Nota Fiscal eletrônica, a partir da primeira Nota Fiscal mencionada à fl. 43 (demonstrativo das Infrações 04 e 05), chave de acesso 29-1701-10230480001102-55-010-000019970-102217616-2, obtém-se os dados públicos da Nota Fiscal. Os dados do destinatário (parcialmente exibidos) são compatíveis com os da Recorrente.

Como se vê na imagem abaixo, nenhuma recusa da Nota Fiscal foi formulada:

Dados da NFe				
Natureza da operação	Tipo da operação	Chave de acesso		
5202	1 - Saída	29-1701-10230480001102-55-010-000019970-102217616-2		
Modelo	Série	Número	Data/Hora da emissão	
55	10	19970	03/01/2017 16:05:53-03:00	
Emitente				
CNPJ	IE	Nome/Razão Social		
10.230.480/0011-02	082162155	FERREIRA COSTA CIA. LTDA - CD		
Município	UF			
SALVADOR	BA			
Destinatário				
CNPJ	IE	Nome/Razão Social		
.*.838/0102-87	*****5685	SAIN***		
Município	UF	País		
CAMACARI	BA	BRASIL		
Produtos				
Descrição	Quantidade	Unid. Com.	Valor Unit.	Valor Prod.
1 A...	4,0000	SC	5,75	23,00
			Valor total	23,00
Eventos e Serviços				
Evento	Protocolo	Data autorização	Data Inclusão AN	
Autorização de Uso	129170000547797	03/01/2017 às 16:06:18-03:00	03/01/2017 às 17:06:08	
Digest Value				
Tqk7i4hrQyNR4tgB4P+1fwAYHig=				

Portanto, com todas as vênias, sopesando as evidências, não deve prevalecer a pretensão recursal, de modo que também aqui sou pela manutenção do julgado de primeiro grau.

Enfim, sobre a proposta da Recorrente de que este colegiado se paute nos postulados da razoabilidade, da proporcionalidade, e no princípio constitucional da vedação de tributação com efeito confiscatório para o fim de reduzir as multas aplicadas, devo mais uma vez destacar que, com as ressalvas pessoais desta relatoria, a pretensão deve ser rejeitada.

Além de se tratar de penalidades que decorrem expressamente de disposição legal, há de se reconhecer que por uma questão de Política Legislativa a Casa que representa o Povo da Bahia decidiu não contemplar este Conselho com a competência para efetuar a dosimetria nessas circunstâncias, *ex vi* do art. 125 da Lei nº 3.956, de 11/12/1981 (COTEB), que veda expressamente que os “órgãos julgadores” deliberem sobre “a declaração de inconstitucionalidade”, “questão sob a

apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida”, e “a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”.

Pelo exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo julgado o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

É como voto.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 276468.0010/21-3, lavrado contra **SAINT-GOBAIN DO BRASIL PRODUTOS INDUSTRIAIS E PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 50.445,12**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 48.999,65 e de 100% sobre R\$ 1.445,47, previstas no Art. 42, incisos VII, “a”, V, “b” e II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigação acessória no montante total de **R\$ 16.878,32**, prevista pelo inciso IX do mesmo dispositivo legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS SANTANA – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS