

A. I. N° - 281394.0015/19-0
AUTUADO - SF DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - DAT SUL / INFRAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 01/09/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0154-03/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. **b)** ESTORNO DE CRÉDITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O sujeito passivo não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infrações subsistentes. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** POR OMISSÃO DE SAÍDAS. **b)** POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **c)** POR RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Infrações reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/09/2019, exige crédito tributário no valor de R\$ 29.316,08, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida, com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro, julho e dezembro de 2017. Exigido o valor de R\$ 639,60, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 10 a 13 e CD à fl. 08;

Infração 02. 01.06.01. Estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto no mês de fevereiro de 2017. Exigido o valor de R\$ 3.279,93, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 15 e CD à fl. 08;

Infração 03 - 03.02.02. Recolheu a menos ICMS em decorrência de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2017. Exigido o valor de R\$ 24.452,27, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 24 a 26 e CD à fl. 08;

Infração 04 - 04.05.02. Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissões de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, no exercício fechado no ano de 2017. Exigido o valor de R\$ 663,39, acrescido da multa de 100%. Demonstrativo às fls. 28 a 67 e CD à fl. 08;

Infração 05 - 04.05.08. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhada de documento fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, no exercício fechado de 2017. Exigido o valor de R\$ 255,42, acrescido da multa de 100%. Demonstrativo às fls. 28 a 67 e CD à fl. 08;

Infração 06 - 04.05.09. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo

com o percentual de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, no exercício fechado de 2017. Exigido o valor de R\$ 25,47, acrescido da multa de 60%, Demonstrativo às fls. 28 a 67 e CD à fl. 08.

O Defendente impugna o lançamento, fls. 73 a 78, ponderando, de início, que o Autuante, encontrou indícios de sonegação fiscal, e, terminou por promover algumas imputações indevidas, imputando-lhe, destarte, algumas infrações que em verdade, não existem.

Afirma que não se pode concordar com a ação fiscal no que concerne as Infrações 01, 02 e parte da Infração 03. Entretanto, em relação as Infrações 04, 05 e 06, afirma reconhecer a procedência das mesmas.

Quanto à Infração 01 que trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por Substituição Tributária, observa que ao analisar a planilha elaborada pelo Autuante, detectou que:

O produto: Pão de Alho Trad Massa Leve 400g, que não faz parte da Substituição Tributária, pois contém recheio, a Nota Fiscal nº 443995, constante na autuação se refere a um estorno referente a Nota Fiscal de nº 441103 e que na nota fiscal original houve destaque do imposto, levando em consideração que o produto é tributado e, portanto, no estorno a nota fiscal se faz da mesma forma.

O produto Creme de Avelã c/Cacau Nocciolino 400g também não faz parte da Substituição Tributária, que a autuada além de levar em consideração a NCM do produto também leva em consideração a descrição do mesmo, e o produto é um Creme de Avelã contendo cacau e não pode ser considerado chocolate, se assim foi o que o Autuante levou em consideração, ressalta que, caso o produto fizesse parte da Substituição Tributária o mesmo *foi adquirido da empresa Rondelli Comercio e Transportes Ltda com o NCM 18069000 (notas em anexo) que esta localizada no Estado da BA, por conseguinte, caso o produto fizesse parte da Substituição Tributária deveria ter sido faturado com o imposto já recolhido*. Pondera ainda que todas as saídas da mercadoria foram tributadas de ICMS conforme legislação fiscal vigente (notas em anexo).

No que tange o produto Copa Bisel Alegria ressalta que o mesmo é um enchido/embutido e, portanto, não faz parte da Substituição Tributária, que foi utilizado o crédito na entrada e que as respectivas saídas também foram tributadas de ICMS, conforme legislação fiscal vigente (notas em anexo).

Quanto à Infração 02, destaca que efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste.

Ao analisar o relatório referente a esta infração observou que Autuante laborou em um equívoco ao levar em consideração apenas as Notas Fiscais de nº 448242 e 450697, quando na verdade deveria ter levado em consideração as Notas Fiscais de nºs 448242, 449417, 450697, 450864, 450872 e 450877. Observa que as duas Notas Fiscais que o Autuante considerou, totalizou R\$ 367,31 quando em verdade o valor do estorno, totaliza R\$ 4.158,52. Destaca que em relação às Notas Fiscais de nºs 449417 e 450864 o valor do estorno é parcial, pois quando da entrada da mercadoria o autuado só utilizou-se de 10% do crédito do ICMS e quando devolveu destacou 12% e 18%, respectivamente. Afirma anexar cópia das notas fiscais em questão, pode-se ainda observar no relatório que todas as notas estão nele relacionados o que nos leva a crer o equívoco praticado.

No que se refere à Infração 03, afirma que examinou as planilhas elaboradas pelo autuante e refuta parte da infração levando em consideração que não reconhece como sendo tributados os produtos: Massa Fresca Spaghetti 500g, Talharim Massa Leve, Massa P/Lasanha Massa Leve 500g e Massa P/Lasanha Massa Leve 1kg. Todas essas massas fazem parte da Substituição Tributária, frisa que pagou o ICMS Substituição Tributária na entrada das mercadorias (notas e cópias de DAes em

anexo) e quando adquiriu as mesmas de estados signatários do protocolo do ICMS o imposto veio destacado e pago na nota fiscal, que o ICMS Substituição Tributária encerra a fase de tributação e, portanto a autuação destes produtos na Infração 03 não se faz procedente, ressalta que essas massas são massas frescas (macarrão) e que não passam por nenhum processo de pré-cozimento não descaracterizando a descrição do produto constante do Anexo 1, do RICMS-BA/12.

1902.1 Massas alimentícias do tipo comum, não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, exceto a descrita no CEST 17.049.03

Prot. ICMS 53/17 – AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE Prot. ICMS 53/17 – AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE

Assinala que, como a Infração 03 se refere a diversos produtos, os quais refuta uma parte deles, reconhece parcialmente a autuação.

Por tal, destaca que no que tange à esta infração: Valor da Infração = R\$ 24.452,27; Valor reconhecido = R\$ 20.932,71 e o Valor não reconhecido = R\$ 3.519,56.

Em relação às Infrações 04, 05 e 06 declara que reconhece o cometimento desses itens da autuação.

Pondera que, como se vê, pois, dos argumentos acima expendidos, os levantamentos fiscais procedidos pelo autuante nas infrações acima questionadas, não dispõem de total suporte fático que assegure a sua integral procedência, face alguns equívocos cometidos pelo autuante.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O Autuante presta informação fiscal à fl. 247, mantendo a autuação, destacando o que se segue.

Em relação à Infração 01 informa que o item Pão de Alho Trad Mass Leve 400g, NCM 1905.2090, está incluído no item 11.18 do Anexo 1, do RICMS-BA/12. O item Creme de Avelã c/Cacau Nocciolino 400g, NCM 1806.9000, consta do item 11.4, do Anexo 1, do RICMS-BA/12. O item Copa Bisel Alegre, NCM 0210.1900 está incluído no item 11.35.1, do Anexo 1, do RICMS-BA/12.

Quanto à Infração 02, esclarece que o Defendente lançou, conforme consta às fls. 15 a 17, que identificam o lançamento na EFD o valor de R\$ 3.647,24 como “Estorno de Débito de Devolução Notas Fiscais de nºs 448242, 450697, 450872 e 450877. Frisa que não há que se falar em estorno de débito das Notas Fiscais de nº 450877, fl. 18, e 450872, fls. 19 e 20, uma vez que a mercadoria massa para pastel é tributada normalmente. Quanto às Notas Fiscais de nºs 449.417 e 450.864, informa que não constam do texto do estorno de débito.

No que diz respeito à Infração 03, que trata de recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas regularmente escrituradas, assinala que os produtos Massa Fresca Spaghetti 500g, Talharim Massa Leve, Massa p/Lazanha Massa Leve 500g e Massa p/Lazanha Massa Leve 1kg são massas frescas e não incluídas no Anexo 1, do RICMS-BA/12.

Às fls. 234 a 241, o Autuado se manifesta acerca da informação fiscal prestada pelo Autuado nos termos a seguir resumidos.

Inicialmente diz reiterar todos os termos das argumentações já deduzidas em sua peça de defesa, uma vez que os argumentos ali expendidos não sofreram impugnação relevante que importasse na procedência total e decretação da subsistência do Auto de Infração.

Diz que analisando a Infração 01 detectou que os produtos não fazem parte da Substituição Tributária e, como pode ser verificado nas notas fiscais que seguem em anexo ao processo, usou o crédito das mercadorias na entrada ao mesmo tempo em que teve todas as saídas com a respectiva tributação, que o Pão de Alho é temperado e recheado, o Creme de Avelã, conforme NCM e descrição do produto também é tributado e o produto Copa é um embutido e portanto, também é tributado de ICMS pelo regime normal.

No que tange, no entanto, à Infração 02 ressaltou que o produto massa para pastel era tratado pelo contribuinte com fazendo parte da Substituição Tributária, que na entrada do produto não foi

utilizado crédito e por este motivo o débito da saída gera direito ao estorno. Em relação às Notas Fiscais de nºs 449.417 e 450.864 registra que, por conta do termo de atacadista quando da entrada do produto, apenas utiliza 10% do valor do crédito e na devolução devolve com 12% e 18% conforme a nota original de entradas. Portanto tendo o direito de estornar o valor da diferença não creditada. O autuante alega que as Notas Fiscais de nºs 449.417 e 450.864 não constam do texto do estorno de débito, mas como pode ser comprovado no bloco do SPED, cujo *print* colaciona à fl. 238, a alegação do Autuante não se comprova.

Quanto à Infração 03 reitera sua discordância parcial com a mesma, pois os produtos: Massa Fresca Spaguetti, Massa p/Lasanha e Talharim fazem parte da Substituição Tributária e os mesmos quando da entrada dos produtos foram pagos os impostos por Substituição Tributária, conforme legislação específica – notas e cópias dos DAES em anexo e, por este motivo não pode assim haver uma nova cobrança de ICMS na saída das respectivas mercadorias, pois o ICMS Substituição Tributária encerra a fase de tributação do produto. Ressalta que, quanto à esta infração concorda em parte com o Autuante e que, por este motivo, irá reconhecer e recolher os valores ora reconhecidos.

O Autuante informa à fl. 247, que o Defendente em sua manifestação, no tocante às Infrações 01, 02 e 03, não acrescenta qualquer informação nova. E, por isso, afirma que a sua posição é a mesma da informação apresentada sobre a Defesa.

Consta às fls. 253 a 255, extrato SIGAT/SICRED com o recolhimento dos valores reconhecidos pelo Autuado.

VOTO

De plano, verifico que apesar de não ter sido arguida questão específica de nulidade, o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a tipificação da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive as hipóteses previstas no art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade o Auto de Infração.

No mérito, o Auto de Infração exige crédito fiscal de ICMS, no montante de R\$ 29.316,08, relativamente a seis irregularidades apuradas em ação fiscal, conforme descrito na inicial dos autos.

As Infrações 04, 05 e 06, foram reconhecidas e foi efetuado o recolhimento dos valores reconhecidos, conforme consta às fls. 253 a 255. Assim, são procedentes, as Infrações 04, 05 e 06 considerando que sobre elas inexistente lide, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

A Infração 01 - cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida, com pagamento de imposto por substituição tributária. Demonstrativo às fls. 10 a 13 e CD à fl. 08.

Em sua Impugnação, o Autuado pugna pela improcedência da autuação aduzindo que os produtos, Pão de Alho Trad Massa Leve 400g, Creme de Avelã c/Cacau Nocciolino 400g e Copa Bisel Alegria não estão sujeitos ao regime de Substituição Tributária.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, manteve a autuação, explicando que o produto, Pão de Alho Trad Massa Leve 400g, NCM 1905.2090, [Nota Fiscal nº 443.995, fl. 81], figura no Item 11.18, do Anexo 1, do RICMS-BA/12. O produto Creme de Avelã c/Cacau Nocciolino 400g - NCM 1806.90.00, [Nota Fiscal nº 107.965, fl. 84], encontra-se elencado no Item 11.4 do citado Anexo 1 e o produto Copa Bisel Alegria - NCM 0201.90.00, [Nota Fiscal nº 160.360, fl. 100], consta do Item 11.35.1, do mesmo anexo.

Depois de examinar os elementos que constituem esse item da autuação e confrontar a descrição

das mercadorias constantes das respectivas notas fiscais, as correspondentes NCMs, com os Itens constantes do Anexo 1, do RICMS-BA/12 e vigente no exercício de 2017, verifico que assiste razão ao Autuante em manter a autuação, haja vista que as operações com os produtos apontados pelo Impugnante em sua Defesa, estão, de fato, sujeitas ao regime de Substituição tributária.

Assim, considerando que as alegações defensivas não encontram guarida na legislação de regência, concluo pela subsistência da Infração 01.

A Infração 02 imputa ao sujeito passivo o estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Demonstrativo à fl. 15 e CD à fl. 08.

Em sede de Defesa o Impugnante alegou que o Autuante se equivocou ao levar em consideração apenas as Notas Fiscais de nº 448242 e 450697, quando na verdade deveria ter levado em consideração as Notas Fiscais de nºs 448242, 449417, 450697, 450864, 450872 e 450877. Registrou que as duas Notas Fiscais que o Autuante considerou, totalizou R\$ 367,31 quando em verdade o valor do estorno, totaliza R\$ 4.158,52. Esclareceu que, em relação às Notas Fiscais de nºs 449417 e 450864, o valor do estorno é parcial, pois, quando da entrada da mercadoria somente utilizado 10% do crédito do ICMS e quando devolveu destacou 12% e 18%, respectivamente.

O Autuante explicou que o Defendente lançou em sua EFD o valor de R\$ 3.647,24 como Estorno de Débito Devolução as Notas Fiscais de nºs 448242[R\$ 277,76], 450697[R\$ 89,55], 450872[R\$ 241,47], fl. 119 e 450877[R\$ 287,16] fl. 120.

Informou não haver que se falar em estorno de débito das Notas Fiscais de nº 449417 e 450864, fls. 19 e 20, tendo em vista que a mercadorias Massa para Pastel é tributada normalmente. Sustentou que as Notas Fiscais de nº 449417 e 450.864 não constam do texto do estorno de débito.

Em manifestação sobre a informação do Autuante, o Impugnante ressaltou que o produto massa para pastel era tratado pelo contribuinte com fazendo parte da Substituição Tributária, que na entrada do produto não foi utilizado crédito e por este motivo o débito da saída gera direito ao estorno. Registrou quanto às Notas Fiscais de nºs 449.417 e 450.864 que, por conta do termo de atacadista quando da entrada do produto, apenas utiliza 10% do valor do crédito e na devolução devolve com 12% e 18%, conforme a nota original de entradas e que por isso, tem direito de estornar o valor da diferença não creditada. O autuante alega que as Notas Fiscais de nºs 449.417 e 450.864 não constam do texto do estorno de débito, mas como pode ser comprovado no bloco do SPED, cujo *print* colaciona à fl. 238, a alegação do Autuante não se comprova.

Depois de analisar os elementos que emergiram do contraditório, em relação a esse item da autuação constato que assiste razão ao Autuante no que concerne ao argumento de que as Notas Fiscais de nº 450.877 e 450.872, cujos produtos discriminados se referem a Massa P/Pastel Discão Massa Leve 500g e Massa P/Pastel Cumbe Massa Leve 400g, de NCM 1902.11.00 que são massas frescas e não constam do Anexo 1, do RICMS-BA/12. Portanto, a alegação da Defesa não deve prosperar, uma vez que, também não comprova nos autos que não foi utilizado o crédito fiscal nessas operações de entradas.

Do mesmo modo, no que diz respeito às Notas Fiscais de nºs 450.864 e 449.417, informadas pelo Autuante que não constam no texto estorno de débito, verifico que de acordo a escrituração do próprio Autuado, fl. 114, e o demonstrativo de apuração elaborado pelo Autuante, fl. 15, não foram objeto de apuração. Logo, não é condizente com a realidade dos fatos a alegação defensiva.

Assim, não tendo o Autuado carreado aos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal, resta evidenciado o acerto da autuação.

Concluo pela subsistência da Infração.

A Infração 03 - trata de recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas regularmente escrituradas. Demonstrativo às fls. 24 a 26 e CD à fl. 08.

A Defesa alegou que os produtos: Massa Fresca Spaghetti 500g, Talharim Massa Leve, Massa P/Lasanha Massa Leve 500g e Massa P/Lasanha Massa Leve 1kg estão sujeitos ao regime de Substituição Tributária, frisa que pagou o ICMS Substituição Tributária na entrada das mercadorias (notas e cópias de DAES em anexo) e quando adquiriu as mesmas de estados signatários do protocolo do ICMS o imposto veio destacado e pago na nota fiscal, que o ICMS Substituição Tributária encerra a fase de tributação e, portanto, a autuação destes produtos na Infração 03 não se faz procedente, ressalta que essas massas são massas frescas (macarrão) e que não passam por qualquer processo de pré-cozimento, não descaracterizando a descrição do produto constante do Anexo 1, do RICMS-BA/12.

O Autuante manteve a autuação informando que os produtos apontados pelo Defendente são massa frescas e não estão incluídos no Anexo 1, RICMS-BA/12.

Ao examinar o demonstrativo de apuração elaborado pelo Autuante e confrontar com a discriminação das mercadorias e a NCM constante nas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, a exemplo das Notas Fiscais de nº 2530, fl. 184 e de nº 3.809.683, fl. 206, constato que se equivoca o Impugnante em sua alegação, eis que os referidos produtos não se encontram elencados no Anexo 1, vigente em 2017, do RICMS-BA/12, ou seja, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária.

Pelo expendido, e não tendo o Autuado carreados aos autos qualquer elemento com o condão de elidir a acusação fiscal, remanesce subsistente a Infração 03.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração de nº **281394.0015/19-0**, lavrado contra **SF DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 29.316,08**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 28.397,27 e 100% sobre R\$ 918,81, previstas no inciso VII, alínea “a”, inciso II, alíneas “f”, “a” e “d” e inciso III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA