

A. I. Nº - 222468.0039/23-7
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA
AUTUANTE - PAULO DE TARSO DE ALMEIDA
ORIGEM - DAT SUL / INFASZ COSTA DO CACAU

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0408-06/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO; **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; **c)** DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO; **d)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR. Acolhidas as razões defensivas, com base no opinativo do autuante. Infração elidida. **i)** ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA; **ii)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS; **b)** OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. **c)** DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSUMO. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 4. MULTA. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. FALTA DE REGISTRO. MERCADORIA OU SERVIÇO TOMADO. Demais infrações reconhecidas pelo Sujeito Passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/08/2023 (ciência em 28/08/2023, pelo DT-e) exige créditos tributários no valor histórico de R\$ 67.030,32, além de multa, em decorrência de dez infrações distintas, a seguir descritas:

Infração 01 - 001.002.003: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Valor Histórico: R\$ 1.233,16. Multa: 60%, com base no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 02 - 001.002.006: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor Histórico: R\$ 120,96. Multa: 60%, com base no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 03 - 001.002.011: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. Valor Histórico: R\$ 1.660,00. Multa: 100%, com base no artigo 42, inciso VII, alínea “j” da Lei 7.014/96.

Infração 04 - 001.002.041: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Erro na aplicação da alíquota (CFOP vs. UF). Valor Histórico: R\$ 10.669,32. Multa: 60%, com base no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 05 - 001.002.041: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Nota fiscal lançada em duplicidade. Valor Histórico: R\$ 81,50. Multa: 60%, com base no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 06 - 002.001.002: Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Valor Histórico: R\$ 12.863,14. Multa: 60%, com base no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

Infração 07 - 002.001.003: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor Histórico: R\$ 11.797,78. Multa: 60%, com base no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 08 - 003.002.005: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor Histórico: R\$ 4.402,54. Multa: 60%, com base no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 09 - 006.005.001: 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 ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Valor Histórico: R\$ 10.232,97. Multa: 60%, com base no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96.

Infração 10 - 016.001.006: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal. Valor Histórico: R\$ 13.968,95. Multa: 1%, com base no artigo 42, inciso IX da Lei 7.014/96. A autuada apresenta impugnação às folhas 117/119, mediante a qual aduz os seguintes argumentos.

Ressalta, inicialmente, que a presente defesa visa demonstrar a insubsistência do auto de infração apenas no que tange à Infração 04 - 001.002.041, informando, de logo, que as demais infrações se revelam de forma acertada e em razão do reconhecimento dos valores, já houve o regular parcelamento dos créditos tributários, conforme documentação que anexa à presente defesa.

Informa que explora o ramo atacadista de frutas, verduras, hortaliças, legumes e afins, esforçando-se para realizar as suas atividades em conformidade com a legislação, mormente, os dispositivos jurídicos que tratam a respeito da legislação tributária.

Narra que, em 28 de agosto de 2023, a empresa foi notificada em decorrência de divergências fiscais referentes ao ICMS, cujo período de fiscalização contempla o dia 01 de janeiro de 2019 a 31 de dezembro de 2022, acerca de supostas falhas na geração dos arquivos SPED, entrada de mercadorias cujo controle era realizado por meio de emissão de DANFE físico e as notas de saídas em que não constavam o ICMS dos produtos tributados.

Argumenta que, através da análise do Auto de Infração, é possível constatar falhas na Infração 04. Inicialmente, deixa claro que inexiste qualquer benefício fiscal para operações com ALHO dentro do Estado da Bahia, conforme artigo 12-A da Lei 7.014/96, cujo texto transcreve abaixo.

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. ”

Ademais, ressalta que o RICMS-BA dispõe que:

Art. 265. São isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80)

Art. 286. É deferido o lançamento do ICMS:

(...)

V - nas saídas internas de produtos agrícolas e extractivos vegetal, em estado natural, produzidos neste estado;

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito: (...)

V - antes da saída das mercadorias, nas seguintes operações, inclusive quando realizadas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, observado o disposto no § 4º deste artigo:

(...)

k) com produtos agropecuários e extractivos vegetais e minerais;

(...)

VII - antes do início da prestação do serviço de transporte quando o imposto das mercadorias transportadas for exigido antes da sua saída, inclusive se tratando de transportadora optante pelo Simples Nacional, observado o disposto no § 4º deste artigo;

(...)

§ 4º O recolhimento do imposto no prazo previsto nos incisos V (exceto as alíneas "a", "b", "c" e "d") e VII poderá ser efetuado no dia 9 do mês subsequente, desde que o contribuinte seja autorizado pelo titular da repartição fiscal a que estiver vinculado."

Dessa forma, conclui que, nas aquisições interestaduais de ALHO, importado ou nacional, a empresa deve recolher a Antecipação Parcial, conforme art. 12-A da Lei 7.014/96, acima transscrito. Em consequência, nas operações internas com alho, não sendo aplicada a hipótese de diferimento prevista no art. 286, inciso V do RICMS/BA, entende que a empresa deve recolher o ICMS com base na alíquota interna de 18%, conforme art. 15, inciso I, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, cujo texto reproduz abaixo.

"Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 19% (dezenove por cento): (Redação do inciso dada pela Lei Nº 14527 DE 21/12/2022).

I - 18% (dezoito por cento): (Redação do inciso dada pela Lei Nº 13461 DE 10/12/2015. Nota: Por força das alíneas "b" e "c", Inciso III do art. 150 da Constituição Federal, este dispositivo produzirá efeitos a partir de 10/03/2016.)

Alega que o recolhimento do imposto deve ocorrer antes do início da circulação da mercadoria, devendo o documento de arrecadação comprobatório do recolhimento do ICMS circular juntamente com a nota fiscal que acobertar a operação, nos ditames do art. 332, inciso V, alínea "k" do RICMS/BA, também transscrito acima.

Nesse diapasão, conclui que, no caso em comento, a partir do momento em que há uma devolução de produtos, com a devida emissão de Notas Fiscais de Devolução, há naturalmente o crédito advindo da operação "cancelada".

No caso em comento, explica que a devolução se deu em consonância com todas as formalidades legais, com a indicação da mesma base de cálculo e alíquota utilizadas na nota fiscal original e, ainda, mencionando tratar-se de uma devolução de mercadoria, não havendo que se falar em incidência de ICMS, portanto. Conforme se observa das Notas Fiscais Anexas (de Aquisição e de Devolução), conclui que resta patente a equivalência da operação, de modo que o valor do ICMS coincide, por óbvio, em ambas situações.

Desse modo, sustenta que não há que se falar em incidência de ICMS quando não há efetiva compra e venda, e no caso em comento, que a transação foi cancelada e a mercadoria devolvida (conforme Nota Fiscal de Devolução, ora anexa) não há que se falar em incidência de ICMS, inexistindo razão para sobrevivência do processo administrativo instaurado em decorrência do auto de infração ora vergastado.

Argumenta que, em decorrência do referido cancelamento, o crédito da operação fora adequadamente utilizado nas operações apontadas como objeto da infração vergastada, restando cristalinamente demonstrada a inconsistência da autuação. Como se não bastasse, ensina que o RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/12, em seus arts. 451 e ss., dispõe sobre a devolução de mercadorias, do seguinte modo:

"Art. 452. Na hipótese de devolução de mercadoria cuja entrada tenha ocorrido sem utilização de crédito fiscal pelo recebedor, será permitido a este creditar-se do ICMS lançado na nota fiscal de devolução, desde que em valor igual ao do imposto lançado no documento originário."

Assim, entende ser indevido o recolhimento de ICMS na hipótese em comento, o que conduz, por inequívoco direito, à nulidade do auto de infração, ou seja, observa-se que a Autuada cumpriu com os preceitos legais acerca do recolhimento de ICMS do ALHO, de modo que a infração imputada ao mesmo é infundada, posto que inexiste crédito superior ao devido.

Ex positis, requer o recebimento da presente defesa, considerando a inequívoca demonstração da insubsistência da Infração 04, com todo respaldo legal e regulamentar ora apontado, inclusive a documentação que a acompanha, para que, após seu recebimento e regular processamento, seja acolhida integralmente para que haja ANULAÇÃO DA INFRAÇÃO 04 – 001.002.041 CONSTANTE DO AUTO DE INFRAÇÃO vergastado, ante os pontos abrangidos na presente defesa, com o consequente arquivamento do processo administrativo instaurado, visto que as demais infrações apontadas no Auto foram devidamente parceladas e a infração objeto da presente defesa deve ser anulada, por ser cristalinamente improcedente, devendo ainda, sob a égide do art. 37 da CF e Lei 9.784/2000, ser a decisão devidamente motivada.

Por fim, protesta demonstrar o alegado por meio de todas as provas em direito admitidas, mormente a testemunhal e documental, o que desde já requer prazo para complementar, juntando, de logo, as notas fiscais de devolução mencionadas alhures. Às folhas 124/126, o autuante presta informação fiscal, mediante a qual tece as seguintes considerações.

Afirma que, da leitura da defesa, constata-se que o contencioso ocorre apenas com referência à infração 04. Posto isso, requer a procedência total da Infração 01, 02, 03, 05, 06, 07, 08, 09 e 10, do presente PAF, eis que se verifica na peça defensiva presente na mídia, que não foram impressas, que a ilustre defesa admite, textualmente, serem devidas. Transcreve trecho da petição defensiva, para apoiar os seus argumentos. Afirma que a lide administrativa, propriamente dita, instala-se apenas no que tange à infração 04.

Transcreve os argumentos defensivos, informando que observou e marcou as notas de devolução, admitindo que, de fato, coincidem com os valores reclamados na infração 04.

Assim, entende que a defesa neste item conseguiu elidir a infração. Posto isso, informa que acolhe os documentos apresentados, em mídia, e que, para esta infração 04, em todas as ocorrências, o novo valor ora reclamado é R\$ 0,00, totalizando R\$ 0,00, nada reclamado.

Nesta situação, pontua que incide o § 8º do art. 127 do RPAF, o qual prevê que “é dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumento e provas apresentadas pela autuada”. Desse modo, o autuante requer a PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO

Esse é o relatório.

VOTO

Considerando que não foram aduzidas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da exigência fiscal.

Trata-se de exigência decorrente de dez infrações distintas, das quais o Sujeito Passivo contestou apenas a Infração de número 04, sendo esta a extensão cognitiva do presente julgamento. Considerando que nada opôs, relativamente às demais infrações, entendo que as admitiu. Assim, tenho por procedentes as infrações 01, 02, 03, 05 06, 07, 08, 09 e 10.

Quanto à Infração 04, a conduta empresarial foi descrita como “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). Erro na aplicação da alíquota”.

Trata-se de ingresso da mercadoria denominada “ALHO IMPORTADO KG”, em operações cujo CFOP é “1.202 (Devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros)”, conforme se extrai do demonstrativo de débito “*Credito Indevido – Erro na aplicação da alíquota (CFOP vs. UF)*”, acostado às folhas 32/48. Entendeu, o autuante, que as operações com alho são isentas, não podendo propiciar direito ao crédito.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento alegando que “*inexiste qualquer benefício fiscal para operações com ALHO dentro do Estado da Bahia, conforme artigo 12-A da Lei 7.014/96*”.

Em sua peça informativa, a autoridade fiscal concordou com o contribuinte e requereu que esta infração fosse julgada improcedente, conforme se depreende da leitura de trecho de sua informação fiscal, abaixo reproduzido.

“Observei e tiquei as notas de devolução e de fato coincidem com os valores reclamados na infração 04. Assim, entendo que a defesa neste item conseguiu elidir a infração. Posto isso acolho os documentos apresentado em mídia e para esta infração 04, em todas as ocorrências, o novo valor ora reclamado é R\$ 0,00, totalizando R\$ 0,00 nada reclamado. ... (grifos acrescidos).”

Examinando a legislação pertinente ao tema, é de se admitir que assiste razão ao Sujeito Passivo, pois a regra isentiva prevista no art. 265 do RICMS/12 excepcionou a mercadoria “alho” de suas disposições, conforme abaixo.

“Art. 265. São isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

- a) *desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho (grifo acrescido), amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80);*
 ...”

Assim, acolho as exclusões efetuadas pelo autuante, em sua Informação Fiscal, ao tempo em que julgo a Infração 04 Improcedente. Do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

INFR.	ICMS	MULTA FIXA	MULTA %	ENQ. LEGAL
1	R\$ 1.233,16	R\$ -	60%	art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/96
2	R\$ 120,96	R\$ -	60%	art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/97
3	R\$ 1.660,00	R\$ -	100%	art. 42, III da Lei 7.014/98
4	R\$ -	R\$ -	60%	art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/97
5	R\$ 81,50	R\$ -	60%	art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/97
6	R\$ 12.863,14	R\$ -	60%	art. 42, II, "f" da Lei 7.014/99
7	R\$ 11.797,78	R\$ -	60%	art. 42, II, "a" da Lei 7.014/100
8	R\$ 4.402,54	R\$ -	60%	art. 42, II, "a" da Lei 7.014/101
9	R\$ 10.232,97	R\$ -	60%	art. 42, II, "f" da Lei 7.014/102
10	R\$ -	R\$ 13.968,95	-	art. 42, IX da Lei 7.014/107
TOTAL	R\$ 42.392,05	R\$ 13.968,95		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 222468.0039/23-7, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA.**, devendo ser intimado o Sujeito Passivo a

efetuar o pagamento do imposto no montante de **R\$ 42.392,05**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$ 40.732,05, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, de 100%, sobre R\$ 1.660,00, prevista no art. 42, inciso III, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inciso IX, no montante de **R\$ 13.968,95**, além dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR