

**PROCESSO** - A. I. Nº 269141.0031/20-0  
**RECORRENTE** - O MERCADÃO - CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0245-02/21-VD  
**ORIGEM** - DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 26/05/2022

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0102-11/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. Valor reduzido por exclusão de NF-es de fornecedores inscritos como contribuintes substitutos na Bahia. Infração 5 parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cuidam os presentes autos de Recurso de Voluntário na forma do art. 169, inc. I, letra “b” do RPAF/99, em razão do Acórdão nº 0245-02/21-VD da 2ª JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/12/2020, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$93.809,30 e multa de 60%, nos seguintes termos:

***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.*

Após a devida instrução processual assim decidiu a 2ª JJF:

**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 exposto 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*

valorização 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 I 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 I, 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 refeito 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 Vento	Base de Cálculo	Aliq	Multa	Vlr Histórico
<b>Infração 05</b>					
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
<b>Total da Infração</b>					<b>12.189,18</b>

#### *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.*

Irresignado com a decisão de piso a Autuada ingressou com Recurso Voluntário ora apreciado, através do seu Advogado Sr. Fernando Vaz, OAB/BA nº 25.027.

A lide reside nas Infrações 5 e 6, pois o Autuado reconheceu as demais infrações, isto posto aplica-se o art. 140 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.”*

O Autuada aduz sobre a tempestividade do Recurso Voluntário pedido o seu acolhimento.

Faz síntese fática das acusações remanescentes (5 e 6) e da decisão de piso que julgou procedente em parte as referidas infrações.

Protesta que a Junta de Julgamento Fiscal não analisou o mérito da Impugnação e destaca pontos específicos não analisados.

Nesse diapasão destaca o texto do Acórdão da decisão de piso, no tocante a NF-e nº 328898 nos seguintes termos:

*“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 1 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.”*

Afirma que tal mercadoria deixou de constar no rol da antecipação tributária em decorrência da denúncia realizada pelo Estado da Bahia ao Protocolo ICMS 107/2009, através do Decreto nº 16.984/2016, cujo efeitos foram determinados para o dia 1º/10/2016. Requerendo a exclusão da nota em comento.

Caso seja contrariado nesse pedido pede a reformulação da planilha de cálculo apresentada, visto que, na ótica da Autuada a base de cálculo deve ser R\$175,10, conforme a NF-e 328898.

Reclama que, em relação ao ano de 2018, não foram objeto de apreciação pela 2ª JF as NF-e: 11190, 13569, 142967, 140401, 163951, 146318, 234166, 84398, 262183, 183520, 86565, 850696, 850697, 146776 e 241541, as quais acostou nos autos as guias DANFE de antecipações pagas. Em razão dos pagamentos pede que tais notas sejam retiradas da Planilha de Cálculo da infração.

Pede que caso subsistam as infrações 5 e 6, redução das multas nos termos do art. 158 do RPAF, pois segundo afirma, não houve, dolo, fraude ou simulação por parte da Autuada, posto que não negou os erros praticados nas demais infrações. Afirma que não houve falta de pagamento da antecipação parcial no caso da MDF-e emitidas em março/2017, que todas as notas foram incluídas no pagamento da antecipação no mês de abril. Além de citar que aconteceram erros no levantamento fiscal apontado pela Autuada.

Menciona também o princípio constitucional do não-confisco para protestar sobre a aplicação da multa de 100%, aduzindo que a mesma deve ser razoável e proporcionais a falta cometida.

Ao final pede o provimento do Recurso Voluntário para pugnar pela nulidade das infrações 5 e 6 ou reduzidas as multas aplicadas. E, caso não atendidos os pedidos, **solicita que seja realizada diligência**, visando depurar o débito indevidamente exigido.

## VOTO

Nos termos do art. 171 do RPAF, o Recurso Voluntário é tempestivo desta forma o acolho para análise.

Indefiro o pedido de diligência pois os elementos trazidos aos Autos são suficientes para que a lide seja apreciada, sem a necessidade de outras informações, conforme prevê didaticamente o art. 147 do RPAF:

*Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

*II - de perícia fiscal, quando:*

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

c) a verificação for impraticável.

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo.

§ 2º O indeferimento do pedido de prova, diligência ou perícia será feito:

I - pelo relator, quando este, individualmente, não houver acatado o pleito, devendo as razões do indeferimento serem enunciadas e fundamentadas na exposição do seu voto;

II - pela Junta ou Câmara de Julgamento, na fase de instrução do processo, caso em que:

a) o indeferimento deverá ser consignado na ata da sessão em que o mesmo for declarado;

b) por ocasião da decisão da lide, o relator mencionará a ocorrência e os motivos do indeferimento no relatório do acórdão da decisão.

Como já relatado a lide reside nas Infrações 5 e 6, pois o Autuado reconheceu as demais infrações do Auto de Infração ora guerreado.

De plano há de se esclarecer que os Protocolos são firmados entre as unidades estaduais, em decorrência de suas respectivas competências, observando os ditames dos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional, no art. 9º da Lei Complementar nº 87/96, e nos Convênios ICMS 81/93 e 70/97, de 25 de julho de 1997.

O Protocolo 107/2009, firmado entre os Estados da Bahia e São Paulo, continha vários tipos de bebidas quentes no rol das mercadorias que se submeteriam a Substituição Tributária do ICMS, entre elas a bebida 51 ICE, em lata ou vidro, de 181ml a 375ml.

A nota fiscal de entrada foi emitida por empresa situada no Estado de São Paulo.

O referido Protocolo foi denunciado pelo Estado da Bahia através do Decreto nº 16.984/2016, cujos efeitos se operaram em 1º/10/2016.

Em relação a NF-e nº 328898, verifiquei nos autos que o NCM indicado na NF-e em questão foi 2208.9. Fiz a busca pelo NCM no Anexo 1 do RICMS/BA, vigente a partir de fevereiro/2017 e identifiquei a seguinte informação:

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual/Estados signatários	MVA ajustada nas aquisições interestaduais	MVA original nas operações internas
3.17	02.003.00	2208.9	Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%	Não tem	69,70% (Aliq. 4%) 64,40% (Aliq. 7%) 55,56% (Aliq. 12%)	29,04%

Face ao exposto, não cabe razão ao Autuada, pois a mercadoria em questão figurava no rol da Substituição Tributária/Antecipação.

Quanto ao pedido de calcular o ICMS-ST pelo valor constante na NF-e nº 328898, não cabe razão ao Autuada, pois para o cálculo do ICMS-ST é somado o IPI ao valor da mercadoria, que na NF-e em questão foi de R\$35,23, corretamente lançada na Planilha denominada Infração 5.

Desta forma fica mantida a Infração 5 nos termos da decisão de piso, no montante de R\$12.189,18.

Em relação aos recolhimentos das antecipações das NF-e: 11190, 13569, 142967, 140401, 163951, 146318, 234166, 84398, 262183, 183520, 86565, 850696, 850697, 146776 e 241541, em sede de Informação Fiscal (fl. 40), o Autuante aduz que todos os pagamentos efetuados pela Autuada foram considerados para o cálculo das infrações. Verifiquei que nos autos foram relacionados todos os pagamentos para o cálculo do Imposto.

De todo apreciado, mantenho a Infração 6 nos mesmos termos da decisão de piso, no montante de R\$4.430,80.

Em razão de todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar

PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração ora guerreado no total de R\$67.099,40.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$32.780,40**, acrescido da multa de 60% sobre R\$24.495,95, e 100% sobre R\$8.284,45, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “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, 14 de abril de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FRANCISCO AGUIAR DA SILVA JÚNIOR – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS