

PROCESSO - A. I. N° 206881.0018/17-9
RECORRENTE - GABRIEL SCHIOCHET – EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0214-05/18
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0295-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Razões de defesa não elidem a autuação. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Razões de defesa não elidem a autuação. d) DECLARAÇÃO INCORRETA NAS INFORMAÇÕES ECONOMICO-FISCAIS ATRAVÉS DMA (DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS). Item reconhecido. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) VALOR DAS ENTRADAS SUPERIOR AO DAS SAÍDAS. Razões de defesa não elidem a autuação. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Razões de defesa não elidem a autuação. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º da Lei nº 7.014/96. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Excluídas as notas fiscais não abarcadas pela antecipação do imposto. Refeito o cálculo da multa aplicada. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares arguidas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida do Auto de Infração que foi lavrado em 30/06/2017, que constitui crédito tributário no valor de R\$110.551,99, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 11 a 124 dos autos, com CD/Mídia à fl. 121, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária no exercício de 2016, conforme demonstrativo de fls. 12/14, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 98. Lançado ICMS no valor de R\$15.760,12, com enquadramento nos artigos 9º e 29, § 4º, Inciso II da Lei nº 7.014/96 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 2 - 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no exercício de 2016, conforme demonstrativo de fls. 15/25, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 121. Lançado ICMS no valor de R\$57.692,63, com enquadramento nos artigos 2º, Inciso I, e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 4 - 04.05.05: Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$16.029,54, constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias no exercício de 2012 e 2013, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, conforme demonstrativo de fls. 29/69, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 98. Lançado ICMS no montante de R\$16.029,54, com enquadramento nos artigos 4º, § 4º, inciso IV; art. 23-A, inciso II da Lei 7.014/96, c/c os art. 13, inc. II da Portaria 445/98, e multa aplicada na forma do artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 - 04.05.09: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, no ano de 2016. Lançado ICMS no montante de R\$15.416,45, com enquadramento nos artigos 6º, inciso IV; art. 23, inciso II da Lei 7.014/96, c/c art. 217 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e art. 10, inc. I, alínea "b" da Portaria 445/98, e multa aplicada na forma do artigo 42, inciso II, "d" da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - 07.15.05: Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 70/72 que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 98. Lançada multa no montante de R\$4.024,44, com enquadramento no Artigo 12-A, e multa aplicada na forma do artigo 42, inciso II, "d" da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 9 - 16.05.11: Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), com divergência dos Livros de Inventário no ano de 2016. Lançada multa no valor de R\$560,00, com enquadramento no art. 255, §1º, inc. I do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no artigo 42, inciso XVIII, alínea "c" da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo apresenta peça administrativa às fls. 114/117 dos autos. O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 244/256, onde reduz o Auto de Infração de R\$110.551,99 para R\$110.172,49. Às fls. 268/269 o sujeito passivo se manifesta em relação à Informação Fiscal apresentada. Volta aos autos a autuante às fls. 273/275 a autuante, em resposta a manifestação do contribuinte, onde mantém o mesmo valor já descrito na primeira informação fiscal. A JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração da seguinte forma:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea "a" do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, inclusive apresentando razões de mérito, das quais, em relação à infração 6, foi acolhida em parte pelo autuante, quando da sua informação fiscal.

Não obstante tais considerações iniciais, observo que o sujeito passivo suscita, de forma geral, sem apresentar qualquer elemento probante, a nulidade do Auto de Infração por cometimento de vícios formais na constituição do crédito tributário relacionados à "ausência dos requisitos necessários à sua constituição, como motivação, forma prescrita em lei, finalidade pública, sujeito competente e objeto. Tais alegações não prosperam. Como bem destacou a d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, nas fls. 1 a 5 dos autos, têm-se as descrições das infrações, atendendo ao que dispõe o RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, mais especificamente o art. 28, onde se vê claramente a natureza da infração, o autuado, o enquadramento da autuação e o montante do débito tributário, além dos levantamentos elaborados pelo agente Fiscal que demonstram a ocorrência dos fatos, elementos básicos e fundamentais na constituição do crédito tributário.

Em sendo assim, afasto as preliminares de nulidades do lançamento aventadas pelo defendente.

O presente Auto de Infração reclama crédito tributário do ICMS no valor total de R\$110.551,99, relativo às infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, referente ao exercício de 2016, com impugnação total das infrações 1, 2, 4, 5 e 6; e reconhecimento das infrações 3, 7, 8 e 9. Todavia em relação à infração 9, pede redução ou cancelamento por não ter implicado em dolo, má fé ou simulação, em que manifestarei ao final do presente voto.

Desta forma, as infrações 3, 7, 8 e 9 estão sendo de pronto consideradas procedentes, por considerar aceito os

créditos fiscais lançados pelo reclamado, em que, nos termos do art. 140 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Logo a lide do presente PAF resulta em relação às infrações 1, 2, 4, 5 e 6, que a seguir passo a manifestar.

A infração 1 se relaciona à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária no exercício de 2016, conforme demonstrativo de fls. 12/14, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 98. Lançado ICMS no valor de R\$15.760,12, com enquadramento nos artigos 9º e 29, § 4º, inciso II da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa o sujeito passivo diz que improcede a infração, sob a perspectiva de que utilizou os créditos fiscais constantes no DANFE de entrada, conforme diz comprovar seus arquivos do SPED.

Na informação fiscal de fls. 244/256, destaca a agente Fiscal que não procede o argumento da autuada de que se utilizou de créditos fiscais constantes das notas fiscais de entradas, vez que se trata a autuação de mercadorias adquiridas pelo defendente sujeitas à substituição tributária constantes do anexo I da Lei nº 7.014/96, oriundas de indústria estabelecida dentro do próprio Estado da Bahia, mais especificamente do contribuinte de CNPJ nº 09.371.120/0001-70, descumprindo o disposto no art. 9º da referida Lei, combinado com o art. 290 do RICMS/BA, em que veda a utilização do crédito fiscal pelo adquirente das referidas mercadorias.

Às fls. 268/269, o sujeito passivo apresenta contrarrazões à informação fiscal de fls. 244/256, em que, relativamente à infração 1, diz que o valor referente ao DANFE nº 4881, no total de R\$4.320,90, dá direito ao crédito fiscal utilizado, por não se tratar de mercadorias sujeitos a substituição tributária, porém quanto aos demais valores, reconhece que usou indevidamente.

A autuante, às fls. 273/275, diz que o citado DANFE nº 4881, possui produtos tributados não sujeitos à substituição tributária e tributados sujeitos a substituição tributária, tendo sido glosado o crédito relativo aos produtos sujeitos apenas à substituição tributária, conforme se pode observar do demonstrativo de fls. 13/14 dos autos.

Compulsando o demonstrativo, vejo restar razão à agente Fiscal, ou seja, a glosa dos créditos se restringiu aos produtos “CONCENTRADO LIQUIDO BEBIDA MISTA UVA”, “VINHO TINTO SECO”, “ÁLCOOL ETÍLICO HIDR” E “ENERGY DRINK”, que estavam à época dos fatos geradores sob a égide da substituição tributária. Neste contexto, vejo que as razões da defesa não elidem a autuação. Infração 1 subsistente.

A infração 2 diz respeito ao sujeito passivo ter deixado de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no exercício de 2016, conforme demonstrativo de fls. 15/25, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 98. Lançado ICMS no valor de R\$57.692,63, com enquadramento no artigo 2º, Inciso I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Em sede de defesa o sujeito passivo diz que improcede a autuação, vez que todas as saídas apuradas pela fiscalização – “BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12X1 – NCM 2202.1000”; “COQUETEL MARAVILHA DE 1500ML 6/1 E 750ML 12/1 – NCM 2206.0090”; “COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE 750ML 12/1 – NCM 2206.0090” e “VINHO TINTO SUAVE DOM BLACK 1L 12/1 – NCM 22040.1010” foram adquiridas por substituição tributária, a qual teve o ICMS retido e recolhido pelo remetente das mercadorias que foi a empresa FERRARI FERREIRA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS - EIRELI-EPP.

Neste contexto diz colacionar todas as notas fiscais que originaram as saídas objeto da autuação, às fls. 120/222 dos autos, onde diz constar o valor do ICMS substituição retido. Salienta que faz a remessa para industrialização e recebe o produto acabado com a retenção do ICMS, o que diz perfazer que suas saídas subsequentes não sofrem tributação por conta do mecanismo da substituição tributária.

A autuante, na informação fiscal, com relação ao produto “BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12X1 – NCM 2202.1000” descrito como bebida mista de frutas registrado no Ministério da Agricultura, consigna que não está sujeito à substituição tributária, tendo o defendente se creditado das aquisições do mesmo através das NFe nº 4905, 4908, 4910, 4914, 4917, 4919, 4921, conforme consta da sua EFD. Por sua vez, com relação aos produtos “COQUETEL MARAVILHA DE 1500ML 6/1 E 750ML 12/1 – NCM 2206.0090”; “COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE 750ML 12/1 – NCM 2206.0090” e “VINHO TINTO SUAVE DOM BLACK 1L 12/1 – NCM 22040.1010”, são bebidas alcoólicas, vendidos a partir de 01/10/2016, quando foram retirados da substituição tributária pelo art. 4º inc. II do Decreto nº 16.987/16, tendo se creditado nas aquisições das citadas mercadorias conforme NFe nº 4910 a 4912, 4914, 4915, 4917 a 4922.

Vê-se das considerações da agente Fiscal, a afirmação de que as mercadorias motivadoras da presente autuação não estão sujeitas à substituição tributária, tendo o contribuinte adquirido as vezes com ICMS retido outras não, como assim se pode observar das notas fiscais colacionadas às fls. 120/222.

Da análise das documentações acostadas aos autos, observo que os produtos “BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12X1 – NCM 2202.1000”; “COQUETEL MARAVILHA DE 1500ML 6/1 E 750ML 12/1 – NCM 2206.0090”; “COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE 750ML 12/1 – NCM 2206.0090” e “VINHO TINTO

SUAVE DOM BLACK 1L 12/1 – NCM 22040.1010”, à época dos fatos geradores, que relaciona ao período de 16/09/16 a 29/12/16, observo que o produto “BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12X1 – NCM 2202.1000” não se encontra descrito no Anexo I da Lei 7.014/96, portanto fora do alcance da substituição tributária, bem assim os produtos “COQUETEL MARAVILHA DE 1500ML 6/1 E 750ML 12/1 – NCM 2206.0090”; “COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE 750ML 12/1 – NCM 2206.0090” e “VINHO TINTO SUAVE DOM BLACK 1L 12/1 – NCM 22040.1010”, por sua exclusão do instituto da substituição tributária pelo Decreto nº 16.987/16.

Nesse sentido, resta razão a autuante considerar como mercadorias tributadas esses produtos por suas saídas na forma posta na autuação, independentemente das suas aquisições terem sido efetuadas com a incidência da substituição, seja por equívoco, no caso do “BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12X1 – NCM 2202.1000”, ou seja, por que antes da vigência da alteração do Anexo I da Lei 7.014/96, promovida pelo Decreto nº 16.987/16, de fato as mercadorias estavam sob a égide da substituição tributária.

Situação como esta posta no presente PAF, relativamente ao equívoco da tributação por substituição em algumas das notas fiscais de entradas relativas ao produto “BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12X1 – NCM 2202.1000”, cabe à empresa recuperar tal cobrança indevida por abertura de processo, junto a sua unidade Fazendária, de restituição de indébito, ou em sua própria escrita fiscal; por sua vez, em relação ao imposto pago por substituição quando das entradas dos produtos COQUETEL MARAVILHA DE 1500ML 6/1 E 750ML 12/1 – NCM 2206.0090”; “COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE 750ML 12/1 – NCM 2206.0090” e “VINHO TINTO SUAVE DOM BLACK 1L 12/1 – NCM 22040.1010”, antes da mudança da situação tributária, a legislação orienta, quando da ocorrência de tal alteração da legislação, apropriar os créditos, antes pagos pelo instituto da substituição, na sua escrita fiscal normal, e não tratar as operações de saídas desses produtos como não tributável, vez que à época dos fatos geradores, os produtos não mais estavam acobertados pela substituição tributária.

Logo, vejo como subsistente a infração 2, devendo o sujeito passivo, identificando que tem créditos pagos indevidos ou pago por substituição tributária de mercadorias que antes estavam sob a égide de tal instituto e foi alterado para o instituto do crédito tributário de operação normal, efetuar a apropriação do crédito na sua conta corrente, observando o prazo decadencial de seu uso na forma estabelecida pela legislação. Infração 2 subsistente.

As infrações 4 e 5 dizem respeito à falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias no exercício de 2016, através do roteiro de levantamento quantitativo de estoque, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada.

A infração 4 se relaciona à cobrança do ICMS no valor de R\$16.029,54 com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recurso provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, conforme demonstrativo de fls. 29/69, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 98, com enquadramento nos artigos 4º, § 4º, inciso IV; art. 23-A, inciso II, da Lei 7.014/96, c/c os art. 13, inc. II, da Portaria 445/98.

Por sua vez a infração se 5 relaciona à antecipação tributária do ICMS no valor de R\$15.416,45, decorrente das operações objeto da infração 4, relativo ao produto “ENERGY DRINK 3 G” na forma do demonstrativo à fl. 31 dos autos, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, no ano de 2016, com enquadramento no artigo 6º, inciso IV; art. 23, inciso II da Lei 7.014/96, c/c art. 217 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e art. 10, inc. I, alínea “b” da Portaria 445/98.

Em sede de defesa às fls. 116/117, o sujeito passivo registra querer uma análise do levantamento por conta de um problema técnico que deu no sistema/aplicativo do remetente de algumas das mercadorias, objeto da autuação, a “EMPRESA FERRA FERREIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS- EIRELI-EPP”, que não teve condições operacionais de emitir algumas notas fiscais de forma tempestiva. Diz que a mercadoria foi efetivamente entregue na competência 12/2016, portanto, como o estoque é fechado a cada 31/12 de cada ano, o SPED caracterizou um “FURO” do estoque, gerando assim está infração.

Conforme prova material das notas fiscais a qual deveriam ter sido emitidas em 12/2016, mas por conta da instabilidade operacional do aplicativo, anexou as referidas notas emitidas em 01/2017, a qual imputando estes itens de mercadorias diz tornar evidente que não houve a referida omissão da auditoria do estoque em exercício fechado, tornando-se assim insubsistente a infração 4 na sua totalidade. Diz que a consequência da infração 5, advém do problema operacional da emissão das notas já descrito anteriormente no teor da infração 4, o que após análise e confronto das notas emitidas em 01/2017, torna-se também insubsistente.

Na informação fiscal, às fls. 244/256 dos autos, a autuante assinala que o contribuinte confessa a existência de diferenças no estoque, sob o argumento de falha de sistema do remetente das mercadorias, e que as referidas

notas foram emitidas após o encerramento do exercício, deixando de emitir as notas fiscais em 12/2016, tendo sido as mercadorias entregues, anexando cópias das notas fiscais nº 4923 e 4924, emitidas pela empresa FERRARI FERREIRA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS EIRELI, em 23/01/2017 e 01/02/2017.

Tal argumento diz a autuante que não procede, pois as citadas notas fiscais emitidas em 23/01/2017 e 01/02/2017 respectivamente, não é possível considerar como entradas no estabelecimento da defendente em 2016. São notas fiscais emitidas após o encerramento do exercício, não devendo prosperar tais argumentos.

Salienta, também, que a autuada declarou em sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) não possuir estoque nos inventários de 31/12/2015 e 31/12/2016, conforme EFD de fevereiro/2015 e 2016. Destaca, também, que considerou no levantamento como entradas, as mercadorias constantes das notas fiscais nº 4909, 8905 e 441019 que não estão escrituradas na EFD (Livro Registro de Entradas), conforme demonstrativo das notas fiscais não lançadas anexo VI e VII (fls. 76 a 81) do PAF.

Voltando aos autos às fls. 268/269, o sujeito passivo, ao apresentar suas contrarrazões à informação fiscal de fls. 244/256, nada trouxe aos autos de fato novo relacionado aos termos postos, em sede de manifestação de defesa, para as infrações 4 e 5, objeto em análise.

Da análise dos autos, não vejo como não dar razão aos termos da acusação da agente Fiscal para as infrações 4 e 5, que, ao constituir os lançamentos fiscais através do roteiro de auditoria por levantamento quantitativo de estoque, amparada pela Portaria SEFAZ nº 445/98, cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Neste sentido, o que se observa do levantamento é a arguição do defendente de que teria recebido mercadorias no ano de 2016 em que o levantamento fiscal não teria considerado. Sobre a falta de registro de tais mercadorias no levantamento quantitativo não há controvérsia entre as partes; entretanto, a emissão dessas notas fiscais, que é o elemento probante para justificar seu registro no livro fiscal da empresa veio a ocorrer nas datas de 23/01/2017 e 01/02/2017, quando efetivamente sensibilizou o estoque da defendente, vez que esta não trouxe aos autos qualquer elemento probante de que as mercadorias abarcadas por tais documentos fiscais entraram no seu estabelecimento no ano de 2016.

Outra ocorrência de movimentação de estoque da defendente que tem uma relação direta com a apuração de diferenças apontadas no levantamento quantitativo objeto da autuação são as entradas das mercadorias constantes das notas fiscais nº 4909, 8905 e 441019, que não foram escrituradas no livro Registro de Entradas do sujeito passivo no ano de 2016, tendo sido objeto de lançamento, no levantamento quantitativo de estoque, objeto da autuação, pela agente Fiscal.

Em sendo assim, vejo restar procedente o pedido da agente Fiscal na manutenção dos lançamentos fiscais, relativos às infrações 4 e 5, vez que as inconsistências apontadas em sede de informação fiscal, na movimentação de mercadorias, relativa ao exercício de 2016, de fato recai na falta de registro de entrada no estabelecimento da defendente, promovendo a falta de recolhimento do ICMS por presunção ao deixar de contabilizar tais entradas. Infrações 4 e 5 subsistentes.

A infração 6 diz respeito a multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 70/72 que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 98. Lançada multa no montante de R\$4.024,44, com enquadramento no Artigo 12-A.

Em sede de defesa o sujeito passivo registra que nesta infração o valor de R\$345,53 do período de apuração 31/10/2016, trata-se de crédito fiscal de empresa do simples nacional; o valor de R\$599,41 de 30/11/2016, trata-se de crédito fiscal de empresa do simples nacional, créditos estes que não foram apropriados na apuração fiscal, porém o valor de R\$3.079,49 foi cobrado através de notificação fiscal nº 232324.0014/17-0, na forma dos documentos acostados às fls. 235/241 dos autos.

A autuante, em sede de informação fiscal às 253/254, diz que, após análise da documentação acostada ao processo pela autuada, informa que, quanto à afirmativa de que o valor de R\$3.079,49 já foi cobrado através de notificação fiscal nº 232324.0014/17-0, não procede, pois a referida notificação anexa à fl. 236 do PAF lavrada em 03/03/2017 refere-se à NFe nº 9.230 emitida em 09/02/2017, anexa à fl. 238, como também o DAE anexo fl. 240.

Todavia, retifica o lançamento fiscal com a redução do valor do débito, pela inclusão dos créditos fiscais de empresas do Simples Nacional para efeito de cálculo da antecipação parcial, sendo em 31/10/2016 de R\$345,53 para R\$93,49 e em 31/12/2016 de R\$3.079,49 para R\$2.952,03. Relativamente à data de ocorrência de 30/11/2016, manteve o valor de R\$599,41 nos termos da autuação original.

Às fls. 268/269, o sujeito passivo traz aos autos contrarrazões à informação fiscal de fls. 244/256, entretanto não apresenta qualquer fato novo aos argumentos de sua defesa em relação à Infração 6. Em sendo assim, não vendo nada que desabone a alteração dos valores lançados pela agente Fiscal, vejo restar procedente a infração 6 nos valores remanescentes, conforme demonstrativo de débito a seguir destacado:

Data de Ocorr	Data Vcto	Valor Histórico
31/10/2016	25/11/2016	93,49
30/11/2016	25/12/2016	599,41
31/12/2016	25/01/2017	2.952,03
Total da Infração 6		3.644,93

A infração 9 diz respeito a ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais, apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), com divergência dos Livros de Inventário no ano de 2016. Lançada multa no valor de R\$560,00, com enquadramento no art. 255, §1º, inc. I do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no artigo 42, inciso XVIII, alínea “c” da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo não nega o cometimento da autuação, apenas consigna que requer a redução ou cancelamento desta penalidade uma vez que tais divergências não implicaram em dolo, má fé ou simulação que implicasse na falta do recolhimento do imposto.

Sobre o pedido de atenuar penas por multas aplicadas em Auto de Infração, com fundamento no art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, constitui uma faculdade subjetiva do órgão julgador, não estando obrigado a acolher o pedido, ainda que presentes os pressupostos exigidos, nem tampouco a expressar os motivos pelos quais não o fizera. Neste sentido voto pelo não acatamento do pedido de redução ou cancelamento da penalidade posta na autuação, que é a devida para a infração cometida na forma do artigo 42, inciso XVIII, alínea “c” da Lei 7.014/96.

Ressalto, entretanto, que se o autuado optar pelo pagamento da multa ora mantida, mais especificamente a infração 9, poderá usufruir do benefício do programa Acordo Legal Concilia Bahia, aprovado pela Lei Estadual nº 14.016, de 24/10/2018, publicada no DOE de 29/10/2018, que, ao aderir às suas prerrogativas, poderá obter redução de até 90% da multa aplicada.

Interpõe Recurso Voluntário, o contribuinte, às fls. 310 a 313, quando inicialmente descreve os fatos da autuação, e passa a arguir a nulidade pela ausência de pressupostos essenciais do ato administrativo, suspensão da exigibilidade do crédito tributária, e revisão do lançamento em relação às infrações 1, 2, 4, 5, 6 e 9.

INFRAÇÃO 1 – pede pela improcedência alegando que a empresa utilizou os créditos fiscais constantes no DANFE de entrada, conforme comprova seus arquivos do SPED onde as referidas notas eletrônicas ratificam o crédito utilizado. Afirma que anexou as provas materiais as quais não foram confrontadas pelo relator em cotejo aos demonstrativos e também na verificação do NCM do produto a qual codifica a tributação, motivo qual deverá ser anulada esta infração.

INFRAÇÃO 2 – também diz ser insubsistente pelo motivo de que todas as saídas apuradas pela fiscalização foram adquiridas por substituição tributária, a qual teve o ICMS retido e recolhido pelo remetente das mercadorias que foi a empresa FERRARI FERREIRA INDUSTRIA DE ALIMENTOS - EIRELI-EPP, conforme PROVA MATERIAL as notas fiscais de aquisição destes produtos, onde consta o valor do ICMS substituição devidamente retido, conforme ITEM 1 anexo, a qual estão colacionadas todas as notas fiscais que originaram estas saídas, ainda que salienta que fez remessa para industrialização e recebeu o produto acabado com a retenção do ICMS, o que perfaz que nossas saídas subsequentes não sofrem tributação por conta da ST. Salienta que as mercadorias que estão na ST, tiveram antecipadamente o ICMS retido pelo emitente, e que nos demonstrativos elaborados pela A.F. deixou de imputar estes créditos mantendo-se de forma equivocada o valor cobrado.

INFRAÇÃO 4 – requer análise por conta de um problema técnico que deu no sistema/aplicativo do remetente das mercadorias a Empresa FERRARI FERREIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS-EIRELI-EPP, que não teve condições operacionais de emitir as notas fiscais/DANFES, tempestivamente, mas a mercadoria foi efetivamente entregue na competência 12/2016, portanto como o estoque é fechado a cada 31/12 de cada ano o SPED caracterizou um FURO do estoque gerando assim esta infração, conforme PROVA MATERIAL das notas fiscais a qual deveriam ter sido emitidas em 12/2016, mas por conta da instabilidade operacional do aplicativo, anexamos as referidas notas emitidas em 01/2017 a qual imputando-se estes itens de mercadorias tornar-se evidente que não houve a referida omissão da auditoria do estoque em exercício fechado tornando-se assim insubsistente a infração 04 na sua totalidade. Ressalta que problemas técnicos até a própria SEFAZ na emissão de seus documentos eletrônicos passam por estas dificuldades como o que relatamos abaixo:

1— Nova Fiscal não encontrada no Banco de dados da SEFAZ

Quando o cliente solicita a emissão da Nota Fiscal, a preparado o XML, assinado digitalmente e o mesmo a enviado para a SEFAZ com a solicitação de Emissão de Nota Fiscal, porém, a SEFAZ retorna com a mensagem Lote em Processamento, devido ao grande volume de solicitações realizadas aos servidores da mesma. Nesse momento, o serviço de Emissão de Note Fiscal da Inform Sistemas realize uma Consulta de Autenticidade com o objetivo de verificar se os servidores estarão aptos a responder. Algumas vezes a retornado o status da solicitação, per exemplo: Note Autorizada, Denegada e outras situações, no entente, algumas vezes é retornada a mensagem Nota Fiscal não encontrada no banco de dados da SEFAZ.

INFRAÇÃO 5 – fala que esta imputação advém do mesmo problema que a infração 4, fato já descrito. Pede análise e confronto das notas fiscais emitidas em 01/2017, no qual se verificar ser insubsistente a autuação.

INFRAÇÃO 6 – destaca que o valor de R\$ 345,53 do período de apuração 31/10/2016, trata-se de crédito fiscal de empresa do simples nacional; a infração de R\$ 599,41 de 30/11/2016, trata-se de crédito fiscal de empresa do simples nacional, créditos estes que não foram apropriados na apuração fiscal, porem o valor de R\$ 3.079,49 foi cobrado através de Notificação Fiscal nº 232324.0014/17-0, conforme DAE de antecipação parcial anexo e pagamento no valor de R\$ 1.998,00, em que a empresa na data desta defesa possui este PAF em processo de recurso/defesa ainda não julgado, tornando-se assim totalmente improcedente esta infração conforme prova material no ITEM 5 anexo na defesa inicial; Recebemos o resultado do julgamento em 11/04/2019, com a informação dos benefícios do CONCILIA BAHIA da Lei Estadual nº 14.016, não haveria como aproveitar destes benefícios visto que a última sessão do julgamento deste Auto de Infração foi em 05/12/2018, portanto é inaceitável estas considerações devendo ser reconsiderado as alegações do contribuinte.

INFRAÇÃO 9 - requer a redução ou cancelamento destas penalidades uma vez que tais divergências não implicaram em dolo, má fé ou simulação que implicasse na falta do recolhimento do imposto conforme capítulo das multas do RICMS-BA. Disse que recebeu o resultado do julgamento em 11/04/2019, com a informação dos benefícios do CONCILIA BAHIA da Lei Estadual nº 14.016, no haveria como aproveitar destes benefícios visto que a última sessão do julgamento deste Auto de Infração foi em 05/12/2018, portanto e inaceitável estas considerações devendo ser reconsiderado as alegações do contribuinte.

Finaliza requerendo que:

- Suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário, e seus regulares efeitos, especialmente pela impossibilidade de inclusão do nome IMPUGNANTE e de seus associados em cadastro de devedores ou similar;
- Nulidade face a ausência de pressupostos objetivos essenciais do ato administrativo;
- Envio de correspondência ao atual endereço comercial do sócio na Rua Alceu Amoroso Lima, nº 314 – Sala 308 - Edf. Antares Empresarial - Bairro Caminho das Arvores CEP 41820-770 - Salvador - Ba.
- A insubsistência e improcedência parcial da ação recursal.

VOTO

Pede o Recorrente, inicialmente, pela nulidade do processo em virtude de ausência dos pressupostos exigidos ao lançamento de ofício, sem sequer citar nominalmente os pressupostos não atendidos, havendo uma forma vaga de arguição de nulidade; não constato violações ao devido processo legal, ou ausência de requisitos essenciais ao lançamento, visto haver as descrições das infrações e as provas anexadas, com a mais ampla defesa do lançamento, e inclusive acolhimento parcial em primeira instância, com julgamento pela procedência parcial. Rejeito a preliminar de nulidade.

Quanto à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, é uma decorrência natural do disposto no CTN, art. 151, enquanto o processo estiver pendente de julgamento administrativo. Passo então

à análise das razões recursivas.

Na infração 1, lançada por uso indevido de crédito fiscal, o Recorrente pede pela improcedência alegando que a empresa utilizou os créditos fiscais constantes nos DANFE de entrada, conforme comprova seus arquivos do SPED, onde as referidas notas eletrônicas ratificariam o crédito utilizado.

Afirma o Recorrente, que anexou as provas materiais as quais não foram confrontadas pelo relator em cotejo aos demonstrativos, e também na verificação da NCM do produto, que codifica a tributação, motivo qual deveria ser anulada esta infração.

Esta infração foi mantida integralmente no julgamento recorrido. O demonstrativo está às fls. 13/14, onde se verifica que é composto de mercadorias como vinho tinto, e energy drinks, e o lançamento ocorreu de setembro a dezembro de 2016.

Assim posto, conforme documento anexado pela defesa, por exemplo, à fl. 120, consta DANFE 004.924 com aquisição de vinho tinto suave dom black, que comprova a NCM 2204.1090, e o energy drink NCM 2202.9000, exatamente conforme atestado pelo autuante em sua informação fiscal. Vejamos o que diz parte do Decreto abaixo transcrito:

DECRETO Nº 16.987 DE 24 DE AGOSTO DE 2016 (Publicado no Diário Oficial de 25/08/2016) (Republicado no Diário Oficial de 26/08/2016) Altera o Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, e dá outras providências.

Art. 4º Ficam revogadas as disposições em contrário e, em especial, os seguintes dispositivos do Regulamento do ICMS, Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012:

I - o inciso XXXVII do caput do art. 268;

II - o item 2 do Anexo I.

Art. 5º Este Decreto entra em vigor dia 01.10.2016.

Fazendo uma consulta do item 2, do anexo I do RICMS/2012, não resta nenhuma dúvida que o vinho, do grupo 2204, ficaram fora da substituição tributária, com efeitos a partir de 01.10.2016, e a Nota Fiscal nº 4881, a única de setembro de 2016, onde consta vinho, álcool etílico, concentrado de uva mista, energy drinks, que estavam sob regime de substituição tributária, não poderiam ter créditos fiscais utilizados pelo Recorrente.

Como o decreto é do mês de agosto, de 2016, mas com efeitos a partir de outubro, houve provável erro referente apenas a esta nota, de setembro, quando o vinho ainda estava na substituição tributária. Nos meses subsequentes não aparece mais tal mercadoria, exatamente porque estava no regime normal, com direito ao crédito.

Com relação aos meses subsequentes, sequer é possível entender que tenha sido devido a erro de entendimento, já que se trata de produtos que não estavam no item 2 do Anexo I e não teve o regime de substituição revogado. Contudo, nos termos do próprio Código Tributário Nacional, art. 136, a infração à legislação tributária independe da intenção do agente.

O álcool etílico NCM 2207 está no item 6.1 do Anexo I, com efeito até 04.11.2016, e a Nota Fiscal nº 4881 é de setembro de 2016, portanto estava também na substituição tributária. A bebida mista de uva, cuja NCM também é 2202 e é a mesma do energy drinks, que consta nos itens 3.7 e 3.8 do Anexo I, com efeitos a partir de 01.06.2016 e, portanto, está na substituição tributária e dentro do período lançado, de setembro a dezembro de 2016.

De acordo com o Art. 8º do RICMS, II, são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

E pelo art. 9º: *Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.*

Assim, não acolho a pretensão do Recorrente e mantenho a decisão recorrida. Infração 1

procedente.

A infração 2, em razão de haver praticado operações tributáveis como não tributáveis também foi mantida integralmente procedente. O demonstrativo está às fls. 15/15, constituído de BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO (NCM 2202.10.00), COQUETEL MARAVILHA, COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE (NCM 2208.90.00), VINHO TINTO SUAVE, NCM 2204.10.10, que de outubro a dezembro de 2016, conforme já averiguado na primeira infração, são mercadorias que no período autuado, seguramente não estavam na substituição tributária, a partir de outubro de 2016, cuja apropriação de créditos era indevida.

Neste caso, foi o inverso do entendimento da primeira, pois o contribuinte deu tratamento como se estivessem na substituição tributária e não estavam. O Recorrente aponta que estavam na substituição tributária e que há retenção do imposto no item 1 anexo, com destaque do imposto por substituição nas notas. Contudo, não é o que constato ao examinar.

No DANFE nº 4.890, fl. 125/29, não há ICMS retido por substituição. Embora o voto recorrido tenha até apontado alguns casos em que a mercadoria foi adquirida por ST, não cabe a exclusão, por erro, visto que no exemplo da Nota Fiscal nº 4.889, o remetente embora tenha feito a substituição tributária, não poderia fazê-lo, pois as mercadorias estavam com tributação normal.

Como citado anteriormente, a NCM 22089090, também consta do item 2 do Anexo I, revogado com efeitos a partir de 01.10.2016 pelo Decreto nº 16987, de 24.08.2016. Também a mercadoria BEB BAIXA CALORIA, a NCM não é encontrada no Anexo I, estando fora da substituição, razão porque mantenho integralmente a infração 2.

A infração 3 não consta deste Recurso, e assim, passo à infração 4, que trata da omissão de entrada de mercadorias, com presunção legal de que ao deixar de contabilizar as entradas, o contribuinte efetuou pagamento dessas entradas com recursos provenientes de saídas realizadas anteriormente e não contabilizadas.

No caso, a autuante diz que se baseou na falta de registros das Notas Fiscais nºs 4909, 8905 e 441019 não escrituradas na EFD e considerou estoque final zero, visto não haver inventário registrado no período. O demonstrativo de fls. 30/31, demonstra as omissões de entradas de diversas mercadorias, entre as quais vinho, energy drinks, bebida mista e coquetel maravilha.

No recurso, pede análise por conta de problema técnico que deu no sistema/aplicativo do remetente das mercadorias a Empresa Ferreira Industria e Comercio de Alimentos- EIRELI-EPP, que não teve condições operacionais de emitir as notas fiscais/DANFES, tempestivamente, mas a mercadoria foi efetivamente entregue na competência 12/2016, portanto como o estoque é fechado a cada 31/12 de cada ano o SPED caracterizou um FURO do estoque gerando assim esta infração.

Que conforme PROVA MATERIAL das notas fiscais a qual deveriam ter sido emitidas em 12/2016, mas por conta da instabilidade operacional do aplicativo, anexou as referidas notas emitidas em 01/2017 a qual imputando-se estes itens de mercadorias, tornaria evidente que não houve a referida omissão da auditoria do estoque em exercício fechado, sendo assim insubsistente a infração 04 na sua totalidade. Ressalta que problemas técnicos até a própria SEFAZ na emissão de seus documentos eletrônicos passam por estas dificuldades como o que relatamos.

Observo, que o Recorrente traz novas notas fiscais de entrada em janeiro de 2017, sem trazer quaisquer explicações para a falta de registro das notas encontradas e apontadas pela autuante como não registradas, de números 4909, 8905, 441019, que resultaram nas omissões de entrada.

Não há como se justificar as entradas em exercício posterior, com outras notas, e diga-se, sequer foi correlacionada a quantidade de mercadorias apontadas nas omissões de entrada em 2016 com as quantidades entradas por meio de outros documentos fiscais em 2017.

O Recorrente tenta justificar as entradas sem documentação por conta de erro no fornecedor, quando em verdade, o lançamento trata de mercadorias cujas notas fiscais foram emitidas pelo fornecedor, contudo, sem registros destas entradas na escrita fiscal do autuado. Mantida a decisão recorrida. Infração 4 procedente.

A infração 5 também decorre de omissões de entrada, com a mesma explicação e defesa repetida quanto à infração 4, e assim, mantenho também a procedência deste item.

A infração 6, decorre de multa por antecipação parcial não paga tempestivamente, porém com saídas tributadas normalmente. Foi julgada parcialmente procedente, por reconhecimento da autuante que parte do lançamento foi mesmo equivocado.

Em seu recurso, o contribuinte repete os mesmos argumentos da defesa inicial, fls. 117, notadamente a de que o valor de R\$3.079,49 havia sido cobrado anteriormente na Notificação Fiscal nº 232324.0014/17-0, anexada à fl. 236, referente à Nota Fiscal nº 9.230, de fevereiro de 2017, também anexada ao PAF.

Conforme se verifica no demonstrativo da autuante, o valor de R\$3.079,49 decorre das Notas Fiscais nºs 7667, 248796, 38261 e 2650 de dezembro de 2016 e não tem correlação com a notificação fiscal apresentada na defesa, que se refere ao DANFE número 9.230 que não guarda qualquer correlação com os documentos que implicam nos fatos geradores desta infração. Mantida a procedência parcial da infração 6.

Os itens 7 e 8 não fazem parte do Recurso Voluntário.

O item 9, trata de multa por falta de descumprimento de obrigação acessória e o Recorrente pede cancelamento ou redução, contudo é preciso esclarecer que sequer há competência deste Conselho para redução ou cancelamento de multas, conforme a legislação vigente. Mantida a infração 9.

Quanto ao envio de correspondência ao atual endereço comercial do sócio na Rua Alceu Amoroso Lima, nº 314 – Sala 308 - Edif. Antares Empresarial - Bairro Caminho das Arvores CEP 41820-770 - Salvador – Ba, nada impede que a Administração assim proceda, contudo, pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, art. 109, considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente;

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **206881.0018/17-9**, lavrado contra **GABRIEL SCHIOCHET - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$105.691,21**, acrescido das multas de 60% sobre R\$89.661,67 e 100% sobre R\$16.029,54, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$836,36** e multa percentual no valor de **R\$3.644,93**, previstas nos incisos IX, XI e XVIII, “c” do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS