

A. I. N° - 210404.0005/17-8
AUTUADO - AVANÇO DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ MARIA DIAS FILHO
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 01/08/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0085-04/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA. **a)** BENEFICIADA COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que os produtos tributados com alíquota de 7% não se submetem a limitação do crédito fiscal de 10% previsto no Dec. nº 7.799/2000. Infração insubstancial. **b)** BENEFICIADA COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que parte das mercadorias são tributadas e correto a utilização do crédito fiscal. Infração procedente em parte. **c)** COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Os produtos objeto da autuação não se enquadram no regime de substituição tributária. Infração improcedente. **d)** QUE NÃO DEU ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. Documentos fiscais juntados aos autos comprova que houve emissão de nota fiscal de saída com posterior emissão de nota fiscal a título de devolução. Não comprovado a circulação e entrada no estabelecimento. Infração procedente. **e)** COM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Comprovado que houve erro na apuração da base de cálculo. Infração improcedente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Afastado a exigência fiscal relativa aos produtos não submetidos ao regime substituição tributária o que implicou na redução do débito. Infração procedente em parte. **b)** DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MULTA. Afastado a exigência de valores relativos a produtos contemplados com redução da base de cálculo; de notas fiscais que deram entrada em outro exercício e dos valores do frete incluído indevidamente na apuração da base de cálculo. Reduzido o débito. Infração procedente em parte. Indeferido a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 14/12/17 exige tributos no valor de R\$184.144,36 em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto (2013/2014) - R\$1.131,94. Multa 60%.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto (2013/2014) - R\$31.075,39. Multa 60%.

03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária (2013/2014) - R\$21.895,14. Multa 60%.
04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento (2013) - R\$1.903,65. Multa 150%.
05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal (2014) - R\$6,05. Multa 60%.
06. Efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (2013/2014) - R\$39.286,39. Multa 60%.
07. 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, devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente (2013/2014) - R\$88.845,80. Multa 60%.

O autuado apresenta impugnação (fls. 79 a 93), inicialmente ressalta que exerce atividade de “Comércio Atacadista”, passando a contestação do mérito das infrações.

Quanto a infração 1 (crédito fiscal/mercadorias isentas), afirma que não procede em razão de ter agido em conformidade com o art. 6º do Decreto 7.799/2000 (Atacadista) que limita a utilização de créditos em 10%.

Ressalta que o art. 16, I, “a” da Lei nº 7.014/96 prevê que a alíquota de milho para pipoca é 7%.

No tocante a infração 2 (crédito fiscal/não incidência) alega que não procede tendo em vista que as mercadorias listadas são tributadas, inclusive com ICMS destacado nas notas fiscais de entradas e tiveram saídas tributadas, conforme demonstração e DANFES em anexos.

Relativamente à infração 3 (crédito fiscal/mercadoria/antecipação tributária), argumenta que a utilização dos créditos foi correta, posto que as mercadorias são folhas de alumínio, de uso doméstico, destinado ao acondicionamento de alimentos, não se confunde com o papel laminado e papel espelhado, de emprego em embalagens para presentes, trabalhos escolares, entre outras do segmento de artigos de papelaria, embora possuam o mesmo NCM, qual seja: 7607.11.90.

Discorre sobre a diferenciação das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária que na identificação deve-se adotar dois critérios: a descrição da mercadoria e o código NCM.

Também que os produtos “off aerossol”, “off family loção”, off loção hidratante”, “off refresh splay”, com NCM/SH 3808.9199, são repelentes para uso humano, não se confundindo com os de uso domissanitário direto, sujeitos à antecipação:

ITEM - 25.10 Inseticidas, rodenticidas, fungicidas, raticidas, repelentes e outros produtos semelhantes, apresentados em formas ou embalagens exclusivamente para uso domissanitário direto – 3808.50.1, 3808.91, 3808.92.1, 3808.99.

Alega que o autuante não adota critério único, tendo em vista que no demonstrativo de “notas fiscais com utilização a maior de créditos fiscais”, em 11/2014, relaciona a Nota Fiscal nº 3202, com valor de R\$472,88, por se referir a mercadoria sujeita à antecipação tributária.

Já na infração 7, que acusa não pagamento do ICMS antecipação parcial, lista algumas notas fiscais de mercadorias que afirmou esta enquadrada na substituição tributária a exemplo das NFs 115085 e 82196.

Com relação à infração 4 (crédito fiscal/mercadoria não entrada no estabelecimento), argumenta que o próprio autuante diz que utilizou o crédito fiscal indevidamente, e cita número da NF-e, concluindo que as mercadorias não entraram no estabelecimento.

Entende que para configurar isso deveria fazer a apuração de estoque, o que não ocorreu e citando os SPED'S FISCAIS: maio/2013: FED966B8C83752BDB3A3842260C2ED06 transmitido em 12/06/13 ás

11:06:05 Recibo: 23.6D.3D.69.D2.9C.12.FD.4E.31.FA.83.DC.DB.2F.A8.80.53.1C.F6-7 e setembro/2013 arquivo: AFE9CEA998282806DD07D648488E47CC transmitido em 23/10/2013 ás 09:44:02 Número do Recibo: 15.FD.3F.1F.E5.54.85.11.A7.9F.58.56.20.48.9A.F3.CA.5A.85.A1-7, pois nesses arquivos constam as referidas notas fiscais, com as mercadorias constantes nas mesmas.

Quanto a infração 5 (crédito fiscal/superior ao destacado no documento fiscal), alega que o crédito utilizado está correto, conforme Nota Fiscal nº 29434 de 26/02/2014 com valor de R\$49.690,10 e a base de cálculo de R\$49.690,10, com alíquota de 12% e crédito de R\$5.962,81. Se somar valor das mercadorias tributadas, no valor de R\$46.778,80, mais as mercadorias antecipadas (item 12 COOKIE CHOC. NCM/SH 1905.3100), no valor de R\$1.405,14, mais as mercadorias isentas (itens 28 E 29 LITE SALT NCM/SH 2501.0020), no valor de R\$1.506,16, obtém o valor de R\$49.690,10, que é o mesmo valor da base de cálculo.

Ressalta que as mercadorias tributadas de R\$46.778,80, com os benefícios previstos nos artigos 1º e 2º do Dec. nº 7.799/2000, o artigo 6º limita a utilização de créditos em 10%, que foi utilizado corretamente de R\$4.677,87.

Relativamente a infração 6 (recolhimento a menor/mercadorias/ST) argumenta que não procede, passando a indicar os valores que constam na PLANILHA 01-02: DEMONSTRAÇÃO DO ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL (ST) CALCULADO POR NOTA FISCAL, por mês:

03/2013 - Nota Fiscal nº 22076 e 22731, com o valor apurado de R\$11.193,25. A diferença encontrada pelo fisco é R\$9.732,58. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de R\$1.460,67.

04/2013 - Nota Fiscal nº 22896, valor apurado R\$288,54, a diferença encontrada pelo fisco é de R\$11,01. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de R\$277,53.

06/2013 - Notas Fiscais nºs 804, 813, 23855, 23954, 24066, valor apurado R\$8.790,92, a diferença encontrada pelo fisco é de R\$8.199,26. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de valor de R\$591,66.

07/2013 - Notas Fiscais nºs 24637, 24998, 25035, 25183, valor apurado R\$10.501,36, a diferença encontrada pelo fisco é de R\$3.150,22. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de valor de R\$7.351,74.

10/2013 - Notas Fiscais nºs 25895, 26197, valor apurado R\$4.607,17, a diferença encontrada pelo fisco é de R\$4.435,45. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de valor de R\$171,72.

11/2013 - Notas Fiscais nºs 26226, 26405, 26415, valor apurado R\$7.510,58, a diferença encontrada pelo fisco é de R\$4.171,41. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de valor de R\$3.339,10.

Nos meses 02, 03, 05, 06 e 07/2014, afirma que não demonstra as diferenças, porque na PLANILHA 01_02 não foram considerados os descontos no valor total do produto, pois só considera estes descontos nas suas bases de cálculos, a exemplo das Notas Fiscais nºs 29426, 29434, 29574, e 37894 com emissão de 29/04/2014 entrada em 05/2014 com ST destacado na mesma.

08/2014 - Notas Fiscais nºs 56795, 56796, 56802, valor apurado R\$14.229,12, a diferença encontrada pelo fisco é de R\$5.140,12. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de valor de R\$9.089,00.

Observa que essas mercadorias, conforme visto na infração 3, são tributadas, por se tratar de folhas de alumínio de uso doméstico e não papel laminado ou papel espelhado, que é de papelaria, apesar ter a mesma NCM, não estão no regime de substituição tributária.

Quanto à infração 7 (multa/ICMS antecipação parcial) alega que não procede a multa relativa a papel higiênico à alíquota de 17%, sem aplicar carga tributária de 12% prevista no inciso XLIII, Art. 268 do RICMS-BA/2012 com efeitos a partir de 29/03/2013.

Ressalta que foi incluído a Nota Fiscal de nº 162.686 com data de emissão 11/12/2014 e data de entrada 09/01/2015, com o valor de R\$57.932,00.

Já nos meses 01 e 02/2013 argumenta que a diferença encontrada decorre de ter considerado o valor das mercadorias e o frete, mas na base de cálculo não considerou o frete.

Destaca que de acordo com a legislação, a antecipação parcial do ICMS só abrange operações com mercadorias e não sobre frete, mesmo porque o frete não está destacando o ICMS.

Discorre sobre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, citando doutrinadores para que se estabeleça uma relação de pertinência entre finalidade pública e consecução dessa atividade, respeitando os direitos fundamentais para alcançar a finalidade pública com justo êxito.

Transcreve o artigo 150, IV, CR que veda à utilização do tributo, com efeito, confiscatório, cita texto de doutrinadores e decisões proferidas por Tribunais Superiores (AC - 199801000517664; RESP 525658 Processo: 200300297590 UF), concluindo que a multa aplicada configura confisco ao patrimônio do contribuinte, razão pela qual deve ser declarada nula.

Por fim, ressalta que o princípio da capacidade contributiva previsto no art. 145, § 1º, da CF estabelece que *sempre que possível* deverão ser individualizados de acordo com a possibilidade contributiva do sujeito passivo, amoldando a carga tributária aos rendimentos do contribuinte.

Requer julgamento pela improcedência do auto de infração.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 522/530) passa contestar os argumentos defensivos.

Com relação à infração 1, diante da alegação de que a alíquota de milho para pipoca é 7%, afirma que o argumento não procede, pois a planilha demonstrativa evidencia que foram computados os créditos de entradas do produto “milho para pipoca”.

Reproduz a planilha à fl. 522 e afirma que mantém a ação fiscal.

Quanto a infração 2, afirma que a alegação de que as mercadorias são tributadas, procede em parte.

Porém, reproduz a planilha às fls. 523 a 525, relacionando entradas de material publicitário cujo crédito fiscal é vedado, tendo destacado ICMS nas saídas do fornecedor “CONDOR”, assim este foi excluído do levantamento. A infração passou de R\$31.076,39 para R\$24.085,53.

Relativamente à infração 3, reconhece que as folhas de alumínio, papel laminado e repelentes de insetos para uso humano, não se enquadram como produtos de papelaria, assim os cálculos foram refeitos, resultando na redução do débito de R\$21.895,14 para R\$106,82.

No que se refere à infração 4, reconhece que o argumento defensivo procede, pois que, as notas fiscais elencadas no demonstrativo foram objeto de devolução pelo próprio fornecedor, entretanto com a emissão de Notas fiscais de entradas, “sequer a mercadoria entrou no estabelecimento”, motivo pelo qual fica mantida a exigência do valor integral de R\$1.903,65.

No que se refere à infração 5, reconhece que o argumento defensivo procede, pois que, verificamos erro no somatório do crédito na Nota Fiscal de nº 29434, ficando reduzido o débito de R\$6,05 para R\$0,00.

Quanto à infração 6, reconhece que o argumento utilizado pela defesa procede, pois que, folhas de alumínio, papel laminado não se enquadram como produtos de papelaria.

Refez os cálculos o que resultou na redução do débito de R\$39.286,30 para R\$5.509,74.

Relativamente à infração 7, reconhece que o argumento utilizado pela defesa procede, pois que, o item papel higiênico foi calculado sem a devida redução da base de cálculo.

Refez os cálculos que resultou na redução do débito de R\$88.845,80 para R\$11.305,32 (fl. 529).

Por fim, apresentou à fl. 530 o novo demonstrativo de débito da autuação, que implicou na redução do débito de R\$188.144,36 para R\$44.277,96. Requer julgamento pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação.

O autuado se manifestou às fls. 535 a 546 contestando a informação fiscal.

Quanto a infração 1, teceu comentários sobre a informação fiscal e reafirma que agiu em conformidade com o art. 6º do Dec. nº 7.799/2000. Ressalta que a fiscalização colocou alegações pela metade, juntando demonstrativos com produtos reduzindo a base de cálculo, que não estão amparados pelos benefícios fiscais previstos nos artigos 1º, 2º, 3º-B, 3º-D e 3º-E do Dec. nº 7.799/2000.

No tocante a infração 2, discorre sobre o entendimento da fiscalização e afirma ser equivocado que os produtos (material publicitário) são beneficiados com a não incidência.

Entende que tais mercadorias são tributada conforme DANFEs anexos, e a fiscalização contestou suas alegações pela metade.

Relativamente à infração 3, comenta a informação fiscal e afirma que o valor remanescente relativo a Nota Fiscal nº 29.619 não procede por se tratar de ACENDEDOR DE GÁS NCM 9613.80000 que não se submete a substituição tributária, motivo pelo qual aproveitou o crédito fiscal corretamente.

Com relação a infração 4, comenta a informação fiscal e afirma que as notas fiscais de entrada estão vinculadas as notas fiscais de devolução, se anulando e não justifica a acusação.

Relativamente a infração 6, discorre sobre a informação fiscal e afirma que acatou parte dos argumentos e apresentou demonstrativo exigindo valores remanescentes, “*porém, não junta de que forma chegou a estes valores, não tem nenhum documento fiscal que nos desse a oportunidade de conferência*”.

Reafirma os argumentos relativos a inclusão do valor do frete e dos descontos.

Quanto à infração 7, apresenta uma análise da informação fiscal e argumenta que tendo acatado parte das argumentações defensivas, junta uma demonstração, “*porém não junta de que forma chegou a estes valores, não tem nenhum documento fiscal que nos desse essa oportunidade de conferência*”.

Reitera os argumentos relativos a valores de frete e descontos.

Requer acolhimento das razões de defesa e nulidade da autuação.

O autuante presta a 2ª informação fiscal (fls. 607/616) e afirma que face ao pronunciamento da defesa às fls. 535/546 passa a apreciar as argumentações defensivas.

Com relação à infração 1, sobre a alegação defensiva de que o art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96, a alíquota milho para pipoca é 7%, estando correta, mas para os produtos que a alíquota interna 7% e a alíquota interestadual é 12% podendo ser utilizado o crédito fiscal na íntegra porém obedecendo a redução de base de cálculo da alíquota interna previsto no Decreto nº 7799/2000.

Ocorre que o artigo 5º do Dec. nº 7799/2000 não prevê redução de Base de cálculo cuja alíquota incidente na operação seja inferior ou superior a 17 %, o que é o caso do produto em questão.

Revisou o entendimento, acata a defesa o que reduz o débito de R\$1.131,94 para R\$0,00.

Quanto à infração 2, comenta os argumentos da manifestação e acata os argumentos relativos ao fornecedor “CONDOR, mantendo a exigência sobre o material publicitário (AUTENTICA LOGISTICA INTEGRADA LTDA).

Observa que as notas indicadas apenas os produtos da marca CONDOR e RAYOVAC sofreram tributação, itens os quais que não fazem mais parte do demonstrativo do auto de infração, reduzindo o débito de R\$31.076,39 para R\$24.085,53.

No que se refere a infração 3, comenta os argumentos defensivos e reconhece que o produto remanescente apesar de ter o mesmo NCM de isqueiros (9613 8000), não se confunde com eles e acata os argumentos da defesa. A infração passa de R\$21.895,14 para R\$0,00.

Quanto a infração 4, reconhece que o argumento utilizado pela defesa procede, pois as notas fiscais elencadas no demonstrativo foram objeto de devolução pelo próprio fornecedor com

emissão de Notas fiscais de entradas. Afirma que as mercadorias não deram entrada no estabelecimento motivo pelo qual não tem direito ao crédito fiscal.

Mantém a exigência fiscal no valor de R\$1.903,65 tendo em vista que houve emissão da nota fiscal de saída e emissão da nota fiscal de entrada pelo próprio fornecedor.

Com relação à infração 5, reconhece que houve erro no somatório do crédito na Nota Fiscal de nº 29434, motivo pelo qual a infração passa de R\$6,05 para R\$0,00.

No que se refere à infração 6, diante da alegação de que não juntou as Notas Fiscais para que verificasse os valores demonstrados, afirma que o argumento da defesa procede, porém a relação de notas fiscais estão detalhadas nos autos e são de posse da empresa, estando em seu poder.

Afirma que não tendo demonstrado as inconsistências dos cálculos do ICMS ST, fica mantida a revisão anterior com redução do débito de R\$39.286,30 para R\$5.509,74.

No tocante à infração 7, diante do argumento de “Que o Auditor não juntou Notas Fiscais para que verificasse os valores demonstrados”, entende que o argumento procede, mas sendo as mesmas de propriedade da empresa, caberia a ela fazer prova em contrário.

Afirma que mantém a revisão anterior, com redução do débito de R\$88.845,80 para R\$11.305,32.

Conclui que com o refazimento dos cálculos, chegou aos seguintes valores no quadro demonstrativo de fl. 615: Infrações 1, 3 e 5 improcedentes; R\$24.085,53 na infração 2; R\$1.903,65 na infração 4; R\$5.509,74 na infração 6 e R\$11.305,24 na infração 7, totalizando R\$42.804,24.

Requer julgamento pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente quanto a nulidade suscitada sob o argumento genérico de que há incerteza da ocorrência das infrações, observo que todas as infrações foram descritas de forma clara com indicação dos dispositivos infringidos, tendo o autuado compreendido e se defendido do que foi acusado, inclusive tomado ciência da informação fiscal na qual foram acatados e refutados os argumentos apresentados na impugnação. Portanto, os elementos contidos nos autos possibilitaram exercer o contraditório, não havendo cerceamento do direito de defesa, motivo pelo qual não acolho a nulidade suscitada.

No mérito, a infração 1 acusa utilização de crédito fiscal/mercadorias isentas, tendo o autuado alegado que sendo beneficiário do Dec. nº 7.799/2000, a limitação da utilização de créditos fiscal em 10%, não se aplica ao milho para pipoca que é 7%.

Observo que conforme esclarecido pelo autuante o produto objeto da autuação (milho de pipoca) tem alíquota de 7% prevista no art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96. Por sua vez o art. 5º do Dec. nº 7799/2000 não prevê redução de Base de cálculo para os produtos com alíquotas inferior ou superior a 17 %, que é o caso do produto em questão.

Portanto, assiste razão ao recorrente, motivo pelo qual a infração 1 é improcedente.

Quanto à infração 2 que exige ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal de produtos contemplados com não incidência do imposto, o autuado alegou que as mercadorias são tributadas, com ICMS destacado nas notas fiscais de entradas e saídas.

O autuante acatou os argumentos defensivos quanto aos produtos da marca CONDOR e RAYOVAC, que considero correto, visto que os documentos juntados com a defesa comprova tributação nas aquisições e nas saídas posteriores.

Com relação aos produtos remanescentes (fls. 608 a 610) constato que trata-se de material publicitário (AUTENTICA LOGISTICA INTEGRADA LTDA) a exemplo de displays, expositores, faixas de gondola, flipeta, testeiras, etc.

Pelo exposto, mesmo que estes produtos tenham sido tributados na origem (em alguns casos pelo ISS) em se tratando de material publicitário, não há saídas ou mesmo havendo distribuição não configura operação mercantil tributada pelo ICMS.

Assim sendo, acato o demonstrativo feito (fl. 531) reduzindo o débito de R\$31.076,39 para R\$24.085,53. Infração procedente em parte.

Data Ocorr	Data Vcto	Autuado	Devido	FL.	Data Ocorr	Data Vcto	Autuado	Devido	FL.
31/01/13	09/02/13	214,30	0,00	531	31/01/14	09/02/14	1.705,13	1.423,41	531
28/02/13	09/03/13	480,41	0,00	531	28/02/14	09/03/14	4.397,80	3.810,97	531
31/03/13	09/04/13	3.583,40	3.176,88	531	31/03/14	09/04/14		0,00	531
30/04/13	09/05/13		0,00	531	30/04/14	09/05/14	684,88	684,88	531
31/05/13	09/06/13	84,85	0,00	531	31/05/14	09/06/14	2.061,78	1.638,79	531
30/06/13	09/07/13	1.377,96	1.051,41	531	30/06/14	09/07/14		0,00	531
31/07/13	09/08/13		0,00	531	31/07/14	09/08/14	723,17	0,00	531
31/08/13	09/09/13	1.617,69	733,45	531	31/08/14	09/09/14	437,62	298,78	531
30/09/13	09/10/13	97,48	0,00	531	30/09/14	09/10/14	2.988,44	2.988,44	531
31/10/13	09/11/13	1.945,32	1.405,57	531	31/10/14	09/11/14	2.569,89	2.320,23	531
30/11/13	09/12/13	4.245,73	3.828,79	531	30/11/14	09/12/14	1.058,39	723,93	531
31/12/13	09/01/14	402,64	0,00	531	31/12/14	09/01/15	398,51	0,00	531
Total					31.075,39	24.085,53			

Relativamente à infração 3 que acusa utilização de crédito fiscal relativo a mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação tributária, o sujeito passivo argumentou que:

- a) folhas de alumínio de uso doméstico destinado ao acondicionamento de alimentos, não estão sujeitas ao regime de substituição tributária;
- b) “off aerossol”, “off family loção”, off loção hidratante”, “off refresh splay”, com NCM/SH 3808.9199, são repelentes para uso humano, não submetem a ST;
- c) ACENDEDOR DE GÁS NCM 9613.80000 que não se submete a substituição tributária.

O autuante na primeira informação fiscal reconheceu a improcedência relativo às folhas de alumínio, papel laminado e repelentes de insetos que considero correto, tendo em vista que os primeiros não se enquadram como produtos de papelaria e os segundos são repelentes para uso humano que não estão contidos no item 25.10 do Anexo ao RICMS/BA, que contempla Inseticidas, rodenticidas, fungicidas, raticidas, repelentes e outros produtos semelhantes, apresentados em formas ou embalagens *exclusivamente para uso domissanitário direto* – 3808.50.1, 3808.91, 3808.92.1, 3808.99.

Na segunda informação fiscal o autuante reconheceu que o produto remanescente ACENDEDOR DE GÁS apesar de ter o mesmo NCM de isqueiros (9613 8000), não se confunde com eles, posicionamento que considero correto.

Dessa forma, a infração 3 é totalmente improcedente.

Com relação à infração 4 que acusa utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias que não deu entrada no estabelecimento, a empresa alega que a existência da NF-e, a transmissão do arquivo que consta no banco de dados da Receita Federal confirma a entrada.

O autuante contestou argumentando que a devolução das mercadorias foi feita pelo próprio fornecedor com emissão de Notas fiscais de entradas, inexistindo a entrada das mercadorias.

Constatou que as NF-e nº 13.527 e 16.060 (fls. 612 e 613) foram emitidas pela empresa Vietnam Massas Ltda., localizada no Estado do Paraná e em seguida foi emitido as NF-es nºs 14.409 e 16.072. Tomando por exemplo a NF-e nº 16.060 a mesma foi emitida no dia 05/09/2013 às 16:57 hs e a NF-e de devolução foi emitida no mesmo dia às 17:27 hs, ou seja, apenas meia hora depois.

Pelo exposto, embora as referidas NF-es tenham sido emitidas regularmente e conste no banco de dados, não configura que ocorreu a operação de compra. Diante da acusação a empresa poderia

apresentar o Conhecimento de Transporte e comprovação de pagamentos devidamente registrado na contabilidade. Não tendo apresentado qualquer prova neste sentido fica configurado que escriturou as notas fiscais sem que as mercadorias tenha dado entrada no estabelecimento motivo pelo qual não tem direito ao crédito fiscal.

Infração 4 procedente.

No tocante a infração 5 que acusa utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal, o autuado apresentou demonstrativo para comprovar que o crédito utilizado está correto relativo à Nota Fiscal nº 29434, o que foi reconhecido pela fiscalização na 2ª informação fiscal.

Pelo exposto, restou comprovado que o levantamento fiscal contém erro no somatório do crédito da referida nota fiscal. A infração é improcedente passando de R\$6,05 para R\$0,00.

Relativamente a infração 6 que acusa recolhimento a menor do ICMS ST, na defesa inicial o sujeito passivo apresentou demonstrativo indicando por nota fiscal os equívocos nos cálculos procedidos pela fiscalização.

Na primeira informação fiscal (fl. 528) o autuante reconheceu que na apuração do ICMS-ST foi incluído indevidamente as folhas de alumínio de uso doméstico que não configura material destinado a papelaria que estavam submetidos ao regime de ST. Reduziu o débito de R\$39.286,30 para R\$5.509,74.

Na manifestação acerca da informação fiscal (fl. 544) o autuado alegou que a fiscalização não juntou as notas fiscais para demonstrar os valores que foram mantidos.

O autuante contra argumentou que a relação de notas fiscais estão detalhadas nos autos e estão em poder da empresa o que possibilita a demonstrar a inconsistências dos cálculos.

Neste caso assiste razão ao autuante. Constatou que no demonstrativo analítico juntado às fls. 45 a 53 foram relacionadas as notas fiscais objeto da autuação, cujos valores mensais foram confrontados com os recolhidos pela empresa resultando nas diferenças que foram exigidas, conforme demonstrativo analítico de fl. 13.

Tendo a fiscalização excluído as notas fiscais relativo aos produtos que a empresa comprovou não estarem enquadrados no regime de substituição tributária, não se faz necessário a juntada das notas fiscais ao processo, tendo em vista que os demonstrativos foram elaborados com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) na qual consta todos os dados relativo as mercadorias.

Portanto, ocorreu apenas negativa de cometimento da infração, o que a vista do disposto no art. 143 do RPAF/BA não desonera o sujeito passivo da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Por isso, acato o demonstrativo apresentado pela fiscalização na 1ª e 2ª informação fiscal (fl. 614) ficando reduzido o débito de R\$39.286,30 para R\$5.509,74. Infração procedente em parte.

Quanto à infração 7 que aplica multa de 60% sobre o ICMS antecipação parcial, o autuado alegou na defesa que:

- a) Não foi considerado a redução de base de cálculo relativo a papel higiênico;
- b) Foi incluído a NF-e 162.686 com data de emissão 11/12/2014 e entrada 09/01/2015;
- c) Nos meses 01 e 02/2013 foi incluído o valor do frete na base de cálculo.

Na primeira informação fiscal o autuante acatou tais argumentos, o que considero correto tendo em vista que de acordo com o previsto no inciso XLIII, do art. 268 do RICMS-BA/2012 com efeitos a partir de 29/03/2013 a carga tributária do papel higiênico é de 12% e não há previsão na legislação do ICMS de inclusão do frete na base de cálculo do ICMS antecipação parcial.

Na manifestação acerca da informação fiscal (fl. 545) o autuado alegou que a fiscalização não juntou as notas fiscais para demonstrar os valores que foram mantidos.

Neste aspecto são válidos os mesmos fundamentos da apreciação da infração 6, ou seja, no demonstrativo original foram relacionadas as notas fiscais escrituradas pelo autuado e na primeira informação fiscal foi deduzido os valores que a empresa comprovou ter sido exigido indevidamente, não sendo necessário fazer a juntada das notas fiscais ao processo.

Assim sendo acato o demonstrativo refeito pela fiscalização na 1ª informação fiscal, ficando reduzido o débito de R\$88.845,80 para R\$11.305,32 (fl. 545). Infração procedente em parte.

Por tudo que foi exposto, acato o demonstrativo refeito pela fiscalização (fl. 615):

INFRAÇÃO	VL LANÇADO	VL REVISTO	VL FINAL
Infração 01 - 01.02.03	1.131,94	1.131,94	0,00
Infração 02 - 01.02.04	31.075,39	6.989,86	24.085,53
Infração 03 - 01.02.05	21.895,14	21.895,14	0,00
Infração 04 - 01.02.10	1.903,65	0,00	1.903,65
Infração 05 - 01.02.40	6,05	6,05	0,00
Infração 06 - 07.01.02	39.286,39	33.776,65	5.509,74
Infração 07 - 07.15.03	88.845,80	77.540,48	11.305,32
Total	184.144,36		42.804,24

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração com redução do débito de R\$184.144,36 para R\$42.804,24.

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 210404.0005/17-8, lavrado contra AVANÇO DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.498,92**, acrescido das multas de 60% sobre R\$29.595,27 e 150% sobre R\$1.903,65, previstas no artigo 42, II, “d”, V, b” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa percentual no valor de **R\$11.305,32** prevista no art. 42, II, “d” da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

A. I. N° - 210404.0005/17-8
AUTUADO - AVANÇO DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ MARIA DIAS FILHO
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 01/08/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0085-04/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA. **a)** BENEFICIADA COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que os produtos tributados com alíquota de 7% não se submetem a limitação do crédito fiscal de 10% previsto no Dec. nº 7.799/2000. Infração insubstancial. **b)** BENEFICIADA COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que parte das mercadorias são tributadas e correto a utilização do crédito fiscal. Infração procedente em parte. **c)** COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Os produtos objeto da autuação não se enquadram no regime de substituição tributária. Infração improcedente. **d)** QUE NÃO DEU ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. Documentos fiscais juntados aos autos comprova que houve emissão de nota fiscal de saída com posterior emissão de nota fiscal a título de devolução. Não comprovado a circulação e entrada no estabelecimento. Infração procedente. **e)** COM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Comprovado que houve erro na apuração da base de cálculo. Infração improcedente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Afastado a exigência fiscal relativa aos produtos não submetidos ao regime substituição tributária o que implicou na redução do débito. Infração procedente em parte. **b)** DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MULTA. Afastado a exigência de valores relativos a produtos contemplados com redução da base de cálculo; de notas fiscais que deram entrada em outro exercício e dos valores do frete incluído indevidamente na apuração da base de cálculo. Reduzido o débito. Infração procedente em parte. Indeferido a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 14/12/17 exige tributos no valor de R\$184.144,36 em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto (2013/2014) - R\$1.131,94. Multa 60%.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto (2013/2014) - R\$31.075,39. Multa 60%.

03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária (2013/2014) - R\$21.895,14. Multa 60%.
04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento (2013) - R\$1.903,65. Multa 150%.
05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal (2014) - R\$6,05. Multa 60%.
06. Efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (2013/2014) - R\$39.286,39. Multa 60%.
07. 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, devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente (2013/2014) - R\$88.845,80. Multa 60%.

O autuado apresenta impugnação (fls. 79 a 93), inicialmente ressalta que exerce atividade de “Comércio Atacadista”, passando a contestação do mérito das infrações.

Quanto a infração 1 (crédito fiscal/mercadorias isentas), afirma que não procede em razão de ter agido em conformidade com o art. 6º do Decreto 7.799/2000 (Atacadista) que limita a utilização de créditos em 10%.

Ressalta que o art. 16, I, “a” da Lei nº 7.014/96 prevê que a alíquota de milho para pipoca é 7%.

No tocante a infração 2 (crédito fiscal/não incidência) alega que não procede tendo em vista que as mercadorias listadas são tributadas, inclusive com ICMS destacado nas notas fiscais de entradas e tiveram saídas tributadas, conforme demonstração e DANFES em anexos.

Relativamente à infração 3 (crédito fiscal/mercadoria/antecipação tributária), argumenta que a utilização dos créditos foi correta, posto que as mercadorias são folhas de alumínio, de uso doméstico, destinado ao acondicionamento de alimentos, não se confunde com o papel laminado e papel espelhado, de emprego em embalagens para presentes, trabalhos escolares, entre outras do segmento de artigos de papelaria, embora possuam o mesmo NCM, qual seja: 7607.11.90.

Discorre sobre a diferenciação das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária que na identificação deve-se adotar dois critérios: a descrição da mercadoria e o código NCM.

Também que os produtos “off aerossol”, “off family loção”, off loção hidratante”, “off refresh splay”, com NCM/SH 3808.9199, são repelentes para uso humano, não se confundindo com os de uso domissanitário direto, sujeitos à antecipação:

ITEM - 25.10 Inseticidas, rodenticidas, fungicidas, raticidas, repelentes e outros produtos semelhantes, apresentados em formas ou embalagens exclusivamente para uso domissanitário direto – 3808.50.1, 3808.91, 3808.92.1, 3808.99.

Alega que o autuante não adota critério único, tendo em vista que no demonstrativo de “notas fiscais com utilização a maior de créditos fiscais”, em 11/2014, relaciona a Nota Fiscal nº 3202, com valor de R\$472,88, por se referir a mercadoria sujeita à antecipação tributária.

Já na infração 7, que acusa não pagamento do ICMS antecipação parcial, lista algumas notas fiscais de mercadorias que afirmou esta enquadrada na substituição tributária a exemplo das NFs 115085 e 82196.

Com relação à infração 4 (crédito fiscal/mercadoria não entrada no estabelecimento), argumenta que o próprio autuante diz que utilizou o crédito fiscal indevidamente, e cita número da NF-e, concluindo que as mercadorias não entraram no estabelecimento.

Entende que para configurar isso deveria fazer a apuração de estoque, o que não ocorreu e citando os SPED'S FISCAIS: maio/2013: FED966B8C83752BDB3A3842260C2ED06 transmitido em 12/06/13 ás

11:06:05 Recibo: 23.6D.3D.69.D2.9C.12.FD.4E.31.FA.83.DC.DB.2F.A8.80.53.1C.F6-7 e setembro/2013 arquivo: AFE9CEA998282806DD07D648488E47CC transmitido em 23/10/2013 ás 09:44:02 Número do Recibo: 15.FD.3F.1F.E5.54.85.11.A7.9F.58.56.20.48.9A.F3.CA.5A.85.A1-7, pois nesses arquivos constam as referidas notas fiscais, com as mercadorias constantes nas mesmas.

Quanto a infração 5 (crédito fiscal/superior ao destacado no documento fiscal), alega que o crédito utilizado está correto, conforme Nota Fiscal nº 29434 de 26/02/2014 com valor de R\$49.690,10 e a base de cálculo de R\$49.690,10, com alíquota de 12% e crédito de R\$5.962,81. Se somar valor das mercadorias tributadas, no valor de R\$46.778,80, mais as mercadorias antecipadas (item 12 COOKIE CHOC. NCM/SH 1905.3100), no valor de R\$1.405,14, mais as mercadorias isentas (itens 28 E 29 LITE SALT NCM/SH 2501.0020), no valor de R\$1.506,16, obtém o valor de R\$49.690,10, que é o mesmo valor da base de cálculo.

Ressalta que as mercadorias tributadas de R\$46.778,80, com os benefícios previstos nos artigos 1º e 2º do Dec. nº 7.799/2000, o artigo 6º limita a utilização de créditos em 10%, que foi utilizado corretamente de R\$4.677,87.

Relativamente a infração 6 (recolhimento a menor/mercadorias/ST) argumenta que não procede, passando a indicar os valores que constam na PLANILHA 01-02: DEMONSTRAÇÃO DO ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL (ST) CALCULADO POR NOTA FISCAL, por mês:

03/2013 - Nota Fiscal nº 22076 e 22731, com o valor apurado de R\$11.193,25. A diferença encontrada pelo fisco é R\$9.732,58. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de R\$1.460,67.

04/2013 - Nota Fiscal nº 22896, valor apurado R\$288,54, a diferença encontrada pelo fisco é de R\$11,01. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de R\$277,53.

06/2013 - Notas Fiscais nºs 804, 813, 23855, 23954, 24066, valor apurado R\$8.790,92, a diferença encontrada pelo fisco é de R\$8.199,26. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de valor de R\$591,66.

07/2013 - Notas Fiscais nºs 24637, 24998, 25035, 25183, valor apurado R\$10.501,36, a diferença encontrada pelo fisco é de R\$3.150,22. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de valor de R\$7.351,74.

10/2013 - Notas Fiscais nºs 25895, 26197, valor apurado R\$4.607,17, a diferença encontrada pelo fisco é de R\$4.435,45. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de valor de R\$171,72.

11/2013 - Notas Fiscais nºs 26226, 26405, 26415, valor apurado R\$7.510,58, a diferença encontrada pelo fisco é de R\$4.171,41. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de valor de R\$3.339,10.

Nos meses 02, 03, 05, 06 e 07/2014, afirma que não demonstra as diferenças, porque na PLANILHA 01_02 não foram considerados os descontos no valor total do produto, pois só considera estes descontos nas suas bases de cálculos, a exemplo das Notas Fiscais nºs 29426, 29434, 29574, e 37894 com emissão de 29/04/2014 entrada em 05/2014 com ST destacado na mesma.

08/2014 - Notas Fiscais nºs 56795, 56796, 56802, valor apurado R\$14.229,12, a diferença encontrada pelo fisco é de R\$5.140,12. Neste caso, houve um recolhimento a maior no valor de valor de R\$9.089,00.

Observa que essas mercadorias, conforme visto na infração 3, são tributadas, por se tratar de folhas de alumínio de uso doméstico e não papel laminado ou papel espelhado, que é de papelaria, apesar ter a mesma NCM, não estão no regime de substituição tributária.

Quanto à infração 7 (multa/ICMS antecipação parcial) alega que não procede a multa relativa a papel higiênico à alíquota de 17%, sem aplicar carga tributária de 12% prevista no inciso XLIII, Art. 268 do RICMS-BA/2012 com efeitos a partir de 29/03/2013.

Ressalta que foi incluído a Nota Fiscal de nº 162.686 com data de emissão 11/12/2014 e data de entrada 09/01/2015, com o valor de R\$57.932,00.

Já nos meses 01 e 02/2013 argumenta que a diferença encontrada decorre de ter considerado o valor das mercadorias e o frete, mas na base de cálculo não considerou o frete.

Destaca que de acordo com a legislação, a antecipação parcial do ICMS só abrange operações com mercadorias e não sobre frete, mesmo porque o frete não está destacando o ICMS.

Discorre sobre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, citando doutrinadores para que se estabeleça uma relação de pertinência entre finalidade pública e consecução dessa atividade, respeitando os direitos fundamentais para alcançar a finalidade pública com justo êxito.

Transcreve o artigo 150, IV, CR que veda à utilização do tributo, com efeito, confiscatório, cita texto de doutrinadores e decisões proferidas por Tribunais Superiores (AC - 199801000517664; RESP 525658 Processo: 200300297590 UF), concluindo que a multa aplicada configura confisco ao patrimônio do contribuinte, razão pela qual deve ser declarada nula.

Por fim, ressalta que o princípio da capacidade contributiva previsto no art. 145, § 1º, da CF estabelece que *sempre que possível* deverão ser individualizados de acordo com a possibilidade contributiva do sujeito passivo, amoldando a carga tributária aos rendimentos do contribuinte.

Requer julgamento pela improcedência do auto de infração.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 522/530) passa contestar os argumentos defensivos.

Com relação à infração 1, diante da alegação de que a alíquota de milho para pipoca é 7%, afirma que o argumento não procede, pois a planilha demonstrativa evidencia que foram computados os créditos de entradas do produto “milho para pipoca”.

Reproduz a planilha à fl. 522 e afirma que mantém a ação fiscal.

Quanto a infração 2, afirma que a alegação de que as mercadorias são tributadas, procede em parte.

Porém, reproduz a planilha às fls. 523 a 525, relacionando entradas de material publicitário cujo crédito fiscal é vedado, tendo destacado ICMS nas saídas do fornecedor “CONDOR”, assim este foi excluído do levantamento. A infração passou de R\$31.076,39 para R\$24.085,53.

Relativamente à infração 3, reconhece que as folhas de alumínio, papel laminado e repelentes de insetos para uso humano, não se enquadram como produtos de papelaria, assim os cálculos foram refeitos, resultando na redução do débito de R\$21.895,14 para R\$106,82.

No que se refere à infração 4, reconhece que o argumento defensivo procede, pois que, as notas fiscais elencadas no demonstrativo foram objeto de devolução pelo próprio fornecedor, entretanto com a emissão de Notas fiscais de entradas, “sequer a mercadoria entrou no estabelecimento”, motivo pelo qual fica mantida a exigência do valor integral de R\$1.903,65.

No que se refere à infração 5, reconhece que o argumento defensivo procede, pois que, verificamos erro no somatório do crédito na Nota Fiscal de nº 29434, ficando reduzido o débito de R\$6,05 para R\$0,00.

Quanto à infração 6, reconhece que o argumento utilizado pela defesa procede, pois que, folhas de alumínio, papel laminado não se enquadram como produtos de papelaria.

Refez os cálculos o que resultou na redução do débito de R\$39.286,30 para R\$5.509,74.

Relativamente à infração 7, reconhece que o argumento utilizado pela defesa procede, pois que, o item papel higiênico foi calculado sem a devida redução da base de cálculo.

Refez os cálculos que resultou na redução do débito de R\$88.845,80 para R\$11.305,32 (fl. 529).

Por fim, apresentou à fl. 530 o novo demonstrativo de débito da autuação, que implicou na redução do débito de R\$188.144,36 para R\$44.277,96. Requer julgamento pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação.

O autuado se manifestou às fls. 535 a 546 contestando a informação fiscal.

Quanto a infração 1, teceu comentários sobre a informação fiscal e reafirma que agiu em conformidade com o art. 6º do Dec. nº 7.799/2000. Ressalta que a fiscalização colocou alegações pela metade, juntando demonstrativos com produtos reduzindo a base de cálculo, que não estão amparados pelos benefícios fiscais previstos nos artigos 1º, 2º, 3º-B, 3º-D e 3º-E do Dec. nº 7.799/2000.

No tocante a infração 2, discorre sobre o entendimento da fiscalização e afirma ser equivocado que os produtos (material publicitário) são beneficiados com a não incidência.

Entende que tais mercadorias são tributada conforme DANFEs anexos, e a fiscalização contestou suas alegações pela metade.

Relativamente à infração 3, comenta a informação fiscal e afirma que o valor remanescente relativo a Nota Fiscal nº 29.619 não procede por se tratar de ACENDEDOR DE GÁS NCM 9613.80000 que não se submete a substituição tributária, motivo pelo qual aproveitou o crédito fiscal corretamente.

Com relação a infração 4, comenta a informação fiscal e afirma que as notas fiscais de entrada estão vinculadas as notas fiscais de devolução, se anulando e não justifica a acusação.

Relativamente a infração 6, discorre sobre a informação fiscal e afirma que acatou parte dos argumentos e apresentou demonstrativo exigindo valores remanescentes, “*porém, não junta de que forma chegou a estes valores, não tem nenhum documento fiscal que nos desse a oportunidade de conferência*”.

Reafirma os argumentos relativos a inclusão do valor do frete e dos descontos.

Quanto à infração 7, apresenta uma análise da informação fiscal e argumenta que tendo acatado parte das argumentações defensivas, junta uma demonstração, “*porém não junta de que forma chegou a estes valores, não tem nenhum documento fiscal que nos desse essa oportunidade de conferência*”.

Reitera os argumentos relativos a valores de frete e descontos.

Requer acolhimento das razões de defesa e nulidade da autuação.

O autuante presta a 2ª informação fiscal (fls. 607/616) e afirma que face ao pronunciamento da defesa às fls. 535/546 passa a apreciar as argumentações defensivas.

Com relação à infração 1, sobre a alegação defensiva de que o art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96, a alíquota milho para pipoca é 7%, estando correta, mas para os produtos que a alíquota interna 7% e a alíquota interestadual é 12% podendo ser utilizado o crédito fiscal na íntegra porém obedecendo a redução de base de cálculo da alíquota interna previsto no Decreto nº 7799/2000.

Ocorre que o artigo 5º do Dec. nº 7799/2000 não prevê redução de Base de cálculo cuja alíquota incidente na operação seja inferior ou superior a 17 %, o que é o caso do produto em questão.

Revisou o entendimento, acata a defesa o que reduz o débito de R\$1.131,94 para R\$0,00.

Quanto à infração 2, comenta os argumentos da manifestação e acata os argumentos relativos ao fornecedor “CONDOR, mantendo a exigência sobre o material publicitário (AUTENTICA LOGISTICA INTEGRADA LTDA).

Observa que as notas indicadas apenas os produtos da marca CONDOR e RAYOVAC sofreram tributação, itens os quais que não fazem mais parte do demonstrativo do auto de infração, reduzindo o débito de R\$31.076,39 para R\$24.085,53.

No que se refere a infração 3, comenta os argumentos defensivos e reconhece que o produto remanescente apesar de ter o mesmo NCM de isqueiros (9613 8000), não se confunde com eles e acata os argumentos da defesa. A infração passa de R\$21.895,14 para R\$0,00.

Quanto a infração 4, reconhece que o argumento utilizado pela defesa procede, pois as notas fiscais elencadas no demonstrativo foram objeto de devolução pelo próprio fornecedor com

emissão de Notas fiscais de entradas. Afirma que as mercadorias não deram entrada no estabelecimento motivo pelo qual não tem direito ao crédito fiscal.

Mantém a exigência fiscal no valor de R\$1.903,65 tendo em vista que houve emissão da nota fiscal de saída e emissão da nota fiscal de entrada pelo próprio fornecedor.

Com relação à infração 5, reconhece que houve erro no somatório do crédito na Nota Fiscal de nº 29434, motivo pelo qual a infração passa de R\$6,05 para R\$0,00.

No que se refere à infração 6, diante da alegação de que não juntou as Notas Fiscais para que verificasse os valores demonstrados, afirma que o argumento da defesa procede, porém a relação de notas fiscais estão detalhadas nos autos e são de posse da empresa, estando em seu poder.

Afirma que não tendo demonstrado as inconsistências dos cálculos do ICMS ST, fica mantida a revisão anterior com redução do débito de R\$39.286,30 para R\$5.509,74.

No tocante à infração 7, diante do argumento de “Que o Auditor não juntou Notas Fiscais para que verificasse os valores demonstrados”, entende que o argumento procede, mas sendo as mesmas de propriedade da empresa, caberia a ela fazer prova em contrário.

Afirma que mantém a revisão anterior, com redução do débito de R\$88.845,80 para R\$11.305,32.

Conclui que com o refazimento dos cálculos, chegou aos seguintes valores no quadro demonstrativo de fl. 615: Infrações 1, 3 e 5 improcedentes; R\$24.085,53 na infração 2; R\$1.903,65 na infração 4; R\$5.509,74 na infração 6 e R\$11.305,24 na infração 7, totalizando R\$42.804,24.

Requer julgamento pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente quanto a nulidade suscitada sob o argumento genérico de que há incerteza da ocorrência das infrações, observo que todas as infrações foram descritas de forma clara com indicação dos dispositivos infringidos, tendo o autuado compreendido e se defendido do que foi acusado, inclusive tomado ciência da informação fiscal na qual foram acatados e refutados os argumentos apresentados na impugnação. Portanto, os elementos contidos nos autos possibilitaram exercer o contraditório, não havendo cerceamento do direito de defesa, motivo pelo qual não acolho a nulidade suscitada.

No mérito, a infração 1 acusa utilização de crédito fiscal/mercadorias isentas, tendo o autuado alegado que sendo beneficiário do Dec. nº 7.799/2000, a limitação da utilização de créditos fiscal em 10%, não se aplica ao milho para pipoca que é 7%.

Observo que conforme esclarecido pelo autuante o produto objeto da autuação (milho de pipoca) tem alíquota de 7% prevista no art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96. Por sua vez o art. 5º do Dec. nº 7799/2000 não prevê redução de Base de cálculo para os produtos com alíquotas inferior ou superior a 17 %, que é o caso do produto em questão.

Portanto, assiste razão ao recorrente, motivo pelo qual a infração 1 é improcedente.

Quanto à infração 2 que exige ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal de produtos contemplados com não incidência do imposto, o autuado alegou que as mercadorias são tributadas, com ICMS destacado nas notas fiscais de entradas e saídas.

O autuante acatou os argumentos defensivos quanto aos produtos da marca CONDOR e RAYOVAC, que considero correto, visto que os documentos juntados com a defesa comprova tributação nas aquisições e nas saídas posteriores.

Com relação aos produtos remanescentes (fls. 608 a 610) constato que trata-se de material publicitário (AUTENTICA LOGISTICA INTEGRADA LTDA) a exemplo de displays, expositores, faixas de gondola, flipeta, testeiras, etc.

Pelo exposto, mesmo que estes produtos tenham sido tributados na origem (em alguns casos pelo ISS) em se tratando de material publicitário, não há saídas ou mesmo havendo distribuição não configura operação mercantil tributada pelo ICMS.

Assim sendo, acato o demonstrativo feito (fl. 531) reduzindo o débito de R\$31.076,39 para R\$24.085,53. Infração procedente em parte.

Data Ocorr	Data Vcto	Autuado	Devido	FL.	Data Ocorr	Data Vcto	Autuado	Devido	FL.
31/01/13	09/02/13	214,30	0,00	531	31/01/14	09/02/14	1.705,13	1.423,41	531
28/02/13	09/03/13	480,41	0,00	531	28/02/14	09/03/14	4.397,80	3.810,97	531
31/03/13	09/04/13	3.583,40	3.176,88	531	31/03/14	09/04/14		0,00	531
30/04/13	09/05/13		0,00	531	30/04/14	09/05/14	684,88	684,88	531
31/05/13	09/06/13	84,85	0,00	531	31/05/14	09/06/14	2.061,78	1.638,79	531
30/06/13	09/07/13	1.377,96	1.051,41	531	30/06/14	09/07/14		0,00	531
31/07/13	09/08/13		0,00	531	31/07/14	09/08/14	723,17	0,00	531
31/08/13	09/09/13	1.617,69	733,45	531	31/08/14	09/09/14	437,62	298,78	531
30/09/13	09/10/13	97,48	0,00	531	30/09/14	09/10/14	2.988,44	2.988,44	531
31/10/13	09/11/13	1.945,32	1.405,57	531	31/10/14	09/11/14	2.569,89	2.320,23	531
30/11/13	09/12/13	4.245,73	3.828,79	531	30/11/14	09/12/14	1.058,39	723,93	531
31/12/13	09/01/14	402,64	0,00	531	31/12/14	09/01/15	398,51	0,00	531
Total					31.075,39	24.085,53			

Relativamente à infração 3 que acusa utilização de crédito fiscal relativo a mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação tributária, o sujeito passivo argumentou que:

- a) folhas de alumínio de uso doméstico destinado ao acondicionamento de alimentos, não estão sujeitas ao regime de substituição tributária;
- b) “off aerossol”, “off family loção”, off loção hidratante”, “off refresh splay”, com NCM/SH 3808.9199, são repelentes para uso humano, não submetem a ST;
- c) ACENDEDOR DE GÁS NCM 9613.80000 que não se submete a substituição tributária.

O autuante na primeira informação fiscal reconheceu a improcedência relativo às folhas de alumínio, papel laminado e repelentes de insetos que considero correto, tendo em vista que os primeiros não se enquadram como produtos de papelaria e os segundos são repelentes para uso humano que não estão contidos no item 25.10 do Anexo ao RICMS/BA, que contempla Inseticidas, rodenticidas, fungicidas, raticidas, repelentes e outros produtos semelhantes, apresentados em formas ou embalagens *exclusivamente para uso domissanitário direto* – 3808.50.1, 3808.91, 3808.92.1, 3808.99.

Na segunda informação fiscal o autuante reconheceu que o produto remanescente ACENDEDOR DE GÁS apesar de ter o mesmo NCM de isqueiros (9613 8000), não se confunde com eles, posicionamento que considero correto.

Dessa forma, a infração 3 é totalmente improcedente.

Com relação à infração 4 que acusa utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias que não deu entrada no estabelecimento, a empresa alega que a existência da NF-e, a transmissão do arquivo que consta no banco de dados da Receita Federal confirma a entrada.

O autuante contestou argumentando que a devolução das mercadorias foi feita pelo próprio fornecedor com emissão de Notas fiscais de entradas, inexistindo a entrada das mercadorias.

Constatou que as NF-e nº 13.527 e 16.060 (fls. 612 e 613) foram emitidas pela empresa Vietnam Massas Ltda., localizada no Estado do Paraná e em seguida foi emitido as NF-es nºs 14.409 e 16.072. Tomando por exemplo a NF-e nº 16.060 a mesma foi emitida no dia 05/09/2013 às 16:57 hs e a NF-e de devolução foi emitida no mesmo dia às 17:27 hs, ou seja, apenas meia hora depois.

Pelo exposto, embora as referidas NF-es tenham sido emitidas regularmente e conste no banco de dados, não configura que ocorreu a operação de compra. Diante da acusação a empresa poderia

apresentar o Conhecimento de Transporte e comprovação de pagamentos devidamente registrado na contabilidade. Não tendo apresentado qualquer prova neste sentido fica configurado que escriturou as notas fiscais sem que as mercadorias tenha dado entrada no estabelecimento motivo pelo qual não tem direito ao crédito fiscal.

Infração 4 procedente.

No tocante a infração 5 que acusa utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal, o autuado apresentou demonstrativo para comprovar que o crédito utilizado está correto relativo à Nota Fiscal nº 29434, o que foi reconhecido pela fiscalização na 2ª informação fiscal.

Pelo exposto, restou comprovado que o levantamento fiscal contém erro no somatório do crédito da referida nota fiscal. A infração é improcedente passando de R\$6,05 para R\$0,00.

Relativamente a infração 6 que acusa recolhimento a menor do ICMS ST, na defesa inicial o sujeito passivo apresentou demonstrativo indicando por nota fiscal os equívocos nos cálculos procedidos pela fiscalização.

Na primeira informação fiscal (fl. 528) o autuante reconheceu que na apuração do ICMS-ST foi incluído indevidamente as folhas de alumínio de uso doméstico que não configura material destinado a papelaria que estavam submetidos ao regime de ST. Reduziu o débito de R\$39.286,30 para R\$5.509,74.

Na manifestação acerca da informação fiscal (fl. 544) o autuado alegou que a fiscalização não juntou as notas fiscais para demonstrar os valores que foram mantidos.

O autuante contra argumentou que a relação de notas fiscais estão detalhadas nos autos e estão em poder da empresa o que possibilita a demonstrar a inconsistências dos cálculos.

Neste caso assiste razão ao autuante. Constatou que no demonstrativo analítico juntado às fls. 45 a 53 foram relacionadas as notas fiscais objeto da autuação, cujos valores mensais foram confrontados com os recolhidos pela empresa resultando nas diferenças que foram exigidas, conforme demonstrativo analítico de fl. 13.

Tendo a fiscalização excluído as notas fiscais relativo aos produtos que a empresa comprovou não estarem enquadrados no regime de substituição tributária, não se faz necessário a juntada das notas fiscais ao processo, tendo em vista que os demonstrativos foram elaborados com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) na qual consta todos os dados relativo as mercadorias.

Portanto, ocorreu apenas negativa de cometimento da infração, o que a vista do disposto no art. 143 do RPAF/BA não desonera o sujeito passivo da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Por isso, acato o demonstrativo apresentado pela fiscalização na 1ª e 2ª informação fiscal (fl. 614) ficando reduzido o débito de R\$39.286,30 para R\$5.509,74. Infração procedente em parte.

Quanto à infração 7 que aplica multa de 60% sobre o ICMS antecipação parcial, o autuado alegou na defesa que:

- a) Não foi considerado a redução de base de cálculo relativo a papel higiênico;
- b) Foi incluído a NF-e 162.686 com data de emissão 11/12/2014 e entrada 09/01/2015;
- c) Nos meses 01 e 02/2013 foi incluído o valor do frete na base de cálculo.

Na primeira informação fiscal o autuante acatou tais argumentos, o que considero correto tendo em vista que de acordo com o previsto no inciso XLIII, do art. 268 do RICMS-BA/2012 com efeitos a partir de 29/03/2013 a carga tributária do papel higiênico é de 12% e não há previsão na legislação do ICMS de inclusão do frete na base de cálculo do ICMS antecipação parcial.

Na manifestação acerca da informação fiscal (fl. 545) o autuado alegou que a fiscalização não juntou as notas fiscais para demonstrar os valores que foram mantidos.

Neste aspecto são válidos os mesmos fundamentos da apreciação da infração 6, ou seja, no demonstrativo original foram relacionadas as notas fiscais escrituradas pelo autuado e na primeira informação fiscal foi deduzido os valores que a empresa comprovou ter sido exigido indevidamente, não sendo necessário fazer a juntada das notas fiscais ao processo.

Assim sendo acato o demonstrativo refeito pela fiscalização na 1ª informação fiscal, ficando reduzido o débito de R\$88.845,80 para R\$11.305,32 (fl. 545). Infração procedente em parte.

Por tudo que foi exposto, acato o demonstrativo refeito pela fiscalização (fl. 615):

INFRAÇÃO	VL LANÇADO	VL REVISTO	VL FINAL
Infração 01 - 01.02.03	1.131,94	1.131,94	0,00
Infração 02 - 01.02.04	31.075,39	6.989,86	24.085,53
Infração 03 - 01.02.05	21.895,14	21.895,14	0,00
Infração 04 - 01.02.10	1.903,65	0,00	1.903,65
Infração 05 - 01.02.40	6,05	6,05	0,00
Infração 06 - 07.01.02	39.286,39	33.776,65	5.509,74
Infração 07 - 07.15.03	88.845,80	77.540,48	11.305,32
Total	184.144,36		42.804,24

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração com redução do débito de R\$184.144,36 para R\$42.804,24.

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 210404.0005/17-8, lavrado contra AVANÇO DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.498,92**, acrescido das multas de 60% sobre R\$29.595,27 e 150% sobre R\$1.903,65, previstas no artigo 42, II, “d”, V, b” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa percentual no valor de **R\$11.305,32** prevista no art. 42, II, “d” da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA