

A. I. Nº - 269283.0005/20-0
AUTUADO - TOSTA SUPERMERCADO EIRELI
AUTUANTE - DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO
ORIGEM - DAT METRO / INFAS ATACADO

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO PRAZO REGULAMENTAR. Razões de defesa elidem na totalidade a imputação, com a aquiescência do agente fiscal Autuante em sede de informação fiscal. Infração insubstancial. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÃO DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. MATERIAIS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Considerações da defesa elidem a autuação. Comprovado o pagamento do imposto (ICMS DIFAL), o que é atestado pelo agente fiscal Autuante, em sede de informação fiscal. Infração insubstancial. 3. MULTA PERCENTUAL DE 60% APLICADO SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Razões de defesa elidem em parte a imputação. O sujeito passivo foi cientificado do resultado da Informação Fiscal, onde acatou todas as correções dos equívocos cometidos pelo agente Fiscal Autuante, exceto o fato de o agente Fiscal Autuante ter mantido a cobrança da multa sobre os produtos de brindes. Sobre a incidência do ICMS antecipação sobre as “operações de brindes”, resta razão às arguições de defesa, pois não há como se aplicar as prerrogativas do art. 12-A da Lei 7.014/76, vez que não se trata de uma operação de comercialização, não obstante tenha um tratamento de operação de comercialização, porém, apenas para efeito de registro no livro fiscal. Expurgada a multa apurada sobre as operações de brindes. Infração subsistente parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/03/2020, constitui crédito tributário no valor de R\$ 80.550,31, conforme demonstrativos acostados às fls. 7 a 23 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 24, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.02: Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios nas datas de ocorrência de 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativos de fls. 7 a 8 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$35.669,07, com enquadramento no art. 2º, inciso I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I; § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

Informações complementares: Falta de recolhimento do ICMS em saídas de mercadorias

tributadas, apurado mediante levantamento das informações constantes no relatório das operações TEF – Transferência Eletrônica de Fundos. Foram compensados os valores lançados na apuração do ICMS na EFD, sendo cobrada a diferença entre estes e aqueles do relatório das operações TEF. Foi calculado o percentual de mercadorias tributadas comercializado pelo estabelecimento mediante levantamento da proporcionalidade entre as entradas de mercadorias tributadas e não tributadas.

INFRAÇÃO 02 – 06.01.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento nas datas de ocorrência de 31/08/2017, 30/09/2017, 31/10/2017 e 30/11/2017, conforme demonstrativo de fls. 15 a 17 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$21.284,18, com enquadramento no art. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – 07.15.03: Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 18 a 19 dos autos. Lançado multa no valor de R\$23.597,06, com enquadramento no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 30/103 dos autos apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

TOSTA SUPERMERCADO EIRELI, com sede na Travessa Wanderley de Araújo Pinho, nº 53, Quadra 0 Lote 0000, Triângulo, CEP: 43.820- 320, Candeias - BA, inscrita no CNPJ/MF sob nº 28.388.273/0001-74 e com Inscrição Estadual nº 142.534.083, vem, na melhor forma de direito, apresentar a sua **defesa** ao Auto de Infração supra referido, consubstanciada nas seguintes razões que passo a expor:

I. DO MÉRITO

Diz fora autuado com base nas alegações descritas na inicial, que volta a destacar. Em seguida, após descrever os valores imputados, além dos demonstrativos que dão fundamentação a autuação, aduz em relação a infração 01, que o valor encontrado através das planilhas disponibilizadas pela autoridade fiscal Autuante e que balizaram a infração tem de vendas em cartão R\$ 630.165,66 e o Contribuinte declarou de Vendas como detalhado R\$ 2.306.987,78. No corpo da defesa, então pontua que, sinceramente, até agora não entendeu essa infração e o que motivou o Fiscal a imputar essa omissão ao Contribuinte, essa infração não se sustenta, sendo natimorta, assim diz encerrar aqui as alegações de defesa para essa infração.

Em relação a infração 02, diz que a imputação aqui seria do não pagamento do Diferencial de Alíquotas, onde foi apresentado 02(duas) planilhas pelo Auditor Fiscal autuante, com base nelas foi possível exercer a nossa defesa, sendo até fácil de fazê-la, tendo em vista que todos os valores cobrados são indevidos, como passará a discorrer.

Após descrever os termos do art. 305 e do art. 332 do RICMS/BA, diz que o diferencial de alíquota será lançado no livro fiscal do Registro de Apuração do ICMS, junto com computo dos débitos fiscais do período de apuração de ICMS, da atividade econômica do contribuinte, como foi possível observar com os artigos supramencionados, e isso foi feito.

Na planilha da Sefaz/Ba observa que é cobrado o diferencial de algumas notas adquiridas já no final do mês 08/2017, essas notas foram escrituradas no mês seguinte, entende que essa não seria uma falta grave, em razão do inc. I, do art. 314 que na sua interpretação, acobertaria essa escrituração no mês subsequente. Por conta disso o valor do Difal foi reconhecido na apuração do mês 09/2017 e recolhido com essa competência, traz como exemplo o Registro E111 da EFD ICMS/IPI, este registro tem por objetivo discriminar todos os ajustes da apuração, dentre eles o

ajuste de débito inerente ao lançamento do diferencial de alíquota, print do registro no arquivo EFD ICMS/IPI + Recibo de Entrega Planilha de Cálculo + Comprovante de pagamento do ICMS do mês 09/2017, conforme figura que destaca no corpo da defesa à fl. 39 dos autos.

Ressalta em tempo que, o valor cobrado na Infração 2 de acordo com as planilhas disponibilizados pelo Auditor Fiscal autuante para os meses 08 e 09/2017 seria de R\$ 5.802,18 e a empresa pagou R\$ 8.865,35 ou seja, R\$ 3.063,17 a mais de ICMS, cabendo até um pedido de restituição se for levar em consideração os valores trazidos pelo Auditor Fiscal em suas planilhas, tomando esse valor como correto.

Em seguida diz que as notas indicadas na planilha com data de entrada no mês 10/2017 foram escrituradas no mês 11/2017, como diz ter citado anteriormente entende que essa não seria uma falta grave, em razão do inc. I, do art. 314 que na sua interpretação, acobertaria essa escrituração no mês subsequente.

Aqui diz usar a mesma didática, a saber, apresentar o print do registro no arquivo EFD ICMS/IPI + Recibo de Entrega + Planilha de Cálculo, neste mês em específico não houve Saldo Devedor de ICMS, pois, por se tratar do mês de inauguração é natural um alto volume de compras para formar o estoque da loja, geralmente isso ocorre em todos os estabelecimentos do regime de conta corrente que inauguram, contudo, é sabido que o valor pode ser declarado como pago, tendo em vista que foi lançado. Segue figura representativa do registro às fls. 40/41 dos Autos.

Diz que o valor cobrado na Infração 2 de acordo com as planilhas disponibilizados pelo Auditor Fiscal autuante para os meses 10 e 11/2017 seria de R\$ 29.671,44 e a empresa pagou R\$ 38.176,48 ou seja, pagamento a maior de R\$ 8.505,04 de ICMS, cabendo até um pedido de restituição se for levar em consideração os valores trazidos pelo Auditor Fiscal em suas planilhas, tomando o valor levantado por ele como correto.

Cabe ainda um adendo, a NF-e 472 com data de emissão 22/11/17 foi escriturada no mês 12/2017, o valor do diferencial de alíquotas desta nota fiscal também foi lançado na apuração, portanto o valor foi pago, para corroborar esta narrativa. Apresenta nos mesmos moldes o print do registro no arquivo EFD ICMS/IPI + Recibo de Entrega + Planilha de Cálculo + Comprovante de pagamento do ICMS do mês 12/2017, conforme figura que destaca no corpo da defesa às fls. 42/43 dos autos.

Ressalte em tempo que, o valor cobrado na Infração 2 de acordo com as planilhas disponibilizados pelo Auditor Fiscal autuante especificamente para a NF-e 472 do mês 11/2017 foi de R\$ 1.099,89 e a empresa pagou R\$ 1.707,15 ou seja, pagamento a maior de R\$ 607,26 de ICMS, cabendo até um pedido de restituição se formos levar em consideração os valores trazidos pelo Auditor Fiscal em suas planilhas, tomando o valor levantado por ele como correto.

Não tendo mais o que discutir sobre a infração 2 conclui que a mesma é improcedente, então diz passar a discutir a infração 03.

Quanto a infração 03, diz que a imputação aqui seria do não pagamento da antecipação parcial, imposto caracterizado pelo não encerramento da fase de tributação da mercadoria. Aduz que imagina que não é necessário tratar de conceito, já que os julgadores são profundos conhecedores do regramento estadual, salienta que grande parte da infração será defendida, já que os valores foram pagos, para que fique bastante claro vai detalhar os valores cobrados e os pagamentos mês a mês, com esse detalhamento e transparência imagina que fique mais fácil o entendimento e convencimento da improcedência parcial da infração em questão.

Da fl. 44 à fl. 112, acobertado com figuras, demonstrativos, cópias de DAE o sujeito passivo apresenta suas considerações de defesa em relação as notas fiscais, que, de fato, houvera recolhido o imposto tempestivamente, não ensejando a cobrança da multa de 60% imputada nos autos.

II. DOS PEDIDOS

Neste diapasão, à vista do exposto, requer seja julgado parcialmente procedente o auto em

exame, sendo homologado o pagamento efetuado, cancelando-se o crédito tributário subsistente e determinando-se o arquivamento do presente processo administrativo fiscal, ou, caso assim não entenda, o que por certo não ocorrerá, requer a possibilidade de produção de provas pelos meios permitidos, especialmente a juntada dos documentos *a posteriori*, quaisquer que sejam.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 116/120, que a seguir passo a descrever:

I. INFRAÇÃO 01:

Diz que o Autuado se manifesta contra a autuação, argumentando que os valores declarados por ele, nos períodos autuados, foram até maiores do que aqueles apurados pela fiscalização, no que concorda com o Autuado. Registra que o mesmo raciocínio já havia sido utilizado pelo Autuante quanto ao exercício fiscal de 2018, onde os mesmos fatos são verificados, e por essas razões não haviam sido cobrados quaisquer valores referentes a 2018.

Aduz acreditar que, no momento do fechamento da fiscalização, não tenha ocorrido uma revisão quanto ao exercício fiscal de 2017, tendo persistida tal cobrança indevida, e portanto, concorda com a improcedência desta infração.

II. INFRAÇÃO 02:

Diz que o Autuado manifesta-se contra a autuação, argumentando que os valores cobrados a título de diferencial de alíquotas foram pagos, conforme demonstra. Levando em conta sua argumentação de que os valores do mês 08 foram lançados no mês 09, o que restou comprovado, e que foram pagos em 10/10/2017 com o código de receita 0759 (ICMS – Regime Normal de Comércio), ainda que este código esteja incorreto para a operação, que deveria ter sido de diferença de alíquotas, registra que deve considerar o pagamento efetuado.

Com relação aos valores cobrados do mês 10, o Autuado demonstra que foram lançados na apuração do ICMS do mês 11. Desta forma, concorda com a improcedência também desta infração.

III. INFRAÇÃO 03:

Diz que o Autuado contesta diversos lançamentos desta infração, que versa sobre a falta de antecipação parcial do imposto em aquisições interestaduais de mercadorias tributadas adquiridas para comercialização.

Seguindo, então, a metodologia da manifestação do Autuado, diz analisar os lançamentos por período:

• *III.1 Setembro/2017:*

Alega que a NF 60870 refere-se a mercadorias adquiridas para uso/consumo, cujo ICMS por DIFAL comprova ter sido recolhido. Sendo assim, deve excluir tal nota fiscal do levantamento. Acerca das demais notas deste período, alega terem sido pagas junto com o recolhimento do mês 10/2017.

Diz, então proceder a este ajuste, relocando essas notas fiscais para o mês 10/2017.

• *III.2 Outubro/2017:*

Sobre as notas fiscais deste período, diz que a defesa alega que a mercadoria da NF 65828 é ARROZ, que goza de não tributação na saída interna e assim, não é devida a sua antecipação parcial. No que concorda com o Autuado e deve excluir esta nota fiscal do levantamento.

Quanto ao argumento de que as mercadorias constantes nas NFs 47577/47590 – CHARQUE – gozam de redução na base de cálculo para operações internas de forma que a carga tributária seja de 12%, não há que se falar em cobrança de antecipação parcial para tais produtos. Aduz concordar, também, com o Autuado, e tais produtos devem ser excluídos do levantamento.

Em seguida diz que o Autuado concorda com as demais notas fiscais.

• *III.3 Novembro/2017:*

Diz que a mesma alegação do Autuado procede com relação à mercadoria CHARQUE cobrada na NF 3177, devendo ser excluída. Alega, também, que os produtos constantes nas NFs 1298636 e 1298637 referem-se a materiais para uso/consumo do estabelecimento e cujo imposto devido por DIFAL foi recolhido, conforme demonstrado. Assim, estas notas devem ser excluídas.

Aduz que o Autuado concorda com as demais notas fiscais.

• *III.4 Dezembro/2017*

Diz que o Autuado traz a alegação de que o ICMS cobrado em razão da NF 211220, em seu levantamento no valor de R\$ 492,92 é muito parecido com aquele pago em virtude da Notificação nº 2105810047177, no trânsito de mercadorias, no valor histórico semelhante de R\$ 491,21 e em data de lavratura (18/12/17) também próxima à da emissão do referido documento fiscal (13/12/17), havendo grande possibilidade de ser o mesmo.

Apesar desta forte possibilidade, não posso determinar a exclusão desta nota fiscal, por não ter a pretensa confirmação de se tratar do mesmo débito. Se assim entender a competente Junta de Julgamento Fiscal, assim poderá ser determinado por ela.

Alega, com relação à NF 618, que o produto, que não é comercializado pela empresa, foi comprado para uso/consumo do estabelecimento e cujo ICMS devido por DIFAL foi recolhido na apuração do mês seguinte. Assim, deve ser excluída do levantamento.

Em seguida diz que o Autuado concorda com as demais notas fiscais.

• *III.5 Fevereiro/2018*

Registra que a alegação do Autuado procede com relação à mercadoria CHARQUE cobrada na NF 48388, devendo ser excluída. Além disso, demonstra que a NF 13175 refere-se a mercadorias enquadradas na ST total e foram devidamente recolhidas.

Assim, com a exclusão destas notas fiscais, zera-se o débito deste período.

• *III.6 Março/2018*

Diz que a alegação do Autuado procede com relação à mercadoria CHARQUE cobrada na NF 3345, devendo ser excluída.

Pontua que não restou comprovado um valor a título de devolução parcial alegado pelo Autuado. Assim, a despeito de redução no valor original do débito deste período, ainda subsiste um valor a pagar, conforme demonstrativo que segue anexo.

• *III.7 Abril/2018*

Pontua que o Autuado alega que as mercadorias constantes nas NFs 13052817, 13084237, 13108813 e 75176 com CFOP 6910 referem-se a brindes. Ocorre que incide a antecipação parcial – assim como a total – sobre brindes em operações de aquisição interestadual de mercadorias. Então não procedem as alegações do Autuado quanto a estes itens.

A alegação do Autuado procede com relação à mercadoria CHARQUE cobrada na NF 48853, devendo ser excluída.

• *III.8 Maio/2018*

Diz que a alegação do Autuado procede com relação à mercadoria CHARQUE cobrada na NF 49119, devendo ser excluída.

Frisa que o Autuado alega que as mercadorias constantes nas NFs 13187875 e 1435265, com CFOP 6910 referem-se a brindes. Ocorre que incide a antecipação parcial – assim como a total – sobre brindes em operações de aquisição interestadual de mercadorias.

Então não procedem as alegações do Autuado quanto a estes itens.

• *III.9 Junho/2018*

Destaca que a alegação do Autuado procede com relação à mercadoria CHARQUE cobrada na NF 49343, devendo ser excluída.

O débito deste período foi zerado.

• *III.10 Julho/2018*

Diz que o Autuado alega que as mercadorias constantes nas NFs 13383189 e 13397299, com CFOP 6910 referem-se a brindes. Ocorre que incide a antecipação parcial – assim como a total – sobre brindes em operações de aquisição interestadual de mercadorias.

Então não procedem as alegações do Autuado quanto a estes itens.

A alegação do Autuado procede com relação à mercadoria CHARQUE cobrada nas NFs 49507, 49573 e 3504, devendo ser excluídas.

• *III.11 Agosto/2018*

Diz que a alegação do Autuado procede com relação à mercadoria CHARQUE cobrada nas NFs 49827 e 3563, devendo ser excluídas.

O Autuado alega que as mercadorias constantes na NF 13519526, com CFOP 6910 refere-se a brindes. Ocorre que incide a antecipação parcial – assim como a total – sobre brindes em operações de aquisição interestadual de mercadorias.

Então não procedem as alegações do Autuado quanto a estes itens.

• *III.12 Setembro/2018*

Aduz que a alegação do Autuado procede com relação à mercadoria CHARQUE cobrada nas NFs 50079 e 3608, devendo ser excluídas.

O Autuado alega que as mercadorias constantes na NF 13596807, com CFOP 6910 refere-se a brindes. Ocorre que incide a antecipação parcial – assim como a total – sobre brindes em operações de aquisição interestadual de mercadorias.

Então não procedem as alegações do Autuado quanto a estes itens.

• *III.13 Outubro/2018*

Consigna que a alegação do Autuado procede com relação à mercadoria CHARQUE cobrada nas NFs 50298 e 3636, devendo ser excluídas.

Alega, com relação à NF 130327, que os produtos foram comprados para o ativo imobilizado do estabelecimento e cujo ICMS devido por DIFAL foi recolhido na apuração do mês seguinte. Assim, deve ser excluída do levantamento.

Com tais exclusões não restou débito para este período.

• *III.14 Novembro/2018*

Diz que a alegação do Autuado procede com relação à mercadoria CHARQUE cobrada na NF 50586, devendo ser excluída.

O Autuado alega que as mercadorias constantes nas NFs 13848592, 13848593 e 13848594, com CFOP 6910 referem-se a brindes. Ocorre que incide a antecipação parcial – assim como a total – sobre brindes em operações de aquisição interestadual de mercadorias.

Então não procedem as alegações do Autuado quanto a estes itens.

Alega, também, que os produtos constantes na NF 203074 refere-se a materiais para uso/consumo do estabelecimento e cujo imposto devido por DIFAL foi recolhido, conforme demonstrado.

Assim, estas notas devem ser excluídas.

• *III.15 Dezembro/2018*

Diz que a alegação do Autuado procede com relação à mercadoria CHARQUE cobrada na NF 50710, devendo ser excluída.

IV. CONCLUSÃO:

Dessa forma, diz que necessário se faz a reformulação do cálculo da infração 03, a qual segue abaixo e também segue nas planilhas constantes do CD que acompanha esta informação fiscal.

O Demonstrativo do Débito do presente Auto de Infração fica, assim, modificado:

DATA OCORR.	DATA VENC.	B. CÁLCULO	MULTA	ALIQ.	VALOR ICMS
31/10/2017	09/11/2017	4.859,61	60	18	874,73
30/11/2017	09/12/2017	4.368,89	60	18	786,40
31/12/2017	09/01/2018	3.088,78	60	18	555,98
31/03/2018	09/04/2018	749,11	60	18	134,84
30/04/2018	09/05/2018	527,39	60	18	94,93
31/05/2018	09/06/2018	4.368,78	60	18	786,38
31/07/2018	09/08/2018	176,00	60	18	31,68
31/08/2018	09/09/2018	71,05	60	18	12,79
30/09/2018	09/10/2018	648,94	60	18	116,81
30/11/2018	09/12/2018	466,55	60	18	83,98
31/12/2018	09/01/2019	659,78	60	18	118,76

À fl. 121 consta Mensagem DT-e, relativo ao Termo de Intimação, dando ciência ao Autuado da Informação Fiscal produzida pelo agente Fiscal Autuante de fls. 116/120 dos autos.

Às fls. 123/125 dos autos,vê-se Manifestação do Contribuinte nos seguintes termos:

Diz que, em 23/03/2020 foi lavrado o presente Auto de Infração contra o Contribuinte em questão, foi imputado ao contribuinte o cometimento de 3 infrações, após análise da peça defensiva a autoridade fiscal autuante reconheceu a improcedência das Infração 01, 02 e a improcedência parcial da Infração 03, na própria peça defensiva impetrada.

Registra que reconheceu que parte da Infração 03 era subsistente. Aduz que pediu a emissão de DAE daquilo que foi reconhecido e realizou o pagamento.

Pontua que esses documentos foram juntados à peça defensiva, não compreendendo o motivo do Srº Dílson não ter mencionado isso em sua informação fiscal, de toda sorte está anexando mais uma vez o e-mail enviado à Sefaz/Ba, bem como o DAE recebido mais o comprovante de pagamento, dito isto, dá sequência a informação fiscal tratando dos pontos não acatados pela autoridade fiscal.

I. Do mérito:

Diz que já citou um pouco mais acima que o limo Srº Dílson Milton da Silveira Filho reconheceu a improcedência de parte do Auto de Infração, logicamente isso o obrigou a apresentar um novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, o demonstrativo já foi exposto na Informação Fiscal, contudo, vejo como necessário ilustrá-lo para apontarmos os pontos de concordância e de discordância, já que pretende mais uma vez contestar a cobrança de parte dos débitos. É o que fez à fl. 123 dos autos.

Diz que anexou novamente o e-mail enviado à Sefaz, nele reconhece integralmente os R\$ 874,73 do mês 10/2017, os R\$ 786,40 do mês 11/2017. Diz que fez, também, o reconhecimento parcial na monta de R\$ 261,25 do mês 12/2017 e R\$ 432,20 do mês 05/2018, em relação aos outros meses apresentou recurso.

Pontua que respeita a posição do Ilmo. Srº Dílson Milton, entretanto, pretende mais uma vez apresentar suas alegações para os outros meses no mesmo formato que fez na Defesa, senão vejamos:

- *Das alegações do mês 04/2018*

Diz que o Ilmo. Srº Dílson Milton insiste na cobrança da Antecipação Parcial nas aquisições de

brindes/bonificações, informando o seguinte na informação fiscal,

“(...) O autuado alega que as mercadorias constantes nas NFs 13052817, 13084237, 13108813 e 75176 com CFOP 6910 referem- se a brindes. Ocorre que incide a antecipação parcial - assim como a total - sobre brindes em operações de aquisição interestadual de mercadorias. Então não procedem as alegações do Autuado quanto a estes itens.”

Diz que concordaria com o Srº Dílson se as mercadorias constituíssem objeto normal da atividade do contribuinte, porém não é o caso, como diz ter citado na peça defensiva, nas Notas apontadas pela autoridade fiscal foram adquiridas Cafeteira 110v, Bicicleta Mountain Bike 18 Marchas, TV Led 39 Polegadas entre outros produtos.

Aduz que se sabe que a Antecipação Parcial pressupõe uma operação subsequente, comumente de Venda, isso acaba não se enquadrando nessas operações, pois os produtos foram adquiridos aqui para distribuição gratuita por meio de Sorteios.

Pontua que as cobranças dos meses 07, 08, 09 e 11/2018 também estão relacionadas aos Brindes, a justificativa acaba sendo igual para todos esses períodos, a saber, os produtos adquiridos não constituem objeto normal da atividade do contribuinte e foram adquiridas para distribuição gratuita a consumidor final ou usuário final.

Em relação ao mês 12/2018 não ficou muito claro o que o Srº Dílson cobrou, não restou detalhado essa informação, isso acaba por dificultar o nosso direito de Defesa, de toda sorte, mantemos o que foi apresentado na peça defensiva com a certeza que não haverá valor a pagar neste mês.

• *Conclusão*

Do exposto, requer seja julgado procedente as alegações trazidas, tendo em vista que grande parte das alegações apresentadas na peça defensiva já foram admitidas pela autoridade fiscal autuante, tendo aberto divergência só no ponto novamente abordado.

À fl. 135 o agente Fiscal Autuante volta aos autos apresentando a seguinte Informação Fiscal:

Em relação a Infração 03, diz que o Autuado insiste com relação aos valores dos períodos 04/2018, 07/2018, 08/2018, 09/2018 e 11/2018 com CFOP 6910 referem-se a brindes, alegando terem sido objeto de sorteios e que tais produtos não constituem objeto normal de atividade do contribuinte.

Pontua que, entende que incide a antecipação parcial sobre brindes em operações de aquisição interestadual de mercadorias. Ocorre também que o contribuinte é um supermercado e como tal pode normalmente vender tais itens. Então não procedem as alegações do Autuado quanto a estes valores.

Relativamente ao mês de Dezembro/2018, diz que o Autuado aduz não ter ficado claro o motivo da cobrança, mas ao analisar as planilhas constata-se que, da mesma forma que todo o trabalho foi feito, foram relacionadas as notas fiscais de compras do período, sujeitas à antecipação parcial, e na planilha do demonstrativo do débito este valor foi totalizado em R\$ 7.552,92, tendo sido pago através de DAE's o valor total de R\$ 7.354,99 restando a pagar a diferença de R\$ 197,93 que, com a incidência da multa de 60% montou no débito final de R\$ 118,76.

À fl. 137, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

No mérito, o Auto de Infração em tela, lavrado em 23/03/2020, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFRAZ ATACADO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 506212/19, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de ICMS no valor de R\$ 59.989,08, decorrente de 02 (duas) irregularidades, sendo a infração 1 por ter deixado de recolher no prazo regulamentar ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, e a infração 2 por ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição

de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento; e por multa no valor de R\$ 23.597,06, isso em relação à infração 3, decorrente da aplicação do percentual de 60% sobre o valor do ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributadas normalmente, perfazendo o montante de R\$ 80.550,31, que a seguir passo a manifestar.

Em relação à infração 01, o sujeito passivo diz que o valor encontrado através das planilhas disponibilizadas pela autoridade fiscal Autuante, e que balizaram a infração, tem de vendas em cartão R\$ 630.165,66, e o Contribuinte declarou de Vendas como detalhado R\$ 2.306,987,78 na peça de defesa. Pontua então, que não entendeu tal imputação.

Em sede de Informação Fiscal, o agente Autuante diz que concorda com a arguição de defesa de que os valores declarados pelo sujeito passivo nos períodos autuados, mais especificamente no ano de 2017, foram até maiores do que aqueles apurados pela fiscalização. Registra que o mesmo raciocínio já havia ocorrido no ano de 2018, onde os mesmos fatos são verificados, e por essas razões, não cobrou quaisquer valores referentes ao exercício fiscal de 2018.

Aduz então, acreditar que no momento do fechamento da fiscalização, não tenha realizado uma revisão quanto ao exercício fiscal de 2017, tendo persistida tal cobrança indevida, portanto, concorda com a improcedência desta infração.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as considerações apontadas pelo agente Fiscal Autuante na Informação Fiscal produzida, vejo restar insubstancial a infração 01 do Auto de Infração em tela.

Quanto à infração 02, diz o deficiente que a imputação aqui é do não pagamento do ICMS DIFAL, também no ano de 2017, onde foram apresentadas 02 (duas) planilhas pelo agente Fiscal Autuante, em que, com base nelas, foi possível exercer a sua defesa, sendo fácil de fazê-la, tendo em vista que todos os valores cobrados são indevidos.

Após descrever os termos do art. 305 e do art. 332 do RICMS/BA, diz que o ICMS diferencial de alíquota será lançado no livro fiscal do Registro de Apuração do ICMS, junto com o cômputo dos débitos fiscais do período de apuração de ICMS, relativos à atividade econômica do contribuinte, o que foi feito.

Na planilha da SEFAZ/BA, observa que é cobrado o diferencial de algumas notas adquiridas já no final do mês 08/2017. Pontua que essas notas foram escrituradas no mês seguinte. Neste contexto, entende que essa não seria uma falta grave, em razão do inc. I, do art. 314 do RICMS/BA, onde, na sua interpretação, acobertaria essa escrituração no mês subsequente.

Por conta disso, diz que o valor do ICMS DIFAL foi reconhecido na apuração do mês 09/2017, e recolhido com essa competência. Aduz trazer como exemplo o Registro El11 da EFD ICMS/IPI. Diz que esse registro tem por objetivo discriminar todos os ajustes da apuração, dentre eles, o ajuste de débito inerente ao lançamento do diferencial de alíquota, conforme figura que destaca no corpo da defesa à fl. 39 dos autos.

Ressalta então, que o valor cobrado na Infração 02, de acordo com as planilhas disponibilizados pelo Auditor Fiscal Autuante para os meses 08 e 09/2017, seria de R\$ 5.802,18, e a empresa pagou R\$ 8.865,35, ou seja, R\$ 3.063,17 a mais de ICMS, cabendo inclusive até um pedido de restituição, caso leve em consideração os valores trazidos pelo Auditor Fiscal em suas planilhas.

Em seguida, diz que as notas indicadas na planilha com data de entrada no mês 10/2017, foram escrituradas no mês 11/2017. Repetindo então o já discorrido anteriormente, entende que essa não seria uma falta grave, em razão do inc. I, do art. 314 do RICMS/BA, que na sua interpretação, acobertaria essa escrituração no mês subsequente.

Neste mês em específico não houve “Saldo Devedor de ICMS”, pois, por se tratar do mês de

inauguração, é natural um alto volume de compras para formar o estoque da loja, geralmente isso ocorre em todos os estabelecimentos do regime de conta corrente que inauguram, contudo, é sabido que o valor pode ser declarado como pago, tendo em vista o que foi lançado. Segue figura representativa do registro às fls. 40/41 dos autos.

Diz que o valor cobrado na Infração 02, de acordo com as planilhas disponibilizados pelo agente Fiscal Autuante para os meses 10 e 11/2017, seria de R\$ 29.671,44, e a empresa pagou R\$ 38.176,48, ou seja, pagamento a maior de R\$ 8.505,04 de ICMS, cabendo também até um pedido de restituição, caso leve em consideração os valores trazidos pelo Auditor Fiscal em suas planilhas.

Em complementação, diz que cabe ainda um adendo à NF-e 472, com data de emissão 22/11/17, foi escriturada no mês 12/2017, o valor do diferencial de alíquotas desta nota também foi lançado na apuração, portanto, o valor foi pago. Para corroborar esta narrativa, apresenta figura que destaca no corpo da defesa às fls. 42/43 dos autos.

Ressalta então, que o valor cobrado na Infração 2 de acordo com as planilhas disponibilizadas pelo agente Fiscal Autuante, especificamente para a NF-e 472, do mês 11/2017, foi de R\$ 1.099,89, e a empresa pagou R\$ 1.707,15, ou seja, pagamento a maior de R\$ 607,26 de ICMS, cabendo até um pedido de restituição, caso leve em consideração os valores trazidos pelo Auditor Fiscal em suas planilhas.

Em sede de Informação Fiscal, o agente Autuante diz que o Autuado se manifesta contra a autuação, argumentando que os valores cobrados a título de diferencial de alíquotas foram pagos, conforme demonstrou na sua peça de defesa.

Levando portanto em conta sua argumentação de que os valores do mês 08/2017 foram lançados no mês 09/2017, e que restou comprovado seu pagamento em 10/10/2017, com o código de receita 0759 (ICMS – Regime Normal de Comércio), ainda que este código esteja incorreto para a operação, que deveria ter sido de diferença de alíquotas, registra que deve considerar o pagamento efetuado.

Por outro lado, com relação aos valores cobrados do mês 10/2017, o Autuado demonstra que foram lançados na apuração do ICMS do mês 11/2017. Desta forma, concorda então com a improcedência também desta infração.

Não vendo nada que desabone a manifestação do agente Fiscal Autuante, de que o ICMS DIFAL relacionado às notas fiscais objeto da autuação foram devidamente recolhidos aos cofres do Estado, inclusive, diferentemente do entendimento do agente, de que o recolhimento do ICMS DIFAL do mês de 08/2017, lançado no mês 09/2017, houvera sido recolhido com o Código de Receita 0759 de forma errônea, o que, ao meu sentir, fora efetuado nos termos da legislação pertinente (art. 305, c/c art. 332 do RICMS/BA), vejo restar elidida a imputação, restando portanto improcedente a infração 02 do Auto de Infração em tela.

Por fim, em relação à Infração 03, que diz respeito à cobrança de multa percentual de 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente nos anos de 2017 e 2018, o sujeito passivo, em sede de defesa, traz todo um arrazoado, por mês, onde contestou cada item da autuação, e também quando concordou com o item atuado, assim expressou na peça de defesa.

O agente Fiscal Autuante ao apresentar suas considerações em sede de Informação Fiscal, quanto às considerações de defesa, traçou também todo um arrazoado mês a mês, acatando ou não as razões de defesa.

De todas as razões de defesa, diz o agente Fiscal Autuante não concordar com a arguição de improcedência da autuação, quanto à cobrança de multa por falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, relativo às operações de brinde (CFOP 6910), por entender que em relação a

tais operações, diferentemente do entendimento da defesa, há a incidência da antecipação do imposto, bem como, de que no mês de dezembro de 2018 o levantamento fiscal indicou operações que ensejavam a antecipação do imposto no montante de R\$ 7.552,92, tendo sido pago por DAE pelo Contribuinte Autuado, o valor de R\$ 7.354,99, restando uma diferença de R\$ 197,93, que aplicando a multa de 60%, montou no débito final remanescente de R\$ 118,76.

O sujeito passivo foi cientificado do resultado da Informação Fiscal, onde acatou todas as correções dos equívocos cometidos pelo agente Fiscal Autuante em relação a infração 03, exceto ao fato do agente Fiscal Autuante ter mantido a cobrança da multa sobre os produtos de brindes – “Cafeteira llov, Bicicleta Mountain Bike 18 Marchas, TV Led 39 Polegadas” - por entender que não há a incidência do ICMS antecipação parcial sobre tais operações, como também a diferença mantida pelo agente Fiscal Autuante no valor de R\$ 118,76, por não entender as razões de sua manutenção.

Bem! Sobre a incidência do ICMS antecipação sobre as “*operações de brindes*”, vejo restar razão às arguições de defesa, pois não há como se aplicar as prerrogativas do art. 12-A da Lei nº 7.014/76, vez que não se trata uma operação de comercialização, não obstante tenha um tratamento de operação de comercialização, porém, apenas para efeito de registro no livro fiscal, ou seja, ao entrar o produto no estabelecimento do autuado, a operação deve ser realizada com crédito do imposto, por sua vez, na saída também deve ser registrado o débito do imposto considerando a alíquota interna, o que resulta, na prática, no pagamento correspondente à diferença de alíquota no momento da saída do produto.

Relativamente à diferença mantida da multa aplicada sobre ICMS antecipação parcial não recolhido em dezembro, no montante de R\$ 197,93, que aplicando o percentual de 60%, encontra-se o valor de R\$ 118,76, vejo restar procedente a manutenção desse valor no mês de dezembro de 2018, pois decorre da comparação do valor apurado pela fiscalização de ICMS antecipação parcial devido no mês de R\$ 7.552,92, e o valor pago através de DAE de ICMS antecipação parcial pelo deficiente no montante de R\$ 7.354,99, o que não foi elidido pela defesa.

Em sendo assim, partindo dos valores apontados pelo agente Fiscal Autuante, remanescente da autuação, em sede de Informação Fiscal, à fl. 120 dos autos, expurgando os valores cobrados de multa sobre as “*Operações de Brindes – CFOP 6910*”, e mantendo a diferença da multa cobrada em dezembro de 2018, o demonstrativo de débito remanescente da infração 03, fica assim constituído:

Data Ocorr.	Data Vcto.	Valor-Multa (60%) ICMS Antecipação [Inf. Fiscal] Fl. 120 do PAF (A)	Valor-Multa (60%) ICMS Antec. - Brindes (CFOP 6910) Exclusão (B)	Valor-Multa (60%) ICMS Antec. Infração 03 Julgado (C=A-B)
30/09/2017	09/10/2017	0,00	0,00	0,00
31/10/2017	09/11/2017	874,73	95,75	778,98
30/11/2017	09/12/2017	786,40	32,31	754,09
31/12/2017	09/01/2018	555,98	48,44	507,54
28/02/2018	09/03/2018	0,00	0,00	0,00
31/03/2018	09/04/2018	134,84	111,11	23,73
30/04/2018	09/05/2018	94,93	94,93	0,00
31/05/2018	09/06/2018	786,38	88,30	698,08
30/06/2018	09/07/2018	0,00	0,00	0,00
31/07/2018	09/08/2018	31,68	31,68	0,00
31/08/2018	09/09/2018	12,79	6,58	6,21
30/09/2018	09/10/2018	116,81	59,42	57,39
30/11/2018	09/12/2018	83,98	9,25	74,73
31/12/2018	09/01/2019	118,76	0,00	118,76
Total da Infração 03		3597,28	577,77	3.019,51

Do quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela, com o seu pagamento, cujos valores já recolhidos deverão ser homologados pelo setor competente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269283.0005/20-0**, lavrado contra **TOSTA SUPERMERCADO EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento de multa percentual no valor de **R\$ 3.019,51**, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/76, e dos acréscimos legais, devendo o autuado ser cientificado desta decisão, e homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA