

A. I. N° - 269141.0031/20-0
AUTUADO - O MERCADÃO - CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/01/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0245-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. a) ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO. Infração reconhecida. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. Valor reduzido por exclusão de NF-es de fornecedores inscritos como contribuintes substitutos na Bahia. Infração parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. EXERCÍCIO FECHADO. OMISSÃO DE SAÍDAS. a) MERCADORIAS NORMALMENTE TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS COM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b.1) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. b.2) RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Infrações reconhecidas. 3. MULTA. a) POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. A data limite para recolhimento do imposto devido por antecipação parcial no período da autuação era dia 25 do mês subsequente ao da emissão da NF-e de aquisição da mercadoria para revenda na Bahia. Infração subsistente. b) POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO DE NF-e NO LRE. b.1) OPERAÇÕES COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. b.2) OPERAÇÕES COM MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29/12/2020 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$93.809,30, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 – **03.02.04.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Valor: **R\$11.399,15**. Período: Janeiro a dezembro 2017. Enquadramento Legal: Arts. 24 a 26, da Lei 7.014/96 C/C art. 305, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 02 – **04.05.02** – Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de falta de registros de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado por meio de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: **R\$6.353,64**. Período: Exercício 2017. Enquadramento legal: Arts. 2º, I, 23-B, da Lei 7014/96 c/c art. 83, I, do RICMS-BA e art. 13, I, da Port. 445/98. Multa: 100%, art. 42, III, da Lei 7014/96.

Infração 03 – **04.05.08.** Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: **R\$1.930,81**. Período: Exercício 2017. Enquadramento

legal: Arts. 6º, IV, 23, I, da Lei 7014/96 c/c art. 217, do RICMS-BA e art. 10, I, da Port. 445/98. Multa: 100%, art. 42, III, da Lei 7014/96.

Infração 04 – **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 desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Valor: **R\$907,62**. Período: Exercício 2017. Enquadramento legal: Arts. 6º, IV, 23, I, da Lei 7014-96, c/c art. 217, do RICMS-BA e art. 10, I da Port. 445/98. Multa: 60%, art. 42, II, da Lei 7014/96.

Infração 05 – **07.01.02**. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Valor: **R\$38.899,08**. Período: Janeiro, Março e Junho 2017, Janeiro, Maio, Julho, Agosto, Outubro e Novembro 2018. Enquadramento legal: Arts. 8º, II e § 3º, 23 da Lei 7014/96 c/c art. 289, do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “d” da Lei 7014/96.

Infração 06 – **07.15.01**. Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Valor: **R\$4.430,80**. Período: Março 2017. Enquadramento legal: Art. 12-A da Lei 7.014/96. Multa: 60%, Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Infração 07 - **16.01.01**. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: **R\$12.644,65**. Período: Janeiro a Novembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247, do RICMS-BA. Multa: 1%, art. 42, IX, “d” da Lei 7014/96.

Infração 08 – **16.01.06** – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: **R\$17.243,55**. Período: Dezembro 2017, Janeiro a Dezembro 2018. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, XI, da Lei 7.014/96.

Às fls. 26-35, a empresa autuada apresentou impugnação contra as Infrações 05 (07.01.05) e 02 (07.15.05), reconhecendo o cometimento das demais.

Infração 05 – 07.01.02

Diz que a autuação contém equívocos, conforme abaixo:

01/2017

- NF-e 3612: Trata-se de material para uso e consumo não sendo devida a antecipação total;
- NF-es 26092, 73146 e 181221: As guias de antecipação foram pagas, conforme comprovantes anexados;
- NF-e 21899: Não foi encontrada – valor devido R\$20,70;
- NF-e 29690: Não foi calculada – valor devido R\$210,04;

Para esse mês, reconhece devido R\$230,74.

03/2017

- NF-e 185343: A guia de antecipação foi paga, conforme comprovante anexoado;
- NF-e 328898: O Produto “bebida ice”, desde 01.06.2016, com a alteração trazida pelo Dec. 13.378/2016, item 2.3 e 2.22 do Anexo I, não mais se sujeitava ao regime de substituição tributária e, conforme demonstra o detalhamento das infrações, as operações envolvendo essas mercadorias ocorrereram a partir de 03/2017, ou seja, quando já vigente a normativa citada;

01/2018

- NF-e 3032: Trata-se de material para uso e consumo não sendo devida a antecipação total;
- NF-es 11190 e 135169: As guias de antecipação foram pagas, conforme comprovantes anexados.

05/2018

- NF-es 115025, 757, 923 e 924: Tratam de operações sujeitas a ICMS ST retido por fornecedor com inscrição ativa, conforme cópias anexadas;
- NF-es 140401 e 163951: As guias de antecipação foram pagas, conforme comprovantes anexados.

08/2018

- NF-es 120437, 120438, 251792, 3494, 3590, 3591: Tratam de operações sujeitas a ICMS ST retido por fornecedor com inscrição ativa, conforme cópias anexadas;
- NF-es 146318, 234166 e 843958: As guias de antecipação foram pagas, conforme comprovantes anexados.

10/2018

- NF-e 19089: Trata-se de material para uso e consumo não sendo devida a antecipação total;
- NF-es 262183, 711, 712, 713, 714 e 6091: Tratam de operações sujeitas a ICMS ST retido por fornecedor com inscrição ativa, conforme cópias anexadas;
- NF-es 183520, 86565, 850696 e 850697: As guias de antecipação foram pagas, conforme comprovantes anexados.

11/2018

- NF-es 7676, 7677, 7678, 7953 e 7954: Tratam de operações sujeitas a ICMS ST retido por fornecedor com inscrição ativa, conforme cópias anexadas;
- NF-es 146776 e 241541: As guias de antecipação foram pagas, conforme comprovantes anexados.

12/2018

- NF-e 9533: Trata de operação sujeita a ICMS ST retido de fornecedor com inscrição ativa, conforme cópias anexadas;
- NF-e 199922: Trata-se de NF não escriturada e imposto não calculado, cujo valor devido é R\$1.691,75

Par esse mês, reconhece devido R\$1.691,75.

Infração 02 – 07.15.05

NF-es 109994, 1603368, 1603371, 328898, 333894 e 38879: Muito embora emitidas em 31/03/2017, o MDF-e correspondente foi emitido em 01/04/2017, de modo que devem ser incluídas na antecipação parcial da competência 04/2017, conforme § 2º, do art. 332, do RICMS, reproduzido. Segundo, discorre acerca do princípio da verdade material e pede que o AI seja convertido em diligência fiscal.

Concluindo, pede seja acolhida a Impugnação e que o AI seja julgado parcialmente improcedente.

Contra-arrazoando a Impugnação com a Informação fiscal constante às fls. 40-41, a Autoridade Fiscal autuante diz o seguinte:

Infração 05 – 07.01.02 – Recolhimento de ICMS ST a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Exercício 2017

- 1) O contribuinte não escriturou a nota fiscal 3612 e acha que o imposto não é devido por se tratar de material de uso e consumo. Contudo, para que as mercadorias pudessem ser enquadradas na categoria, deveriam ser classificadas como tal na EFD, bloco 0, Registro 0200, Campo 07 (material de uso e consumo = Código 07), mas a nota fiscal nem foi escriturada. Portanto, a argumentação não pode ser aceita;
- 2) O contribuinte pede a exclusão da NF-e 328898 por achar que as mercadorias não se enquadram no regime de substituição tributária. Concorda com a alegação, pois as mercadorias “51Mel” e “51 Piras Ouros” não constam do Anexo I do RICMS-BA e foram excluídas, o que não ocorre com a mercadoria “51 Ice Kiwi” porque possui teor alcoólico de 5,5%, e de acordo com o Anexo 1, item 3.17, do RICMS-BA, integra o regime de substituição tributária.

Exercício 2018

- 1) O contribuinte pede a exclusão da NF-e 3032 trazer mercadorias destinadas a uso e consumo, mas englobou todos os itens da nota como sento “Outras entradas” e na EFD a classificou no Bloco 0, Registro 0200, Campo 07 = 0, que é código de mercadoria para revenda, conforme anexo, de modo que rejeita a alegação defensiva;
- 2) O contribuinte relaciona algumas NF-es e pede exclusão por tratarem de aquisições efetuadas em fornecedores inscritos na Bahia. Acolhe o argumento defensivo excluindo as NF-es 115025, 757, 923, 924, 2383, 2384, 120437, 120438, 251792, 3494, 3950, 3951, 262183, 6091, 7676, 7677, 7678, 7953, 7954 e 9533, pois a responsabilidade pelo imposto é dos emitentes. Também excluiu as NF-es 7111, 7112, 7113 e 7114 que o Impugnante relacionou com os números 711, 712, 713 e 714.

Aduz que nos dois exercícios o Impugnante argumenta ter feito recolhimentos para determinadas NF-es. Contudo, esclarece o Autuante, que o cálculo do imposto devido para cada período obedece a seguinte fórmula:

Valor devido = Valor calculado pela auditoria – todos os valores recolhidos pelo contribuinte autuado, os quais anexa à Informação Fiscal.

Assim, em face dos argumentos acolhidos, ajustou o valor da exação o reduzindo de R\$38.899,08 para R\$12.189,18, conforme novos demonstrativos aportados (fls. 42-53).

Infração 06 – 07.15.05 – Multa percentual sobre a parcela do ICMS por antecipação parcial que deixou de ser paga.

Diz que o Impugnante questiona o período de apuração dizendo ter por referência o da emissão do MDF-e e não o da emissão da nota fiscal, mas que se equivoca porque o artigo 332, § 2º do RICMS-BA, vigente à época dos fatos (março 2017) expressa que o imposto deve ser recolhido até o dia 25 do mês subsequente ao da emissão do documento fiscal e somente a partir de 01/01/2018 é que deve ser considerado a data de emissão do MDF-e.

Regularmente intimado para conhecer o teor da Informação Fiscal (fl. 55), o sujeito passivo não se manifestou.

VOTO

Como acima relatado, o Auto de Infração em exame exige o valor de R\$93.809,30, acusando cometimento de 08 (oito) infrações à legislação tributária.

Examinando os autos, constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 23 e 55, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF); c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está clara e exaustivamente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 06-21, 42-53 e CD de fl. 22); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Em face do expresso reconhecimento do cometimento, as infrações 01, 02, 03, 04, 07 e 08, não integram esta lide tributária e, pois, procedem.

Por considerar suficientes para formação da convicção dos julgadores os elementos de prova contidos nos autos, indefiro o pedido de diligência solicitado.

De logo, observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que, além de reconhecer a procedência das infrações 01, 02, 03, impugnou as demais apresentando suas razões, trazendo fatos e argumentos.

Passo, pois, à análise do mérito da autuação.

Infração 05 - 07.01.02 – Recolhimento de ICMS ST a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

A estratificando por período, contra essa infração o Impugnante

Exercício 2017

- 1) Ainda que não escriturada entende não ser devido imposto da nota fiscal 3612 por se tratar de material de uso e consumo;
- 2) Pede seja excluída a NF-e 328898 por entender que as mercadorias não se enquadram no regime de substituição tributária.

Para essas situações, constato o seguinte:

- a) NF-e 3612: Mercadorias enquadráveis como de uso e consumo devem ser classificadas como tal na EFD, bloco 0, Registro 0200, Campo 07 (material de uso e consumo = Código 07). Ocorre que tal NF-e não foi escriturada nem a alegação defensiva foi provada na forma indicada no art. 123, § 5º, do RPAF;
- b) NF-e 328898: Das mercadorias nela constante, por não constar do Anexo 1 do RICMS-BA, o Autuante excluiu as mercadorias “51Mel” e “51 Piras Ouros” e manteve não constam do Anexo I do RICMS-BA e manteve a mercadoria “51 Ice Kiwi” porque possui teor alcoólico de 5,5%, e de acordo como o Anexo 1, item 3.17, do RICMS-BA, integra o regime de substituição tributária.

Exercício 2018

- 3) NF-e 3032: O Impugnante pediu sua exclusão da NF-e 3032 alegando tratar de mercadorias destinadas a uso e consumo;
- 4) NF-es 115025, 757, 923, 924, 2383, 2384, 120437, 120438, 251792, 3494, 3950, 3951, 262183, 6091, 7676, 7677, 7678, 7953, 7954 e 9533: O Impugnante pediu exclusão por tratarem de aquisições efetuadas em fornecedores inscritos na Bahia.

Para essas situações, constato o seguinte:

- a) NF-e 3032: Escriturou como “Outras Entradas” e na EFD a classificou no Bloco 0, Registro 0200, Campo 07 = 0, que é código relativo a mercadoria adquirida para revenda, de modo que a alegação não procede;
- b) NF-es 115025, 757, 923, 924, 2383, 2384, 120437, 120438, 251792, 3494, 3950, 3951, 262183, 6091, 7676, 7677, 7678, 7953, 7954, 9533, 711, 712, 713 e 714: Observando que as NF-es 711, 712, 713 e 714 relacionadas pelo Impugnante, são as de nºs 7111, 7112, 7113 e 7114, o Autuante acatou

o argumento defensivo e excluiu todas essas NF-es do demonstrativo suporte original, conforme o demonstrativo suporte feito na ocasião da Informação Fiscal e constante às fls. 42-48 do PAF, pois, nesse caso, a responsabilidade pelo imposto é dos emitentes.

Ainda contra essa infração o Impugnante aduziu nada dever porque efetuou recolhimento do imposto devido, mas, inclusive anexando extrato informativo dos recolhimentos relativos aos DAE's referentes à antecipação tributária total dos exercícios fiscalizados (2017 e 2018), a Autoridade Fiscal autuante informou que o cálculo do imposto devido para cada pe 7111, 7112, 7113 e 7114er considerado todos os recolhimentos no cálculo da exação feito com a seguinte fórmula:

Valor devido = Valor calculado pela auditoria – todos os valores recolhidos pelo contribuinte autuado, os quais anexa à Informação Fiscal.

Assim, em face dos argumentos acolhidos, ajustou o valor da exação o reduzindo de R\$38.899,08 para **R\$12.189,18**, conforme novos demonstrativos aportados (fls. 42-53).

Conforme fl. 55, o sujeito passivo foi regularmente intimado para conhecimento da Informação Fiscal e do ajuste da exação nela efetuado e não se manifestou, de modo que nada tendo a reparar quanto ao procedimento fiscal em que se ajustou a exação, é de incidir a disposição do art. 140, 141 e 143, do RPAF:

Art. 140. 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.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

...

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Portanto, tenho a Infração 05 como parcialmente subsistente no valor **R\$12.189,18**, com o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq	Multa	Vlr Histórico
Infração 05					
30/01/2017	09/02/2017	4.522,22	18%	60%	2.713,33
31/03/2017	09/04/2017	10.859,83	18%	60%	6.515,90
30/06/2017	09/07/2017	1.617,22	18%	60%	970,33
31/01/2018	09/02/2018	496,45	18%	60%	297,87
31/12/2018	09/02/2018	2.819,58	18%	60%	1.691,75
Total da Infração					12.189,18

Infração 06

Observando que o Impugnante equivocadamente numerou a Infração 06 (07.15.05 – Multa percentual sobre a parcela do ICMS por antecipação parcial que deixou de ser paga), como de número 02, a alegação defensiva é que embora as NF-es 109994, 1603368, 1603371, 328898, 333894 e 38879 tenham sido emitidas em 31/03/2017 o MDF-e delas foi emitido em 01/04/2017, mês que devem ser incluídas na antecipação parcial, conforme § 2º do art. 332 do RICMS-BA.

Ocorre que a forma de recolhimento como indicada pelo Impugnante foi introduzida na legislação pelo Decreto nº 18.085, de 21/12/2017, efeitos a partir de 01/01/2018, sendo que para o período da ocorrência (31/03/2017), a data limite para o recolhimento do valor do ICMS por

antecipação objeto da autuação era 25 do mês subsequente ao da data de emissão do documento fiscal, como corretamente apontada no AI.

Eis a redação do dispositivo citado vigente no período da ocorrência:

RICMS-BA

Art. 322...

...

“§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS), que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:”

Infração subsistente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269141.0031/20-0 lavrado contra **O MERCADÃO – CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.780,40**, acrescido da multa de 60% sobre R\$24.495,95, e de 100% sobre R\$8.284,45, previstas no artigo 42, II, “a” e “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação principal no valor de **R\$4.430,80**, e multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$29.888,20**, prevista no art. 42, IX, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIOR SERPA JÚNIOR – JULGADOR