

PROCESSO	- A. I. N° 281077.0012/20-4
RECORRENTE	- MAXIMUS ATACADISTA E DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRELI
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0008-04/22-VD
ORIGEM	- SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 17/08/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0230-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Não caracterizado que o produto amido de milho se encontra incluído na isenção do imposto. Infração parcialmente subsistente; **b)** DOCUMENTOS INIDÔNEOS. Impossibilidade de utilização de créditos fiscais oriundos de notas fiscais canceladas. Infração subsistente; **c)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Acusação reconhecida. Infração subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Efetuada a exclusão do item referente à bebida ICE 51, constante do Anexo I ao RICMS/BA. Infração parcialmente subsistente. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O INFORMADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS E/OU DECLARAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. Acusação demonstrada analiticamente nos autos e não elidida pelo sujeito passivo. Infração subsistente. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS NA EFD. A presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis só se aplica quando constatada a omissão com base nos registros contábeis do contribuinte. No presente caso, a apuração se deu com base nos exames apenas na EFD. Afastada a exigência do imposto por presunção de omissão de saídas tributáveis, porém, aplicada penalidade por falta de registro na escrita fiscal, com fulcro no Art. 157 do RPAF/BA. Inteligência da Súmula 07 do CONSEF. Arguição de nulidade não acolhida. Infração parcialmente subsistente. 5. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. Fato comprovado. Não acolhida a arguição de nulidade. Correta a penalidade aplicada pelo descumprimento da obrigação principal. Infração mantida. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. Revisão fiscal levada a efeito pela autuante possibilitou a redução do valor do débito originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do pronunciamento colegiado proferido pela 4ª JJF nº 0008-04/22-VD, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2020 para exigência tributária no montante de R\$ 361.083,97, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

1 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Demonstrativo: Crédito fiscal indevido – Aquisição de Mercadorias Isentas”. Valor lançado R\$ 10.919,45 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

3 - ”Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento falso (s) fiscal (s) falso (s) ou inidôneo (s). Demonstrativo: Crédito fiscal indevido oriundo de Documento Fiscal Cancelado - Inidôneo”. Valor lançado R\$ 265,50 – Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “J” da Lei nº 7.014/96.

5 - ”Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documentos (s) fiscal (is). Demonstrativo: Crédito fiscal indevido – Destaque de ICMS a maior no documento fiscal”. Valor lançado R\$ 176,81 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

6 – ”Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Demonstrativo: Falta de recolhimento ICMS_Mercadorias Tributadas como não Tributadas”. Valor lançado R\$ 33.214,11 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

7 – “O contribuinte recolheu a menor o ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Demonstrativo: Recolhimento a menor de ICMS – EFD”. Valor lançado R\$ 39.391,05 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

10 – ”Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Demonstrativo: Omissão de saídas – Entradas de mercadorias não registradas”. Valor lançado R\$ 54.813,78 – Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

11 – ”Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente (s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Demonstrativo: Omissão de saídas – Não registradas saídas de mercadorias”. Valor lançado R\$ 481,48 – Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

12 – ”Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Demonstrativo: Substituição_Antecipação Interna – ICMS não antecipado”. Valor lançado R\$ 61.383,77 – Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

A decisão recorrida (fls. 91/104) restou assim fundamentada:

VOTO

Das doze imputações apontadas nos presentes autos, as de nº 04 que trata de utilização indevida de crédito fiscal no montante de R\$ 4.283,44, e a de nº 09, referente a recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 165,10, por erro na determinação do valor da base de cálculo, foram reconhecidas como devidas pelo autuado, enquanto que a infração 05, relacionada à utilização indevida de créditos fiscais no total de R\$ 176,81, em razão de destaque do imposto a mais no documento fiscal, não houve questionamento do autuado a respeito da mesma, que apenas a reproduziu na peça defensiva. Desta maneira, as infrações 04, 05 e 09 ficam integralmente mantidas.

No mérito, indefiro o pedido de diligência formulado pelo autuado, com base no Art. 147, inciso I do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA, por entender que se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador.

Assim, é que em relação a infração 01, que versa sobre utilização indevida de créditos fiscais no total de R\$ 10.919,45, referente a mercadorias consideradas como abarcadas pela isenção do ICMS, o autuado questionou a exigência recaída sobre o item amido de milho (maisena), ao argumento de que se trata de mercadoria tributada normalmente neste Estado.

Sustentou que o amido de milho NCM 11081200, que comercializa, não está na isenção, enquanto que a farinha de milho NCM 1102.2000 (INFORMAÇÃO DA TABELA TIPI), se encontra na isenção prevista pelo art. 265 do RICMS/BA, destacando a posição do produto amido de milho na Tabela do IPI, - 1108 PRODUTOS DA INDÚSTRIA DE MOAGEM; MALTE; AMIDOS E FÉCULAS; INULINA; GLÚTEN DE TRIGO, afixando imagem para demonstrar o referido enquadramento.

A autuante não acolheu o argumento defensivo, pontuando que pela definição, o amido de milho é a farinha

feita do milho, usada na culinária para o preparo de cremes, como espessante, sendo também usada a palavra maisena, que deriva da marca comercial Maizena, um amido de milho criado nos Estados Unidos em 1842, agora produzido pela empresa multinacional Anglo-Holandesa Unilever e que, segundo o RICMS/BA (Art. 265, II, d), a farinha de milho é isenta.

Analisando os argumentos supra, verifiquei, inicialmente, que o Art. 265, II, “d” do RICMS/BA, considera como isentas as saídas internas de “sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho”, de acordo com o previsto no Convênio ICMS 224/17, que em sua Cláusula primeira autoriza os Estados signatários na forma e condições definidas em sua legislação, a conceder isenção do ICMS nas operações internas com produtos essenciais ao consumo popular, que compõem a cesta básica.

À luz do quanto acima exposto, torna-se necessário saber se farinha de milho é o mesmo que amido de milho, consoante sustentado pela autuante e contestado pelo autuado.

De imediato vejo que a farinha de milho, que consta expressamente na isenção do ICMS prevista no Art. 265, II, “d” do RICMS/BA, possui a NCM 1102.20.00, enquanto que o amido de milho possui a NCM 1108.12.00, portanto, de acordo com a TIPI, são produtos diferentes. Convém aqui ressaltar que não está comprovado nestes autos que o produto Amido de Milho - Maisena integra a cesta básica.

Entendo que a autuante deveria ter verificado qual o tratamento tributário dado pelo autuado em relação às saídas deste produto, se foi tributado normalmente ou não, para a partir daí, efetuar um levantamento para se obter qual a repercussão tributária do procedimento utilizado pelo mesmo, no tocante às operações de entradas e às de saídas do mesmo produto.

Desta maneira, não estou convencido de que o amido de milho (maisena) é o mesmo produto que farinha de milho, consoante sustentado pela autuante, razão pela qual, considero que deve ser excluído da autuação, remanescento, portanto, subsistente parcialmente a infração 01 no valor de R\$ 3.654,77, consoante demonstrado à fl. 13.

No que diz respeito à infração 02, onde se exige ICMS no montante de R\$ 84.457,44, em razão da utilização indevida de créditos fiscais oriundos de mercadorias sujeitas à substituição tributária, o autuado, na peça defensiva inicial, alegou a existência de alguns produtos que não são da substituição tributária, citando especificamente os itens balas, creme confeiteiro, cobertura de chocolate, guará mix, luva descartável, algodão e mochila, reconhecendo como devido apenas o valor de R\$ 7.246,37.

Quando da sua Informação Fiscal, a autuante manteve a totalidade da exigência, enfrentando e demonstrando de forma individualizada, que todas as mercadorias questionadas pelo autuado estão incluídas na substituição tributária, consoante abaixo:

- Balas (NCM 1806.9) – Item 11.4 do Anexo I do RICMS/BA - Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau (todas as balas que constam na apuração da infração contém cacau);
- Creme confeiteiro (NCM 1901.2) – Item 11.14.3 do Anexo I do RICMS/BA - Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final;
- Cobertura de chocolate - não localizado este produto no levantamento fiscal;
- Guará mix (NCM 2202.9) – Item 3.10 do Anexo I do RICMS/Ba - é uma bebida não alcoólica, energética composta por 8 elementos: Guaraná, Açaí, Ginseng, Catuaba, Taurina, Caféína, Inositol e vitaminas;
- Luvas (NCM 4015.19) – Item 9.12 do Anexo I do RICMS/Ba - Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento;
- Algodão (NCM 3005.9) – Item 9.11 do Anexo I do RICMS/Ba - Algodão, atadura, esparadrapo, gazes, pensos, sinapismos e outros;
- Mochila (NCM 4202.9) – Item 12.5.0 do Anexo I do RICMS/Ba - Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes.

Considerando que o autuado, quando se pronunciou a respeito da Informação Fiscal não mais questionou a inclusão dos itens acima na autuação, acolho o posicionamento da autuante, ficando, portanto, mantida a infração 02 no valor de R\$ 84.457,44.

A infração 03 reclama ICMS no valor de R\$ 265,60, decorrente de utilização de créditos fiscais oriundos de notas fiscais canceladas, razão pela qual foram considerados documentos fiscais inidôneos.

A autuante manteve o lançamento, ao argumento de que o autuado, na tentativa de se defender, só endossou a irregularidade cometida, pois o crédito não é devido justamente porque o documento fiscal foi cancelado, sendo assim, por não ser um documento válido, é inidôneo, pois significa que não se refere a uma efetiva saída de mercadoria, já que foi cancelado.

Assiste razão à autuante, na medida em que os arts. 31 e 44, II, “e” da Lei nº 7.014/96, respaldam a autuação, já que, em se tratando de documentos cancelados, a operação de saída da mercadoria não se concretizou, sendo, desta forma, impossível a utilização de créditos fiscais oriundos de documentos cancelados.

Mantida a infração 03 no valor de R\$ 265,60.

No que diz respeito à infração 06, onde se exige ICMS no valor de R\$ 33.214,11, em razão da escrituração de mercadorias tributáveis consideradas como não tributáveis, a alegação defensiva foi no sentido de que o produto "ICE 51" está incluído na substituição tributária, cujo imposto foi recolhido nas aquisições, razão pela qual, nas saídas consta o CFOP 5405 – CST 60, sem destaque do imposto, pugnando assim pela exclusão do valor de R\$ 13.577,49, referente a este produto, reconhecendo, porém, como devida a quantia de R\$ 19.636,62.

A autuante, em sua Informação Fiscal, disse que a alegação defensiva procede, pois restou comprovado que a bebida ICE 51, NCM 2806.9, é uma bebida refrescante, com teor alcoólico inferior a 8%, e consta na relação do Anexo 01 do RICMS/BA.

Entretanto, acrescentou que o autuado se creditou do valor do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisições desse produto, totalizando R\$ 7.703,51, razão pela qual deve se abater esse valor creditado indevidamente do valor de R\$ 13.577,49, contestado, sendo que ao seu entender, **no momento da autuação o produto ICE 51 foi enquadrado como tributado**.

Em consequência, com as alterações efetuadas, considera que o valor devido da Infração 06 passa a ser R\$ 27.340,13, conforme Demonstrativo 01, fl. 53.

Analisando os fatos expostos, vejo que não pode prevalecer o entendimento da autuante para se exigir nesta infração a quantia de R\$ 27.340,13, visto que não se pode considerar como tributado normalmente um produto que está sujeito à substituição tributária. Além do mais, a autuação foi de falta de recolhimento do ICMS ST, e como o produto teve o imposto pago por antecipação, deve-se apenas excluir a parcela exigida sobre este produto, não se podendo acrescer o valor de R\$ 7.703,51, que teria sido resultante de créditos indevidos relativos às aquisições deste produto, situação esta que deveria ter sido objeto de outra exigência em lançamento apartado.

De maneira que a infração 06 é parcialmente subsistente, sendo R\$ 1.828,85 para o exercício de 2018, e R\$ 17.807,77 referente ao exercício de 2019, totalizando o débito na quantia de R\$ 19.636,62, consoante está demonstrado à fl. 53.

A infração 07 trata da exigência no valor de R\$ 39.391,05, no mês de março/19, em razão de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em livros e documentos fiscais, em declarações econômicas fiscais e/ou arquivos eletrônicos.

O argumento defensivo foi no sentido de que realizou a apuração do ICMS na competência 03/2019, mediante os valores indicados nos documentos fiscais de entradas e de saídas, sendo que posteriormente incluiu em sua apuração os ajustes que realizou dentro do arquivo do SPED. Ressaltou, que dentre os ajustes realizados por meio de um arquivo retificador, incluiu um débito no valor de R\$ 39.391,05, o qual não é devido, sustentando que as DMA e o SPED anexos, comprovam que realizou a apuração do ICMS do mês 03/19 com base nos documentos fiscais, e posteriormente incluiu em sua apuração os ajustes realizados dentro do SPED, momento este em que realizou a inclusão indevida do arquivo retificador.

A autuante manteve a exigência tributária, pontuando que o autuado nega que tenha realizado débito a menor na apuração do ICMS, porém, não comprovou a inexistência do débito no valor de R\$ 39.391,05, por ele mesmo escriturado na EFD.

Para chegar a esta conclusão, a autuante elaborou uma planilha a título de reconstituição da conta corrente fiscal do autuado referente aos meses de janeiro a março/2019, tendo lançado a débito no mês de janeiro/19 o referido valor, a título de "ajuste do débito referente redução na base de cálculo incorreta", o qual só repercutiu na apuração do mês de março/19, visto que os meses anteriores apresentaram saldos credores.

Analisando as DMA e os recibos de entrega da EFD apresentados pelo autuado, fls. 18 a 23, não vislumbrei o referido valor na sua composição, pelo menos com a indicação acima. Entretanto, o autuado confessou que incluiu esse valor de R\$ 39.391,05 de forma indevida, porém, não comprovou o motivo da sua inclusão e não trouxe aos autos explicação ou comprovação de que tal valor é indevido.

Convém aqui destacar, que a autuação apesar de considerar como fato gerador o ocorrido no mês de março/19, a origem da ocorrência se deu no mês de janeiro/19, consoante acima assinalado, porém, a repercussão tributária sucedeu no mês de março/19, diferentemente do quando assinalado pelo autuado, no sentido de que realizou a apuração do ICMS do mês 03/19 com base nos documentos fiscais, e posteriormente incluiu em sua apuração os ajustes realizados dentro do SPED, momento este, em que realizou a inclusão indevida do arquivo retificador.

Considerando que o lançamento está demonstrado pela autuante na planilha "Recolhimento a menor de ICMS - EFD", enquanto que as justificativas trazidas pelo autuado são insuficientes para afastar a acusação, julgo subsistente a infração 07.

No que diz respeito à infração 08, onde foi lançado ICMS no montante de R\$ 71.531,94, sob a acusação de que houve aplicação incorreta da alíquota incidente nas operações realizadas, o argumento defensivo foi

direcionado apenas ao produto “Vinagre”, considerado pela autuante com a alíquota de 27%, quando defende ser de 18%.

A autuante, quando da Informação Fiscal, acolheu o argumento defensivo citando que verificado o equívoco cometido em algumas notas fiscais no levantamento fiscal, refez o demonstrativo da Infração 08, retificando a alíquota do item/produto “Vinagre”, ocasionando assim uma redução de R\$ 48,87 no valor da Infração, conforme Demonstrativo 02.

O autuado, quando da sua manifestação a respeito da Informação Fiscal, não mais voltou a se pronunciar quanto a esta infração, razão pela qual, acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pela autuante e julgo a infração 08 parcialmente subsistente no valor de R\$ 71.478,08, de acordo com o demonstrativo constante à fl. 54.

A infração 10 reclama ICMS no montante de R\$ 54.813,78, mais multa de 100%, sob a acusação de entradas de mercadorias não registradas.

A defesa arguiu que a multa aplicada não merece prosperar, pois consta apenas a indicação do inciso, por isso não foi possível exercer seu direito de defesa. A este respeito, a autuante disse que a alegação defensiva não deve prevalecer, visto que a falta da indicação da alínea não altera o valor da multa, o direito de defesa foi garantido com o enquadramento legal e a tipificação da multa, transcrevendo em seu socorro, o disposto nos Arts. 4º, § 4º, inciso IV e 42, inciso III, ambos da Lei nº 7.014/96.

Esta é uma questão que deveria ter sido apreciada em preliminar, já que a rigor, significa um argumento que poderia resultar em nulidade ou não do lançamento. Entretanto, ante a repercussão e a abrangência da imputação, optei por examinar a acusação em um todo, no bojo do mérito, o que passo a fazer.

Observou também o autuado que a multa é indevida, e que caso seja julgada devida, não deveria ser no percentual de 100%, porque se trata de omissão de entradas, e que este fato não teve impacto no recolhimento do imposto, alegação esta considerada pela autuante sem fundamento legal, já que ao seu entendimento, omissão de notas de entradas causa impacto no recolhimento do imposto, e de acordo com a legislação do ICMS, é fato gerador do imposto, sendo que salvo prova em contrário, entradas de mercadorias não registradas, se presume a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, tornando incontestável a aplicação da multa no percentual de 100%.

Quanto à questão da indicação da multa com a citação apenas do inciso, no caso presente, a alínea cabível seria a “d”, que corresponde a entradas de mercadorias não registradas. Entretanto, este fato não é motivo para nulidade do lançamento, visto que a acusação está posta de forma compreensível, com demonstração clara dos fatos apurados, não causando qualquer cerceamento ao direito de defesa do autuado. Afasto, portanto, a nulidade suscitada.

Dito isto, vejo que a legislação tributária estadual, através do Art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, assim se apresenta:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

(...)

Observe-se que a ótica da norma legal acima posta está voltada para questões eminentemente de ordem contábil, ao se referir a presunções de omissões de saídas de mercadorias.

Na situação em tela, o levantamento fiscal ocorreu exclusivamente sob a ótica fiscal, consoante está declarado no título da planilha base para a autuação: “Omissão de saídas – Entradas mercadorias não registradas – Lista das notas fiscais eletrônicas não escrituradas na EFD”.

Neste caso, já existe jurisprudência consolidada neste CONSEF, através da sua Súmula nº 07, que traz em seu enunciado: “Não se aplica a presunção de omissão de saídas prevista no inciso, IV, do § 4º do art.4º da Lei nº 7.014/96, quando as entradas das mercadorias ou bens tenham sido escrituradas nos livros contábeis, hipótese em que se aplicará apenas a multa por descumprimento de obrigação acessória”.

Ora, como não houve qualquer exame pela autuante na escrita contábil do autuado para certificar que as notas fiscais, objeto da autuação, não se encontram nela registradas, até porque se trata de um estabelecimento filial,

cuja matriz se encontra situada em outra Unidade Federativa, concluo que a presunção de omissão de saídas consideradas pela autuante, neste caso não se aplica, razão pela qual, invoco a regra constante no Art. 157 do RPAF/BA, para afastar a exigência do imposto e aplicar a penalidade prevista pelo Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, correspondente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas pelo autuado em sua EFD, no valor de R\$ 3.044,85, conforme demonstrativo abaixo:

Demonstrativo do débito - Infração 10		
Mês/Ano	B. Cálculo	Multa 1%
jun/18	11.895,83	118,96
jul/18	110.532,94	1.105,33
ago/18	13.285,06	132,85
set/18	10.963,94	109,65
out/18	11.547,22	115,47
nov/18	16.485,17	164,85
dez/18	28.910,56	289,11
jan/19	10.467,22	104,67
fev/19	2.991,56	29,92
mar/19	2.316,67	23,17
abr/19	2.412,33	24,12
mai/19	5.305,22	53,05
jun/19	21.548,61	215,49
jul/19	23.265,89	232,66
ago/19	5.151,44	51,15
set/19	5.045,11	50,45
out/19	11.677,23	116,77
nov/19	3.973,83	39,74
dez/19	6.744,06	67,44
TOTAL	304.519,89	3.044,85

Quanto à infração 11, trata de omissão de saídas de mercadorias decorrente da falta de escrituração de notas fiscais de saídas nos livros fiscais, com exigência de imposto no valor de R\$ 481,48, apesar de se tratar de questão diferente da anterior, a defesa foi efetuada conjuntamente com o item anterior, com os mesmos argumentos.

Assim, consoante já assinalado anteriormente, não há qualquer motivação para decretação da nulidade da infração, o fato apurado está devidamente demonstrado, oferecendo ao autuado todos os meios necessários à defesa, a penalidade aplicada é a legalmente prevista no percentual de 100%, razão pela qual julgo subsistente a infração 11, pelo fato de se referir à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, decorrente de notas fiscais de saídas não escrituradas, fato este ignorado pela defesa.

Por fim, a infração 12 cuida da falta de pagamento de ICMS por antecipação, com exigência no valor de R\$ 61.383,77.

Alegou o autuado, que as exigências relacionadas aos produtos balas, luva, milho, pasta sanitária e saco plástico, são indevidas, na medida em que tais produtos não estão incluídos na substituição tributária, razão pela qual sustentou que procede o valor devido de R\$ 5.510,96, “haja vista que o valor total do débito de ST é de R\$ 55.872,51”.

A autuante ponderou que o autuado contestou os valores exigidos sobre produtos, que segundo o mesmo não estão sujeitos à substituição tributária: balas, luva, milho, pasta sanitária e saco plásticos. A este respeito, disse que as balas que constam no levantamento fiscal estão sujeitas à substituição, posto que têm na sua preparação cacau, NCM 1806.9 - Item 11.4 do Anexo I do RICMS/BA - Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau.

Quanto ao produto “luvas”, que consta no levantamento fiscal, está sujeito à substituição, NCM4015.19 – Item 9.12 do Anexo I do RICMS/BA - Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento.

Reconheceu, entretanto, o equívoco em relação à exigência relacionada aos produtos milho, pasta e saco plástico, razão pela qual refez a planilha excluindo estes produtos, e apresentando novo demonstrativo de débito no valor retificado no valor de R\$ 61.182,27, conforme abaixo, o qual acolho, tendo em vista que não houve insurgência por parte do autuado quando da sua manifestação:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO – INFRAÇÃO 12

2018	5	0,32	0,00	0,00	0,32
2018	6	8.589,39	0,00	0,00	8.589,39
2018	7	8.325,58	0,00	0,00	8.325,58
2018	8	7.529,24	0,00	0,00	7.529,24
2018	9	6.216,61	0,00	0,00	6.216,61
2018	10	3.067,09	0,00	0,00	3.067,09

2018	11	4.490,59	0,00	0,00	4.490,59
2018	12	3.684,22	0,00	0,00	3.684,22
Total em 2018 -->		41.903,04	0,00	0,00	41.903,04
2019	1	64,74	0,00	0,00	64,74
2019	2	310,07	0,00	0,00	310,07
2019	3	627,08	0,00	0,00	627,08
2019	4	1.473,94	0,00	0,00	1.473,94
2019	5	1.531,46	0,00	0,00	1.531,46
2019	6	547,86	0,00	0,00	547,86
2019	7	16,73	0,00	0,00	16,73
2019	8	1.050,87	0,00	0,00	1.050,87
2019	9	833,24	0,00	0,00	833,24
2019	10	4.526,16	0,00	0,00	4.526,16
2019	11	4.935,22	0,00	0,00	4.935,22
2019	12	3.361,86	0,00	0,00	3.361,86
Total em 2019 -->		19.279,23	0,00	0,00	19.279,23

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$ 288.217,51, com a configuração abaixo do débito:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO		
Inf. 01	3.654,77	P. Parte
Inf. 02	84.457,44	Procedente
Inf. 03	265,60	Procedente
Inf. 04	4.283,44	Procedente
Inf. 05	176,81	Procedente
Inf. 06	19.636,62	P. Parte
Inf. 07	39.391,05	Procedente
Inf. 08	71.478,08	P. Parte
Inf. 09	165,10	Procedente
Inf. 10	3.044,85	P. Parte
Inf. 11	481,48	Procedente
Inf. 12	61.182,27	P. Parte
TOTAL	288.217,51	

No Recurso Voluntário de fls. 118 a 122, o Recorrente, após discorrer sobre os fatos, apresenta exatamente a mesma manifestação apresentada em face da informação fiscal de fls. (47 a 52), neste caso, indicando razões de direito divididas em capítulos específicos para as infrações “1”, “3”, “5”, “6”, “7”, “10 e 11” e “12”, assim dispostas, em síntese:

- a) Que, em relação à Infração 1, o item amido de milho (maisena) é tributado integralmente no Estado da Bahia sendo procedente a utilização de crédito referente a este produto por parte da empresa, de modo que entende como devido o valor remanescente de R\$ 3.654,77. Destaca que o produto amido de milho NCM 11081200, por ela utilizado, não está na isenção, já a farinha de milho NCM 1102.2000 (Informação da Tabela TIPI) é isenta, conforme art. 265 do RICMS;
- b) Quanto à infração 3, aduz que, “Apesar de escrituradas, neste item as notas fiscais foram canceladas. Logo, não há nenhuma Nota Fiscal inidônea”;
- c) Quanto à Infração 5 defende que “A autuada aproveitou créditos sobre notas fiscais emitidas com origem do DF com alíquota de 18%, em operações interestaduais. Assim, totalizando o valor de R\$ 176,81 de crédito indevido”;
- d) Quanto à infração 6, alega que “o produto “ICE 51” está no caderno de substituição tributária, logo foi recolhido como ST na sua aquisição, e, por esse motivo, é vendido com CFOP 5405, CST 60, sem destaque do ICMS, razão pela qual entende que deve ser excluída a de R\$ 13.577,49 referente a este produto, restando procedente (devido) nesta infração o valor de R\$ 19.636,62”;
- e) Quanto à infração 7, afirma que realizou apuração de ICMS na competência 03/2019 mediante levantamento dos créditos e débitos destacados nos documentos fiscais e, posteriormente, incluiu em sua apuração os ajustes realizados pela empresa, em arquivo SPED, asseverando que, “Entretanto, entre os ajustes realizados, a Empresa por meio de um arquivo retificador

incluiu um débito no valor de R\$ 39.391,05, valor este indevido”;

- f) Quanto à infração 10 e 11, defende que a multa aplicada – Artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96 - não merece prosperar, pois o seu fundamento apenas contempla somente a indicação do inciso, mas não o da letra, o que teria impedido o seu direito de defesa. Aduz ainda que se trata de omissão de notas de entradas fato que não teria impactado no recolhimento do imposto, razão pela qual a multa é indevida e, se devida, não seria no patamar de 100%.
- g) Por último, no que tange à infração 12, sustenta que “*Os apontados nessa infração, como: balas, luva, milho, pasta sanitária e saco plástico, não são de substituição tributária, sendo assim, o recolhimento do ICMS é normal*”. Procedendo o valor devido de R\$ 5.510,96, haja vista que o valor total do débito de ST é de R\$ 55.872,81.

Pedi provimento para que seja reconhecida a improcedência do Auto de Infração ou, subsidiariamente, que fosse transformado em diligência verificando os desencontros apontados.

Os autos foram distribuídos à minha relatoria em 04/05/2023 e, por considerá-los aptos a julgamento, solicitei ao Sr. Secretário a inclusão em pauta de julgamento.

Feito pautado para a sessão de 10/07/2023.

A auditora fiscal/autuante Sra. Andréa Falcão Peixoto compareceu à sessão de videoconferência, onde acompanhou o julgamento deste PAF.

É o relatório.

VOTO

Conheço do Recurso Voluntário, porque cabível e tempestivo (art. 169, I, “b” e art. 171, ambos do RPAF/99).

Consoante constado e registrado no relatório, o presente Recurso Voluntário (fls. 118 a 122) é uma reprodução idêntica da manifestação apresentada às fls. 59 a 63 em face da informação fiscal (fls. 47 a 52) para as infrações “1”, “3”, “5”, “6”, “7”, “10”, “11” e “12”, merecendo destaque para o fato de que, do seu arrazoado, **não se verifica a oposição de impugnação específica do quanto decidido ou fundamentos hábeis a elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal remanescente do julgamento ora recorrido**, que caminhou pela parcial procedência da autuação e acatou, inclusive, muitos dos argumentos defensivos.

Advirto, por cautela, que não se trata aqui da exigência de dialeticidade recursal ou qualquer elemento meramente discursivo-processual relacionado ao conhecimento ou a rejeição sumária de Recurso Administrativo, até porque a principiologia afeta ao PAF, que nos imbrica, é permeada pelo informalismo e da garantia do contraditório e ampla defesa como pressupostos para a conformação dos fatos e circunstâncias constantes do processo, aí inclusas as alegações, argumentações e provas, todos no interesse do estabelecimento de ambiente adequado para a respectiva apreciação e formação do convencimento do órgão julgador ao resolver as questões suscitadas no processo.

Todavia, há que se repisar que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o Recorrente do ônus elisivo/modificativo do direito embandeirado pelo Fisco por meio do auto em julgamento, bem assim não lhe socorre a mera afirmação de extinção ou ocorrência de fato que obste os efeitos daqueles fatos contra ela outrora invocados e aceitos, ocasião que atrai, para a Recorrente, o ônus específico da prova.

Ademais, não é direito da Recorrente a recusa em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, pois isto somente corrobora a multimencionada presunção de veracidade da afirmação do Fisco.

De posse destas premissas, contidas nos arts. 140 a 143 do RPAF, resta a este julgador analisar se aquilo quanto decidido, ainda que genericamente impugnado, resulta inarredavelmente do conjunto das provas. E é o que ora faço, nos termos a seguir demonstrados.

Inicialmente, por considerar que os elementos contidos nos autos e consignados na decisão recorrida são suficientes para a formação de minha convicção, associados ao fato de que o Recorrente não apontou minimamente o objeto de diligência a ser empreendida ou fundamentou a sua necessidade, **entendo pela impertinência do pedido de diligência** (arts. 145 e 147, I do RPAF), pelo que voto pelo indeferimento.

Debulhando especificamente os sucintos argumentos apresentados pela Recorrente, tem-se a considerar o que se segue:

a) **Infração 1** – o Recorrente defende como devido o valor de R\$ 3.645,77, por entender que o item amido de milho (maisena) NCM 11081200, que comercializa, não está na isenção, enquanto a farinha de milho NCM 1102.2000 (INFORMAÇÃO DA TABELA TIPI), se encontra na isenção prevista pelo art. 265 do RICMS/BA, **fato que foi acatado na decisão recorrida**, que julgou como subsistente parcialmente a infração 01 no referido valor, consoante demonstrado à fl. 13, não havendo, portanto, sucumbência.

b) **Infração 3** – Há, pelo Recorrente, a reiteração da confissão de que as notas fiscais referenciadas foram, de fato, canceladas, mas em nada se manifesta quanto à acusação de utilização indevida de crédito fiscal decorrente das operações nelas referenciadas. No particular, a despeito da inquietação do Recorrente quanto à classificação de inidoneidade do documento fiscal, não há dúvidas quanto ao fato, uma vez que o artigo 44, II, “c” e “e”, é claro ao considerar inidôneo o documento fiscal que **não guardar os requisitos ou exigências regulamentares e não se referir a uma efetiva operação ou prestação de serviços, salvo nos casos previstos em regulamento**.

Logo, correta a interpretação conferida pelo Julgador, na medida em se tratando de documentos cancelados, **a operação de saída da mercadoria não se concretizou**, sendo, desta forma, impossível a utilização dos respectivos créditos fiscais, devendo ser mantida a decisão quanto ao ponto.

c) **Infração 5** – deve-se registrar que a referida infração não foi, em nenhum momento, contestada ou impugnada, não merecendo considerar como ponto recorrido pela simples descrição da operação por ela realizada, cujo arremate, inclusive, foi pela totalização do valor de R\$ 176,81 de crédito indevido. A decisão deve ser mantida quanto ao ponto.

d) **Infração 6** – para a referida infração, o Recorrente defende como “valor procedente” o importe R\$ 19.636,62, por considerar que o produto “ICE 51” está no caderno de substituição tributária, logo foi recolhido como ST na sua aquisição, e, por esse motivo, é vendido com CFOP 5405, CST 60, sem destaque do ICMS, **fato que foi acatado na decisão recorrida**, que julgou parcialmente subsistente a infração 6 sendo R\$ 1.828,85 para o exercício de 2018, e R\$ 17.807,77 referente ao exercício de 2019, totalizando o débito na quantia de R\$ 19.636,62, consoante demonstrativo de fl. 53, não havendo sequer sucumbência quanto ao ponto.

e) **Infração 7** – Há, pelo Recorrente, a reiteração da confissão de que incluiu indevidamente o valor de R\$ 39.391,05 em sua escrita fiscal na competência 03/2019, todavia não foi capaz de se desincumbir do ônus comprovar a higidez da operação fiscal que diz ter levado a efeito ainda se considerado tal fato, já que não são inteligíveis dos demonstrativos por ele juntados aos autos (fls. 18 a 23).

Por outro lado, houve a respectiva demonstração pela Autuante da manutenção da divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em livros e documentos fiscais, inclusive em trabalho de reconstituição da conta fiscal do Recorrente a partir dos documentos apresentados, conforme exposto detalhadamente na decisão recorrida, a qual merece ser mantida também quanto ao ponto.

f) **Infração 10** – quanto ao ponto, comungo do entendimento fixado na decisão de piso no sentido de que não há nulidade no lançamento pela ausência de indicação da alínea correspondente à imputação da multa referenciada na infração, notadamente porque não

prejudicou o direito de defesa do Recorrente já que foi plenamente possível a determinação da natureza da infração e dos seus contornos específicos, ou seja, o disposto nos Arts. 4º, § 4º, inciso IV e 42, inciso III, ambos da Lei nº 7.014/96.

Ademais, registro que a Decisão de piso se enveredou pela aplicação da Súmula nº 07 deste CONSEF e consequente aplicação do Art. 157 do RPAF/BA, por considerar que “*como não houve qualquer exame pela autuante na escrita contábil do autuado para certificar que as notas fiscais, objeto da autuação, não se encontram nela registradas, até porque se trata de um estabelecimento filial, cuja matriz se encontra situada em outra Unidade Federativa, concluo que a presunção de omissão de saídas consideradas pela autuante, neste caso não se aplica*”, para, ao fim, afastar a exigência do imposto e aplicar a penalidade prevista pelo Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, correspondente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas pelo autuado em sua EFD, no valor de R\$3.044,85, conforme demonstrativo lançado, pelo que entendo que merece ser mantida, ante, inclusive, requerimento recursal específico.

- g) Infração 11** – No mesmo sentido da infração anterior, quanto ao argumento da nulidade, comungo do entendimento fixado na decisão de piso no sentido de que não há nulidade no lançamento pela ausência de indicação da alínea correspondente à imputação da multa referenciada na infração, notadamente porque não prejudicou o direito de defesa do Recorrente já que foi plenamente possível a determinação da natureza da infração e dos seus contornos específicos, ou seja, o disposto nos Arts. 4º, § 4º, inciso IV e 42, inciso III, ambos da Lei nº 7.014/96.

Considerando que o recorrente não impugnou especificamente os contornos desta autuação, entendo pela manutenção da decisão quanto à sua pertinência.

- h) Infração 12** – A irresignação do Recorrente foi acolhida quanto ao ponto, externo quanto ao produto “luvas”, que consta no levantamento fiscal, está sujeito à substituição, NCM 4015.19 – Item 9.12 do Anexo I do RICMS/BA - Luvas cirúrgicas e luvas de procedimento, razão pela qual deve ser mantida a autuação.

Pelo exposto, conheço do Recurso Voluntário e voto pelo NÃO PROVIMENTO, mantendo a Decisão de primeiro grau em seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281077.0012/20-4, lavrado contra MAXIMUS ATACADISTA E DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRELI, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 285.172,66, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 284.425,58, e de 100% sobre R\$ 747,08, previstas no Art. 42, incisos VII, “a”, II, alíneas “a” e “b”, IV, “j” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 3.044,85, com previsão no inciso IX do referido dispositivo legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS