

**A. I. N°** - 269369.0009/19-3  
**AUTUADO** - COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS ALBERTO FISCHBORN  
**ORIGEM** - INFAZ EXTREMO SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 31/07/2020

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0069-03/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de uso e consumo. **b)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito ficou reduzido. **c)** UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração não impugnada. **d)** ESTORNO DE CRÉDITO NÃO EFETUADO. MERCADORIAS DETERIORADAS. Infração comprovada de acordo com o levantamento fiscal. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Revisão efetuada pelo autuante constatou que não há imposto a ser recolhido. Infração insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/2019, refere-se à exigência de R\$42.599,21 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de maio a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$16.731,23.

Infração 02 – 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de maio a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$15.056,09.

Infração 03 – 01.02.40: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de maio a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$604,92.

Infração 04 – 01.05.10: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e posteriormente deterioradas, nos meses de maio a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$6.417,13.

Infração 05 – 02.01.01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$3.789,84.

O autuado apresentou impugnação às fls. 89 a 105 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, e diz que após ser lavrado o auto de infração, o autuante produz documentos complementares para subsidiar a sua atuação, tais como: planilhas de cálculo que lhe imputam obrigação tributária referente à diferença de alíquotas e bases de cálculo, cuja apresentação se faz imprescindível para fundamentação da sua impugnação ao auto de infração lavrado.

Diz que a autuação fiscal ocorreu em 27/06/2019, mas não pôde ter acesso ao processo porque o setor de fiscalização ainda não remeteu os documentos para a unidade responsável pela apuração, antes que transcorresse o prazo para a defesa. A reclamação tributária refere-se à falta de recolhimento do ICMS-ST, e não foram anexados aos autos os documentos fiscais relativos às planilhas de cálculo.

Reproduz o art. 39 do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99 e decisão do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, e afirma que restou comprovado que faltam os elementos essenciais contidos nas alíneas “b” e “c”, do inciso IV, do art. 39 do RPAF, e os documentos comprobatórios das infrações, caracterizando o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e a consequente nulidade do auto de infração.

Pugna pelo acolhimento da preliminar, para que seja reaberto o prazo para a apresentação da defesa, sob pena de se inquirar de nulidade o presente processo, pela inobservância do princípio constitucional do devido processo legal.

No mérito, quanto à infração 01, alega que houve equívoco no enquadramento de certas mercadorias adquiridas para revenda, tais como potes (NCM 39241000) e filme PVC (NCM 39112000), que foram caracterizados como material para uso e consumo do estabelecimento, quando efetivamente eram simples mercadorias destinadas à revenda.

Afirma restar evidente o erro de interpretação fiscal, ao considerar referidas mercadorias como embalagens, cujo créditos seriam limitados por força dos art. 309 e 312 do RICMS.

Neste sentido, menciona decisões de tribunais administrativos de Minas Gerais e de Pernambuco. Diz que o autuante apenas se limitou a afirmar que os produtos foram destinados para consumo final, sem justificar a adoção do entendimento, o que, por si só, macula de nulidade o lançamento fiscal.

Ressalta que se pode observar, a partir da planilha que anexou aos autos, que a maioria das entradas estão como CFOP de compras para revenda (CFOP 2102) e outras para o imobilizado (CFOP 2551). Diz que há interpretação equivocada pelo autuante, o que deve ser corrigido, uma vez que apurou e recolheu corretamente o ICMS em todas as operações.

Afirma que deve ser considerado insubsistente a infração, corrigindo o valor lançado, conforme “Planilha Infração 01” anexa à impugnação em CD, apurando débito no valor de R\$ 30,26 (trinta reais e vinte e seis centavos).

Infração 02: Alega que razão não assiste ao autuante no que tange à maioria dos créditos considerados indevidos, como demonstra planilha anexa à mídia digital.

Cita como exemplos, os itens Achoc Ovomaltine Choc Flocos 190g e Achoc Ovomaltine Choc Flocos 600g (NCM 19019090), alegando que não estão sujeitos à substituição tributária, mas ao regime normal de apuração do imposto.

Também alega que o Fettucine Perdigão c/ Peru e Broc 350g (NCM 19023000) e o Doce Merengue/Susp Trad Guimaraes 120g (NCM 19059090) são produtos tributados integralmente, não constando seus códigos de NCM no anexo da Substituição Tributária.

Diz que os achocolatados foram arrolados no auto de infração como produtos sujeitos à substituição tributária. No item 11 do Anexo único da ST não consta “achocolatado”, apenas “Chocolate em barras, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não”, códigos 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1.

Afirma não ser incomum a ocorrência de imputações equivocadas neste sentido. Este próprio Conselho já revisou inúmeros lançamentos de ofício, conforme decisões que citou, reproduzindo as ementas.

Para não estender em demasia o texto, informa que anexa à impugnação, mídia digital contendo arquivo planilha Excel (XML) denominado “Defesa Auto Cambuí Coroa 2693690009.19-3”, cujas

subplanilhas “defesa auto infração” e “infração 02” discriminam um a um os itens sobre os quais o crédito é devido ou indevido.

Diz que ao final da referida planilha, apurou o crédito indevido muito inferior ao apurado pelo auditor, resultando no imposto a recolher de R\$ 1.198,01 (mil cento e noventa e oito reais e um centavo), que o impugnante reconhece ser devedor.

Infração 03: O defendente informa que reconhece ser devido o valor apurado, totalizando R\$ 604,92 (seiscentos e quatro reais e noventa e dois centavos).

Infração 04: Diz que se trata das mercadorias baixadas em estoque com o CFOP 5.927, código fiscal referente a lançamentos efetuados decorrentes de perda, roubo ou deterioração. Trata-se de praxe até habitual em supermercados que contam com produtos com data de vencimento, sujeitos a deterioração e que devem ser retirados das prateleiras para preservação da saúde do consumidor.

Afirma que a este respeito há previsão no RICMS/BA, art. 293. Sobre a forma de contabilização, alega que a SEFAZ/PB decidiu a este respeito, consagrando a utilização do CFOP 5.927. E mais, a baixa de estoque por deterioração, furto ou perda não implicam incidência de ICMS. Entende que a conclusão é óbvia, eis que não há circulação de mercadoria. Qualquer das três ocorrências não representam acréscimo patrimonial do contribuinte. Ao revés disso, é prejuízo. Exigir tributo de tais ocorrências é ilógico, ilegal, injusto e mesmo insano. É o que já decidiu a SEFAZ do Tocantins.

Entende restar claro que o registro de baixa no estoque foi reconhecido pela fiscalização. Contudo, o auditor afirmou que o crédito de ICMS referente às mercadorias baixadas de estoque por deterioração não haviam sido estornados. Diz que razão não lhe assiste na maioria das imputações, conforme se pode verificar na “Planilha Infração 04” do arquivo planilha Excel (XML) denominado “Defesa Auto Cambuí Coroa 2693690009.19-3”, anexado ao CD apenso à impugnação, ficando comprovado que os estornos foram devidamente realizados. Somente o valor de R\$ 8,42, da competência de maio de 2018 não foi estornado, sendo devido apenas este valor.

Infração 05: Alega que a auditoria apontou falta de recolhimento de ICMS das competências de outubro, novembro e dezembro de 2018. Entretanto, os valores apontados foram devidamente pagos.

Afirma que exigir novamente do contribuinte seria demandar pagamento em duplicidade do imposto, gerando enriquecimento ilícito do Estado, rechaçado por nosso ordenamento jurídico. Diz que há que ser considerado improcedente o lançamento, *in totum*.

Quanto à multa aplicada, no percentual de 60%, alega que se for comprovado que a base de cálculo eleita pelo autuante é a correta, não há como se penalizar o contribuinte pela legislação mal formulada.

Diz que as penalidades aplicadas ao caso, considerando a circunstância da má redação do artigo que determina a redução da base de cálculo, devem ser interpretadas de forma mais benigna ao contribuinte. O art. 112 do CTN preconiza a aplicação na seara do Direito Tributário de um preceito tipicamente penal (*in dubio pro reo*), que se pauta na “presunção de inocência”.

Diz que o postulado ganha o nome de “retroatividade benigna ou benéfica”, referindo-se à “dúvida” – nunca “ignorância ou desconhecimento” – quanto à lei, ao fato, ou ao seu autor, cabendo a interpretação mais favorável.

Entende que na eventualidade de os textos legais não serem claros e incontroversos sobre a interpretação da lei punitiva, o aplicador (fiscal ou juiz) deve preferir a posição mais favorável ao contribuinte. É o que define o artigo 112 do Código Tributário Nacional.

Alega que diante da mínima dúvida sobre as hipóteses citadas no artigo, não se deve aplicar a sanção, ou seria recomendável a utilização da coerção mais branda possível. A interpretação mais

favorável só deve ser aplicada quando se tratar de norma punitiva, devendo ser afastada quando tratar-se de outros tipos de normas.

Afirma que não se deve aplicar multa alguma ao contribuinte por supostamente deixar de recolher o tributo corretamente, uma vez que a interpretação do artigo que reduz a base de cálculo, como sustentado acima é, no mínimo, dúbia.

Ou, ainda, há que se aplicar o valor mínimo de 20% de multa por recolhimento em atraso, em razão do contexto apresentado. O certo é que não se deve aplicar o percentual de 60% que se demonstra deveras excessivo.

Alega, ainda, que neste caso, evidente se faz que se tenha a perícia Fiscal diante dos elementos probantes inseridos nos autos para o evidente conhecimento dos verdadeiros fatos, e não apenas julgar sob a ótica dos fatos apurados pelo autuante, pois, conforme planilha anexa, essa matéria está devidamente rebatida pela impugnação.

Diz que a perícia contábil se mostra imprescindível pois, se pretende demonstrar a inexistência das infrações, pelo quanto já informado acima, mormente após a retransmissão dos livros fiscais que não foram apreciados pelo auditor. Assim, protesta, desde já, pela produção de prova pericial ou de diligência fiscal, nos moldes do que preconizam os artigos 123 e 145 do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/1999, juntando, para tanto, os quesitos em anexo, e indicando como assistente técnico, CARLOS AUGUSTO PEREIRA DE SOUZA, contabilista, inscrito no CPF sob o nº 927.084.205-34 e no CRC/BA sob o nº 22.146, com endereço profissional na Avenida Demétrio Couto Guerrieri, nº 317, Centro, Eunápolis (BA), CEP 45.820-095.

Por fim, o defendente requer:

- a) que se declare a inaplicabilidade da multa de 60% para o caso de mero inadimplemento, reduzindo-a ao percentual de 20%;
- b) que seja realizada revisão do lançamento da Infração nº 01, para ajustá-la ao valor devido de R\$ 30,26 (trinta reais e vinte e seis centavos);
- c) revisão do lançamento da Infração nº 02 do Auto, para ajustá-la ao valor devido de R\$ 1.198,01 (mil cento e noventa e oito reais e um centavo);
- d) reconhecimento e expedição de guia de pagamento, com os devidos descontos legais referentes ao valor apurado na infração nº 03;
- e) revisão do lançamento da Infração nº 04 do Auto, para ajustá-la ao valor devido de R\$ 8,42 (oito reais e quarenta e dois centavos);
- f) que se reconheça a improcedência total da Infração nº 05;
- g) que se declare inexistente a sonegação, fraude ou conluio, face à inexistência de provas, e mesmo da descrição fática que permita à contribuinte exercer seu direito de defesa, constitucionalmente garantido;

Protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, em especial a pericial sobre a contabilidade da empresa.

O autuante presta informação fiscal às fls. 109 a 119 dos autos. Diz que o levantamento fiscal levou em consideração informações da própria empresa registradas na sua Escrituração Fiscal Digital (escrituração mensal) com relação ao registro 0200 dos produtos objeto desta autuação.

Reproduz o que determina a legislação, Convênio ICMS nº 143, de 15 de dezembro de 2006, acerca da instituição da Escrituração Fiscal Digital.

Esclarece que todos os itens objeto da autuação, foram informados pela empresa, em sua Escrituração Fiscal, como sendo itens de “material de uso e consumo”. Registro 0200 campo 7 da EFD.

Conclui que alguns produtos (itens), “potes plásticos” ou tipos de “filme PVC” possam até ser destinados a comercialização, mas não os “potes plásticos” e “filme pvc” identificados pelos “Código de Produto” relacionados na infração, que foram definidos pela própria empresa, no Registro 0200, campo 7, da sua Escrituração Fiscal Digital, como sendo de código 07 – Material de Uso e Consumo;

A título de exemplo, cita o produto de código 375039 Pote Plasutil Clic Rosca 900ml, registrado na EFD de maio de 2018 da empresa, ou seja, como 07 - Material de Uso e Consumo, no Campo 7.

Conclui que, levando em consideração que os produtos relacionados nesta infração foram classificados como de uso e consumo pela própria empresa, quando do registro de sua Escrituração Fiscal Digital, no campo 7 do registro 0200, pede a procedência desta Infração.

Infração 02: Informa que ao longo do ano de 2018, em algumas notas fiscais, com relação à aquisição de alguns produtos, foi utilizado indevidamente o crédito fiscal de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária por Antecipação, conforme quadro que elaborou.

Acata os argumentos da defesa, e diz que elaborou novo demonstrativo de débito com base no reconhecimento da empresa, conforme planilha à fl. 114, apurando o débito total de R\$ 1.198,01.

Infração 03: Diz que o defendente reconhece ser devida a infração, no valor de R\$ 604,92 (seiscentos e quatro reais e noventa e dois centavos).

Infração 04: Informa que ao longo de 2018, o Contribuinte emitiu várias NF-e e efetuou seu registro na EFD com o CFOP 5927 “lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração”, sem o devido destaque do ICMS, a título de estorno de crédito fiscal, conforme determina a Lei nº 7.014/96, no seu art. 30.

Informa que embora conste o Registro E111 a título de Estorno Crédito Perdas, conforme art. 312 do RICMS-BA, no Apuração de ICMS da empresa em Estorno de Créditos, os valores ali lançados são inferiores aos apurados pela auditoria.

Ressalta que a “Planilha Infração 04 do arquivo planilha Excel (XML) denominado Defesa Auto Cambuí Coroa 2693690009.19-3, anexado ao CD apenso a esta impugnação” não comprova que os estornos foram devidamente totalmente realizados. Diz que os estornos foram em valores inferiores aos devidos.

Infração 05: Informa que acata os argumentos da defesa. Não havendo valores a serem cobrados nesta infração.

Sobre os percentuais da multa aplicada (que estão previstos em lei) e sobre o pedido de perícia feito pela defesa, diz que não cabe opinar.

Sobre prazo de defesa, informa:

- a) Todos os demonstrativos do processo foram encaminhados para a empresa.
- b) No termo de Cientificação da lavratura do Auto de Infração acostado a este processo, e que foi encaminhado para o domicílio tributário da empresa consta expressamente: *“No prazo de 60 dias, a contar da data de ciência do Auto de Infração, poderá a empresa apresentar defesa, tendo, nesse período, seus representantes legais ou procuradores, direito de acesso a todo e qualquer documento constante no Auto de Infração, o qual, nesse período de 60 dias, ficará na Inspeção Fazendária do Extremo Sul, sito a Av Getúlio Vargas, 4085, na cidade de Teixeira de Freitas. Fica a empresa autuada intimada a recolher o débito reclamado, acrescido de acréscimos moratórios e multa, ou a apresentar defesa, no prazo de 60 dias a partir da data de ciência, sob pena de revelia”*.

Na informação fiscal, o autuante não refez os cálculos, apenas acatou as alegações defensivas quanto às infrações 02 e 05. Dessa forma, não houve necessidade de intimar o autuado para tomar conhecimento da mencionada informação fiscal, conforme previsto no § 7º do art. 127 do

RPAF/BA, tendo em vista que não foram aduzidos fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos pelo autuante.

## VOTO

O defendente alegou que o autuante produziu documentos complementares para subsidiar o presente Auto de Infração, tais como: as planilhas de cálculo que lhe imputam obrigação tributária referente à diferença de alíquotas e bases de cálculo, cuja apresentação se faz imprescindível para fundamentação da sua impugnação ao auto de infração lavrado. Disse que não pôde ter acesso ao processo, que o setor de fiscalização não remeteu os documentos para a unidade responsável pela apuração antes que transcorresse o prazo para a defesa. A reclamação tributária refere-se à falta de recolhimento do ICMS-ST, onde não foram anexados aos autos os documentos fiscais relativos às planilhas de cálculo.

Observo que de acordo com a “CIENTIFICAÇÃO DE LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO”, às fls. 96/97 do PAF, o autuado foi cientificado quanto à lavratura deste Auto de Infração via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, constando como datas de ciência e de leitura 27/06/2019, e a informação de que os anexos foram apensados ao referido comunicado. Após a lavratura do Auto de Infração, não consta que houve qualquer inclusão, pelo autuante, de novos demonstrativos ou planilhas.

Vale ressaltar que não assiste razão ao defendente, ao alegar ausência de planilhas de cálculo que lhe imputam obrigação tributária referente à diferença de alíquotas e falta de recolhimento do ICMS-ST, considerando que esses dois itens não constam no presente lançamento.

O presente Auto de Infração foi lavrado de forma regular; não se constatou motivo para se entender que houve cobrança em duplicidade; não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar nas planilhas acostadas aos autos, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o defendente tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em relação a todos os itens do Auto de Infração.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento, deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterà a identificação, o endereço e a qualificação do autuado. No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência e perícia, fica indeferido o pedido, com base no art. 147, incisos I e II do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide, e não depende de conhecimento especial de técnicos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência e perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de maio a dezembro de 2018.

O defendente alegou que houve equívoco no enquadramento de certas mercadorias adquiridas para revenda, tais como potes (NCM 39241000), e filme PVC (NCM 39112000), que foram caracterizados como material para uso e consumo do estabelecimento, quando efetivamente eram simples mercadorias destinadas à revenda.

Disse que foram consideradas referidas mercadorias como embalagens, cujo créditos seriam limitados por força dos art. 309 e 312 do RICMS. Na planilha que anexou aos autos, a maioria das entradas estão como CFOP de compras para revenda (CFOP 2102), e outras para o imobilizado (CFOP 2551).

O autuante esclareceu que o levantamento fiscal levou em consideração informações da própria empresa, registradas na sua Escrituração Fiscal Digital (escrituração mensal), com relação ao registro 0200 dos produtos, objeto desta autuação.

Este registro tem por objetivo informar mercadorias, serviços, produtos ou quaisquer outros itens concernentes às transações fiscais. O autuante ressaltou que os “potes plásticos” e “filme pvc” identificados pelos “Código de Produto” relacionados na infração, foram definidos pela própria empresa, no Registro 0200, campo 7, da sua Escrituração Fiscal Digital, como sendo de código 07 – Material de Uso e Consumo.

A título de exemplo, citou o produto de código 375039, Pote Plasutil Clic Rosca 900ml, registrado na EFD de maio de 2018 da empresa como Material de Uso e Consumo, no Campo 7. Concluiu que levou em consideração os produtos relacionados nesta infração como de uso e consumo, classificados pela própria empresa, quando do registro de sua Escrituração Fiscal Digital.

Atualmente, utiliza-se a Escrituração Fiscal Digital – EFD, que se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das Unidades Federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. A EFD substitui os seguintes livros: i) Registro de Entradas; ii) Registro de Saídas; iii) Registro de Inventário; iv) Registro de Apuração do ICMS; v) documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte, e esses registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas, saídas e estoque de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros antes de qualquer ação fiscal.

Havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deve retransmiti-lo com todas as informações. No caso em exame, não ficou comprovado nos autos que o defendente tenha efetuado qualquer alteração parcial ou total das informações enviadas por meio da EFD, ficando caracterizado que houve lançamento de crédito indevido na referida escrituração fiscal. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de maio a dezembro de 2018.

O defendente alegou que razão não assiste ao autuante no que tange à maioria dos créditos considerados indevidos, como demonstra planilha anexa à mídia digital.

Citou exemplos e disse que anexou à impugnação, mídia digital contendo arquivo planilha Excel, apurando, no final da referida planilha, crédito indevido muito inferior ao apurado pelo auditor, resultando no imposto a recolher de R\$ 1.198,01.

Na informação fiscal, o autuante disse que ao longo do ano de 2018, em algumas notas fiscais, com relação à aquisição de alguns produtos, foi utilizado indevidamente o crédito fiscal de

mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária por Antecipação, conforme quadro que elaborou. Acatou os argumentos da defesa, e disse que elaborou demonstrativo de débito com base no reconhecimento da empresa, conforme planilha à fl. 114, apurando o débito total de R\$ 1.198,01.

Observo que as informações prestadas pelo autuante convergem integralmente com os argumentos e comprovações apresentadas pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados nos documentos e escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pelo autuante, concluo que esta infração subsiste em parte, no valor de R\$1.198,01, conforme demonstrativo à fl. 114 do PAF.

**Infração 03:** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de maio a dezembro de 2018.

O autuado informou que reconhece ser devido o valor apurado, totalizando R\$ 604,92. Dessa forma, voto pela subsistência deste item do presente lançamento, considerando que não há lide a ser decidida.

**Infração 04:** Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e posteriormente deterioradas, nos meses de maio a dezembro de 2018.

O defendente citou o art. 293 do RICMS-BA, e alegou que se trata das mercadorias baixadas em estoque com o CFOP 5.927, código fiscal referente a lançamentos efetuados decorrentes de perda, roubo ou deterioração. Disse que se trata de praxe habitual em supermercados que comercializam produtos com data de vencimento, sujeitos à deterioração, e que devem ser retirados das prateleiras para preservação da saúde do consumidor.

Na informação fiscal, o autuante disse que ao longo de 2018, o Contribuinte emitiu várias NF-e e efetuou seu registro na EFD com o CFOP 5927 “lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração”, sem o devido destaque do ICMS a título de estorno de crédito fiscal, conforme determina a Lei nº 7.014/96, no seu art. 30.

Informou que embora conste o Registro E111 a título de Estorno Crédito Perdas, conforme art. 312 do RICMS-BA, no Apuração de ICMS da empresa em estorno de créditos, os valores ali lançados são inferiores aos apurados pela auditoria.

Conforme estabelece o art. 30 da Lei 7.014/96, o contribuinte deve efetuar o estorno do ICMS de que se tiver creditado, sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se.

Em relação ao art. 293 do RICMS-BA/2012, trata-se de hipótese de perda, extravio, desaparecimento, inutilização, sinistro ou quebra anormal de mercadorias recebidas pelo contribuinte com ICMS pago por antecipação, devendo tais ocorrências serem comprovadas, e a nota fiscal emitida para fins do crédito fiscal constar o motivo determinante do procedimento. Entretanto, as mencionadas exigências do Regulamento do ICMS não foram comprovadas pelo defendente.

No demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 25 do PAF, consta que foram deduzidos os valores lançados pelo autuado em sua EFD a título de estorno de crédito, Registro E111, sendo exigidos os valores não comprovados. Acato o levantamento originalmente efetuado e concluo pela subsistência desta infração.

**Infração 05:** Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro a dezembro de 2018.

O autuado alegou que a auditoria apontou falta de recolhimento de ICMS das competências de outubro, novembro e dezembro de 2018. Entretanto, os valores apontados foram devidamente pagos, conforme comprovantes.



O autuante acatou os argumentos da defesa, e informou que não há valores a serem cobrados nesta infração.

Neste caso, deixa de haver lide, considerando que em razão dos argumentos e documentos apresentados pelo defendente, tendo sido acolhidos pelo autuante, não subsiste a exigência fiscal deste item do presente lançamento. Infração insubsistente.

Quanto à multa aplicada, no percentual de 60%, o autuado alegou que se deve aplicar o mínimo de 20%, em razão do contexto, apresentando o entendimento de que o percentual de 60% é excessivo.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso VII, alíneas “a” e “b” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 269369.0009/19-3**, lavrado contra **COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.951,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alíneas “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA