

A. I. N° - 298576.0007/20-6
AUTUADO - CRESCER COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRELI
AUTUANTE - LUIS CARLOS MOURA MATOS
ORIGEM - DAT SUL / INFAS VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06.03.2023

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0003-05/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTO FALSO OU INIDÔNEO. Restou comprovado que as notas fiscais foram emitidas para transferência de crédito fiscal. Infração improcedente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Restou comprovado que a descrição da infração e enquadramento não guarda relação com o levantamento fiscal de exigência do imposto por presunção, gerando incerteza quanto ao cometimento da infração e preterido o direito de defesa. Infração nula. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte das mercadorias foi devolvida e os valores exigidos foram integralmente pagos no prazo regulamentar. Infração improcedente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. a) ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Restou comprovado que parte das mercadorias não está enquadrada no regime de substituição tributária e outras tiveram o imposto retido pelo remetente que tem inscrição como contribuinte substituto, com base em Protocolos de ICMS, o que afasta a responsabilidade do destinatário. Infração procedente em parte. b) DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que na apuração do imposto não foi considerado em parte os créditos fiscais indicados nas notas fiscais. Rejeitado o pedido de conversão em multa, por não ter sido comprovado o recolhimento do imposto nas operações subsequentes. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 25/06/2020 exige ICMS no valor de R\$ 77.785,65, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 01.02.11 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento(s) fiscal(is) falso(s), ou inidôneos - R\$ 30.203,83. Multa de 100%.

Infração 02 – 05.05.03 – Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios - R\$ 41.653,71. Multa de 100%.

Infração 03 – 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 - R\$ 2.639,91. Multa de 60%.

Infração 04 – 07.01.02 – Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias proveniente de outras Unidades e/ou do exterior - R\$ 2.085,53. Multa de 60%.

Infração 05 – 07.15.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização - R\$ 1.202,67. Multa de 60%.

O autuado na defesa apresentada por meio dos advogados Eduardo Pinheiro da Silva, OAB/BA 24.661 (fls. 33 a 47) e Luana Helena Rocha Estrela Vargas, OAB/BA 63.644, inicialmente discorre sobre as infrações e ressalta a tempestividade da defesa.

Preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento sob o argumento de que a autoridade fiscal deixou de fundamentar adequadamente as infrações e de fornecer *todos os termos, demonstrativos e levantamentos, que são indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no auto de infração, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros*, conforme determina o art. 46 do Decreto nº 7.629/99, o que prejudicou o exercício do direito de defesa, acarretando a nulidade das referidas infrações, conforme disposto no art. 18, II, do RPAF/BA.

No mérito, quanto a infração 1, alega ser equivocada a acusação de que utilizou indevidamente crédito de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo, pois as notas fiscais 12866, 18820, 19841, 27276, originam-se de transferência de saldo credor de ICMS da matriz para a filial, em conformidade com o disposto no art. 309, XI do RICMS/BA, e improcedente a infração.

No tocante a **INFRAÇÃO 2**, que acusa omissão de receitas por suposta diferença entre o valor total de vendas em cartões de crédito e débito informadas pela empresa e pelas operadoras de cartão, argumenta que a presunção não encontra amparo legal, tendo em vista que as informações apresentadas são insuficientes para justificar a infração, prejudicando até mesmo a elaboração de defesa, além de haver equívocos grosseiros no cálculo da proporcionalidade, o que conduz à nulidade do auto de infração ou à completa improcedência da infração.

Argumenta que embora tenha fundamentado a infração tão somente no art. 2º, I da Lei nº 7.014/96 e nos artigos 215 e 216 do RICMS/BA, a autuação presume omissão de receita com base na divergência de dados informados pelo contribuinte e por administradoras de cartão de crédito e débito.

Transcreve o art. 4º, § 4º da Lei nº. 7.014/1996 que estabelece presunções distintas relacionadas às operações com cartões de crédito, cujo inciso VI, denota que a presunção de omissão de saídas ocorre sempre que se verificar “*valores das operações ou prestações, declarados pelo contribuinte, inferiores aos informados por: a) instituições financeiras; b) revogada; c) shopping centers, centro comercial ou empreendimento semelhantes*”.

Argumenta que a alínea “b” do inciso VI foi revogada em 21/12/2017, deixando de possibilitar a presunção para os valores informados por administradoras de cartão de crédito, e que considerando que a autuação fiscal, não indique o enquadramento legal como sendo o referido inciso VI, presume-se a omissão de vendas tão somente pela suposta diferença entre as informações prestadas pela contribuinte e por administradoras de cartão de crédito e débito. Atenta que a defesa poderia estar encerrada pela demonstração da revogação do citado dispositivo, faltando fundamento legal à presunção.

Alega que se o faturamento mensal informado pelo contribuinte nas planilhas apresentadas, são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões, não se verifica a possibilidade de aplicação da presunção.

Diz que considerando que o demonstrativo fiscal informa que os valores “*das operações ou prestações como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito*” e os valores informados pelas administradoras e cobra a suposta omissão pela diferença, procede a defesa, entendendo estar a infração fundamentada no inciso VII.

Alega que antes de adentrar na análise dos valores a fim de elidir a presunção, impõe-se demonstrar que o caso concreto não se amolda à regra legal de presunção estabelecida no art. 4º, § 4º, VII da Lei nº. 7.014/1996, tendo em vista que:

- 1) A regra exige que o contribuinte preste informações dos totais diários das operações declaradas como sendo recebidas por cartões, mediante leitura Z, extraída da memória fiscal do ECF, indicando os totais diários por meio de pagamento, o que não ocorre no presente caso, visto que emite a NFCe e teria a obrigação de apresentar os totais mensais por administradora de cartões da EFD, visto que a presunção legal alberga, as hipóteses em que as vendas com cartão de crédito e débito devem ser informadas a fim de possibilitar a extração da informação que serve de base para aplicação da presunção;
- 2) No presente caso, a fiscalização baseou tão somente em informação prestada pela defendant, em totais anuais, e não diários, que supostamente diverge do informado pelas administradoras de cartão.

Ressalta que a Lei 13.816/2017 revogou a “alínea b” do inciso VI do art. 4º, § 4º da Lei nº. 7.014/96 que estabelecia a presunção sempre que houvesse “*valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por administradoras de cartões de crédito ou débito*” e alterou a redação do inciso VII, que permaneceu estabelecendo a presunção para tributar omissão de saídas por informações de administradoras de cartões de crédito e débito, mas incluiu na redação a menção “*valores totais diários das operações ou prestações declarados pelo contribuinte*”, abandonando a redação anterior que previa “*valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte*”, sem menção a totais diários.

Conclui manifestando entendimento de que a presunção se resume aos casos em que o contribuinte preste informações dos totais diários das operações declaradas como sendo recebidas por cartões, razão pela qual o presente auto de infração deverá ser julgado improcedente.

Em seguida discorreu que em 16/04/2020, no curso da ação fiscal, apresentou planilhas de vendas em cartões (Doc. 04 e Doc. 05) do período compreendido entre 2016 e 2018, constando, datas das vendas, número das notas fiscais, valores e a bandeira de cartão de crédito e planilha, denominada “*Saídas Escrituradas*”, que foi ignorada na autuação, visto que discriminava os valores pagos em cartão, e não raras as vezes, os clientes pagam uma mesma compra parte com cartão, parte em dinheiro/cheque.

Argumenta que a documentação apresentada foi ignorada, sem qualquer explicação, removeu do “*Relatório Analítico de Conferência de Caixa*” relativo as vendas efetuadas nos cartões ECXCARD-ALIM, CABAL CRED, ALELO ALIM, TICKET ALIM e SODEXO ALIM, e chegou, à sua “*Planilha das Vendas Efetuadas por Cartão de Crédito ou Débito*”, constando os valores de vendas em cartões em 2017 e 2018 que alega terem sido informados pela empresa, de R\$ 1.160.096,73 e R\$ 1.338.298,32, respectivamente.

Argumenta que o Auto de Infração não foi instruído com qualquer demonstrativo das informações prestadas pela administradora de cartão, demonstrando cada operação ou os totais diários, ficando sem saber quais foram as operadoras que prestaram as informações, ou mesmo quais as vendas que supostamente teria omitido, para que pudesse exercer o seu direito de defesa.

Afirma que no ano de 2017 emitiu notas fiscais de saída de mercadorias vendidas em cartão no valor de R\$ 1.509.166,88, sendo registrado nas notas que R\$ 1.464.811,53 foram efetivamente pagos em cartões e o restante pago por outro meio, que está muito acima dos R\$ 1.160.096,73 que o

autuante afirma ter sido informado pelo estabelecimento autuado e é igualmente superior ao valor informado por administradora de cartão, de R\$ 1.203.212,78.

Da mesma forma, no ano de 2018, na planilha “Saídas Escrituradas” informa saída pagas com cartão totalizando R\$ 1.782.936,42, do quais R\$ 1.722.746,63 foram efetivamente pagos por esse meio, enquanto a fiscalização afirma ter informado vendas no valor de R\$ 1.338.292,32 e a administradora de cartão R\$ 1.619.047,64, ambos inferiores ao valor regularmente escriturado.

Quanto ao cálculo do índice de proporcionalidade, o autuante considerou entradas para *Comercialização* e não das saídas, conforme determina a IN SAT nº. 56/2007, para os cálculos dos respectivos índices dos anos de 2017 e 2018, além de ter utilizado o índice anual de proporcionalidade ao invés do cálculo mês a mês, sem observar que a lei determina que sejam considerados os períodos mensais de apuração do ICMS.

Conclui alegando que o autuante deveria justificar a adulteração do documento enviado pelo contribuinte, para instruir o Auto de Infração com as informações prestadas pelas operadoras de cartões de crédito e débito, realizado o cotejo de tais informações dia a dia, e, caso apurasse omissão, aplicasse o índice mensal de proporcionalidade, haja vista ser o fato gerador mensal.

Alega que com isso, no mínimo, prejudicou o exercício pleno de defesa e o auto de infração deve ser declarado nulo por violação ao art. 18, II c/c art. 46 do Dec. 7.629/99.

No que se refere a infração 3, que exige diferencial de alíquotas relativo às notas fiscais 30.694 e 31.046, afirma que a primeira delas, teve as mercadorias devolvidas no mesmo mês (08/2018), conforme nota fiscal de devolução regularmente emitida e escriturada, sendo incabível falar em débito de diferencial de alíquotas.

Quanto a nota fiscal 31.046, alega que o autuante cometeu equívoco nos cálculos, cuja correta metodologia aplicada chega-se ao valor de R\$ 2.750,00:

$$R\$ 20.500,00 * (1 - 7\% / 100\%) = R\$ 19.065,00 \text{ (valor expurgado o imposto)}$$

$$R\$ 19.065,00 / (1 - 18\% / 100\%) = R\$ 23.250,00 \text{ (nova base de cálculo)}$$

$$R\$ 23.250,00 * 18\% = R\$ 4.185,00; R\$ 4.185,00 - R\$ 1.435,00 \text{ (imposto destacado)} = R\$ 2.750,00 \text{ (DIFAL)}$$

Diz que considerando o valor de R\$ 2.750,00 que já foi recolhido, não remanesce qualquer débito.

No tocante a infração 4 (recolhimento a menor do ICMS-ST), destaca que a fiscalização tomou como referência à entrada da mercadoria no estabelecimento ou a data de emissão do MDF-e correspondente à NF-e de saída do fornecedor, ou seja, a data de emissão extraída do documento fiscal eletrônico.

Entende que se deve considerar, para efeito de alocação das notas fiscais nos respectivos meses, a data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, nos termos do art. 332, § 2º do RICMS/2012, e não a data de emissão da nota fiscal pelo fornecedor, como o fez o autuante.

Afirma que esse procedimento implicou que em diversos meses o contribuinte teria recolhido a maior o imposto e em outros recolheu imposto a menor e ainda que superado tal vício, é completamente improcedente esta infração, conforme razões abaixo expostas, por NF-e.

NF 133576: o pagamento relativo a março/2017, inclui a NF-e 133576, realizado no dia 14/06/2017, conforme DAE 1703240470, com valor principal de R\$ 403,18, mais juros, totalizando R\$ 433,12.

NFº 249111: Relativa ao item “XAROPE GROSELHA CERESER PET-1000 ML”, NCM 2106.90.10, que não se confunde com o item de mesmo NCM incluso no Anexo 01 – (2017), descrito como “Xarope ou extrato concentrado destinado ao preparo de refrigerante em máquina “pré-mix” ou “post-mix””, sendo improcedente a cobrança.

NFs 135411, 136653 e 14041: Conforme cópias das notas fiscais, recebeu as mercadorias com o destaque de ICMS ST, visto que os itens com NCM 8539.50.00 constam no Prot. ICM 17/85 e o ICMS-

ST foi recolhido pelo remetente, substituto tributário do Estado de São Paulo, via GNRE, o que se confirma também pelo CFOP 6403, constante nas notas.

NFs. 1202489 e 1314173: Referem-se a itens remetidos pelo CNPJ nº 61.413.282/0001-43 (emitente de 49 itens dos 67 que foram objeto de autuação), que têm NCMs 8481.80.19, 8539.50.00, 8539.31.00, 3922.20.00, 3917.40.90 e 3917.29.00, todos constantes no Prot. ICMS 104/09 ou Prot. ICM 17/85, de modo que o remetente é o responsável pelo recolhimento do imposto na condição de substituto tributário, fato que se confirma pelas notas fiscais em anexo, que comprovam o recebimento das mercadorias com o devido destaque do ICMS ST, indicando os CFOP 6401 ou 6403, e recolhimento do ICMS ST por ele próprio, por GNRE. Ressalta ainda que na consulta anexa, o referido CNPJ possui inscrição ativa nos cadastros da SEFAZ como contribuinte substituto, nos termos do art. 8º, § 5º, da Lei nº 7.014/96, o que afasta a responsabilidade da impugnante pelo recolhimento do ICMS.

NF 83646: O pagamento relativo a maio/2018, incluindo a NF-e 83646, foi realizado no dia 25/06/2018, no DAE nº 1803489312, cujo valor principal era de R\$ 93,79.

Quanto à infração 5, (recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial), argumenta que o autuante elaborou a planilha com base no Dec. nº 14.213/12, limitando o crédito admitido em cada operação de entrada de mercadorias provenientes dos Estados de Minas Gerais, Goiás e Pernambuco, nos percentuais estabelecidos no Anexo Único do referido Decreto, porém a glosa de crédito foi revogada, após a LC nº 160/2017, regulamentada pelo Convênio ICMS 190/17, para autorizar a convalidação dos benefícios fiscais concedidos à margem do CONFAZ, a exemplo da decisão contida no Acórdão CJF Nº 0372-11/19, cuja ementa transcreveu à fl. 190.

Diz que conforme *Planilha da Antecipação Parcial Considerando a Totalidade dos Créditos de ICMS* elaborada pela impugnante, considerando os créditos de 7% (MG), em contraposição aos 3% considerados pelo autuante; e 12% (GO), no lugar do 0% inexplicavelmente consignado; 12% (PE) em substituição aos 3% implicou redução da infração 5 de R\$ 1.202,67 para R\$ 684,17.

Alega que considerando que não há omissão de saída, haja vista a manifesta improcedência da Infração 02, nos termos acima expostos – e que, por isso, o imposto foi devidamente recolhido nas operações subsequentes, incide ao caso a regra do art. 42, § 1º da Lei nº 7.014/1996: dispensa-se a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se somente a multa da alínea “d”, inciso II, do mesmo artigo (60% sobre o valor não recolhido tempestivamente).

Apresenta quadro demonstrativo à fl. 491, indicando que se aplicada a multa de 60% x R\$ 648,14 resulta em valor devido de R\$ 410,50, que aplicada a redução de 90% do valor da multa para o pagamento no prazo de impugnação, resta devido o valor de R\$ 41,05, que só não recolheu antes, por o sistema da SEFAZ/BA não disponibilizar meios para que seja realizado isoladamente.

Requer-se a reabertura do prazo para pagamento da multa com redução de 90%.

Por fim, requer acolhimento da defesa, reconhecendo a nulidade das infrações 2 e 4 e a improcedência das infrações 1, 3 e 5, e subsidiariamente, a improcedência das infrações.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 523 a 536), quanto a infração 1, afirma que as notas fiscais citadas não foram encontradas e indicadas como “Entradas não identificadas na EFD”, não tendo sido esclarecido pelo estabelecimento autuado.

Diante das notas fiscais juntadas com a defesa e após verificação das chaves de acesso no Portal da NFe, constatou a sua autenticidade e concorda com a improcedência da infração.

No tocante a infração 2, discorre sobre os argumentos defensivos e inicialmente afirma que a defesa trata de dispositivos legais diferentes do enquadramento da infração, “que possivelmente foi defesa de um outro PAF”. Afirma que:

“O cerne da autuação é a omissão das operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido essa irregularidade apurada mediante a constatação de que autuado declarou valores de vendas pagas com cartão de crédito em montante inferior ao informado pelas administradoras de cartão de crédito. Ou seja, clara evidência de vendas sem as correspondentes emissão das notas fiscais”.

Transcreveu a IN SAT nº. 56/2007 (fl. 529) e concluiu que “*Ou seja, totalmente sem fundamento o autuado. Mantido o lançamento da omissão*”.

Quanto a infração 3, reproduz o teor da defesa (fl. 530) e informa que “As notas fiscais citadas não foram encontradas no ‘pacote’ da fiscalização” e que constatou através da chave de acesso no Portal da NFe, a autenticidade das mesmas e concorda com a improcedência da infração.

Relativamente a infração 4, reproduz às fls. 531 e 532 o teor da defesa, e informa que:

- a) “*Nota Fiscal nº 133576 - Procedente o autuado*
- b) *Nota Fiscal nº 249111 - Manteremos o lançamento*
- c) *Notas Fiscais nº 135411, 136653 e 14041 (Doc. 08) - Destaque é uma coisa, recolhimento é outra. Não foi encontrada a GNRE mencionada. Mantido o lançamento.*
- d) *Notas Fiscais nº 1202489 e 1314173 (Doc. 09) – Procedente o autuado”*

Diz que apresenta uma nova planilha (fl. 537) com apresentação dos valores remanescentes.

Quanto a infração 5, reproduz às fls. 432 a 535 o teor da defesa e afirma que:

“O autuado fugiu do cerne da autuação (copiou outra defesa equivocadamente) que foi a falta de pagamento da antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação. Mantido o lançamento”.

Conclui afirmando que após feitas as ponderações e levando em consideração os fatos que foram apresentados nesta defesa, opina pela improcedência das infrações 1 e 3, procedência parcial da infração 4 e total das infrações 2 e 5.

A 5ª JJF em pauta suplementar de 30/03/2021 deliberou pela realização de diligência fiscal no sentido de que fosse fornecido o Relatório produzido pelo autuante (infração 2), conteúdo da informação fiscal e da diligência ao estabelecimento autuado.

O estabelecimento autuado manifestou-se por meio de seus representantes legais (fls. 551 a 563), inicialmente ressalta a sua tempestividade, comenta o posicionamento do autuante e requer que seja acolhido o posicionamento pela improcedência das infrações 1 e 3.

Quanto a infração 2 (omissão de receitas/cartões de crédito/débito) afirma que procurou demonstrar de maneira exaustiva, que o caso não se subsume à regra legal de presunção, equívocos cometidos na apuração e existência de erros no cálculo da proporcionalidade.

E que a informação fiscal não se debruçou sobre o mérito da impugnação, apresentando respostas evasivas ou genéricas às suas pontuações conforme passou a relatar para cada tópico:

- 1) NÃO SUBSUNÇÃO DO CASO À REGRA DE PRESUNÇÃO: Transcreve o art. 2º, I da Lei nº 7.014/96 e artigos 215 e 216 do RICMS/BA, que não tratam de presunção, estabelecidas no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, que foi negada pela fiscalização;
- 2) APURAÇÃO DA SUPOSTA OMISSÃO: Alega que o autuante se limitou a informar que teria apurado irregularidade “*mediante a constatação de que o autuado declarou valores de vendas pagas com cartão de crédito em montante inferior ao informado pelas administradoras de cartão de crédito*”, porém diante dos demonstrativos e valores indicados que destoam das planilhas elaboradas pela fiscalização, permanece sem saber quais operadoras e vendas que foram omitidas;
- 3) DO CÁLCULO DA PROPORCIONALIDADE: Diante da demonstração da existência de erros no cálculo da proporcionalidade, o autuante, limitou-se à transcrição da IN SAT 56/2007 e declarou que: “*Ou seja, totalmente sem fundamento o autuado*”, sem contestar que a proporcionalidade deve ser calculada pelos valores das saídas, e não das entradas e o índice anual de proporcionalidade, não encontra respaldo na referida Instrução Normativa, os períodos considerados deveriam ter sido mensais, em coerência com o fato gerador mensal do imposto.

No tocante a infração 4 (Substituição Tributária), reitera que “as planilhas elaboradas pelo Autuante não indicam a data de entrada da mercadoria no estabelecimento da Contribuinte ou a data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, limitando-se a informar a data de emissão das NFs”, informação que considera indispensável para que pudesse verificar se houve a alocação das notas fiscais nos meses corretos para a cobrança, em virtude do disposto no art. 332, § 2º, do RICMS/2012, sendo provável a hipótese de erro na alocação nas NFs, pois apurado recolhimento a maior do imposto em alguns meses e a menor em outros. Motivo pelo qual reitera a arguição de nulidade *supra* nesta oportunidade.

Com relação a todas as notas fiscais, ressalta as que foram reconhecidas pelo autuante, que requer o acolhimento da informação fiscal.

Quanto às notas fiscais não reconhecidas, reitera o teor da defesa de que a NF: 249111, o produto não está enquadrado na ST; 135411, 136653 e 1404, os itens têm NCM 8539.50.00, constando no Prot. ICM 17/85, e o ICMS ST foi recolhido pelo remetente; 83646, o pagamento foi feito no mês de maio de 2018, incluindo a NF-e 83646, foi realizado no dia 25/06/2018, no DAE nº 1803489312, cujo valor principal era de R\$ 93,79 e o autuante não teceu qualquer consideração sobre este tópico, cujos termos ficam ratificados nesta oportunidade.

No que se refere a infração 5, afirma que o autuante apenas disse que “*O autuado fugiu do cerne da autuação (copiou outra defesa equivocadamente)*”, sem reconhecer os equívocos que cometera ao realizar o lançamento, tendo em vista que aproveitou os créditos fiscais integrais no cálculo do ICMS antecipação parcial, sem atentar que o Dec. 14.213/12, foi revogado e o autuante limitou os créditos admitidos nas entradas de mercadorias provenientes dos Estados de Minas Gerais, Goiás e Pernambuco, nos percentuais estabelecidos no Anexo Único do referido Decreto.

Reitera o teor da defesa pela aplicação da multa sobre o valor remanescente.

Conclui ratificando todos as razões da impugnação inicial, reiterando seu pleito de reconhecimento da nulidade das Infrações 2 e 4 e da improcedência das infrações 1, 3 e 5.

O autuante na segunda informação fiscal (fl. 568) afirmou que “Após atendimento da diligência às folhas 541 e 543, nada mais temos a acrescentar do que já foi colocado e discutido neste PAF”.

Em despacho de fl. 570, a Secretaria do CONSEF justificou que tendo em vista que o Relator Antônio Expedito Santos de Miranda está atuando na ASTEC/CONSEF, o processo foi redistribuído para esse relator.

Compareceu para sustentação oral a advogada Luana Helena Rocha Estrela Vargas, OAB/BA 63.644.

VOTO

O auto de infração acusa o cometimento de cinco infrações, que foram impugnadas.

Quanto a nulidade suscitada do lançamento sob o argumento de que a fiscalização deixou de fundamentar adequadamente as infrações e de fornecer todos os termos, demonstrativos e levantamentos, indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no auto de infração, observo que a 5ª JJF deliberou pela realização de diligência fiscal (fls. 542/543) na qual foi fornecido os demonstrativos e informação fiscal, que em momento posterior se manifestou. Assim sendo, considero que foi saneado as inconsistências alegadas, motivo pelo qual fica rejeitada a nulidade suscitada.

No mérito, a infração 1 acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. O sujeito passivo juntou com a defesa as cópias das notas fiscais 12866, 18820, 19841, 27276 (fls. 502 a 505) nas quais constam os valores de créditos fiscais transferidos de saldo credor de ICMS da matriz para a filial, o que foi acolhido na informação fiscal.

Pelo exposto, restou comprovado a regularidade dos créditos fiscais, cujo procedimento é previsto no art. 309, XI, do RICMS/BA e improcedente a infração 1.

A infração 2 acusa: “*Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios*” relativo aos exercícios de 2017 e 2018, totalizando R\$ 41.653,71, indicando como enquadramento o art. 2º, I da Lei 7.014/96 c/c artigos 215 e 216 do RICMS/BA, e multa de 100% tipificada no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Na defesa apresentada o sujeito passivo alegou que:

- i) O enquadramento indica dispositivos que não se coadunam com omissão de receita decorrente de divergência de dados informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito;
- ii) Deveria ser fornecido o demonstrativo diário por operação e cobrar por diferença mensal;
- iii) A Lei 13.816/2017 revogou a alínea “b” do inciso VI que estabelecia a presunção e incluiu no inciso VII da Lei 7.014/96 a redação de “valores totais diários das operações declaradas pelo contribuinte”;
- iv) Emitiu notas fiscais em valores superiores ao apurado pelo autuante;
- v) Foi aplicado proporcionalidade com base nas entradas e não das saídas, e também anual, ao invés de mensal, contrariando o disposto na IN 56/2007.

O autuante na informação fiscal afirmou que na defesa foi tratado de dispositivos legais diferentes do enquadramento da infração (fl. 528) e que a autuação acusa omissão de operações de saídas de mercadorias “mediante constatação de que o autuado declarou valores de vendas pagas com cartão de crédito em montante inferior ao informados pelas administradoras de cartão de crédito” evidenciando vendas sem emissão de documentos fiscais (fl. 529).

Inicialmente ressalto que com relação a apuração do índice de proporcionalidade a IN 56/2007 prevê que apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, “o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido”, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão. Portanto, não há nenhum impedimento de que seja feito pelas entradas ou saídas de mercadorias. Também, constato que a fiscalização apurou índices mensais nos demonstrativos juntados às fls. 19 e 20 e apurou o porcentual médio do ano, que entendo não contrariar a citada Instrução Normativa. Portanto, tais alegações não se coadunam como vícios insanáveis que conduzam a nulidade da infração.

A infração foi descrita como “*Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios*” e enquadramento no art. 2º, I da Lei 7.014/96 c/c artigos 215 e 216 do RICMS/BA, observo que os citados dispositivos estabelecem:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados;

...

Art. 215. A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade.

§ 1º Os lançamentos nos livros fiscais serão feitos a tinta, com clareza, não podendo a escrituração atrasar-se por mais de 5 (cinco) dias, ressalvados os livros a que forem atribuídos prazos especiais.

§ 2º Os livros fiscais não poderão conter emendas ou rasuras.

§ 3º Os lançamentos, nos livros fiscais, serão somados no último dia de cada mês, quando não houver outro prazo expressamente previsto.

Art. 216. Constituem instrumentos auxiliares da escrita fiscal os livros da contabilidade geral, o Copiador de Faturas, o Registro de Duplicatas, as notas fiscais, os Documentos de Arrecadação Estadual e demais documentos, ainda que pertencentes ao arquivo de terceiros, que se relacionem com os lançamentos efetuados na escrita fiscal ou comercial do contribuinte.”.

Ressalte-se que os artigos 215 e 216, foram revogados pelo Dec. nº 20.136, de 07/12/20, e o auto de infração foi lavrado em 25/06/2020, ou seja, durante a sua vigência.

Entretanto, tanto a descrição da infração, quanto o enquadramento indicado no auto de infração com base no art. 2º, I da Lei 7.014/1996 e artigos 215 e 216 do RICMS/BA, não se coaduna com o levantamento fiscal de fls. 16 a 469, que tomou como base o Relatório TEF – Anual juntado às fls. 17 e 18 que foram confrontados com as vendas registradas por cartão de crédito ou débito indicado nas notas fiscais de vendas emitidas pelo sujeito passivo.

Conforme alegado pelo defensor, o art. 4º, § 4º, VI da Lei 7.014/96 com a redação vigente até 21/12/17 estabelecia:

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

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

"b) administradoras de cartões de crédito ou débito;"

A alínea "b" do inciso VI do § 4º do art. 4º foi revogada pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, com efeitos a partir de 22/12/17, porém foi inserido o inciso VII que estabelece:

VII - valores totais diários das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

Pelo exposto, tanto no exercício de 2017 como em 2018, o imposto poderia ser exigido com base na presunção prevista no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/1996.

Consequentemente, tanto a descrição da infração como o enquadramento indicado não se coadunam com os elementos caracterizadores da infração decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Além disso, foi juntado com a defesa a planilha que indica as operações realizadas pelo contribuinte relativo a notas fiscais emitidas com recebimento por meio de cartão de crédito, mas não foi fornecido o Relatório TEF com indicação de operações diárias, o que impossibilitou exercer o seu direito de defesa.

Por tudo que foi exposto, deixo de apreciar as razões de mérito e declaro nula a infração 2, tendo em vista que a descrição da infração e enquadramento legal não se coaduna com a infração apontada, nos termos do art. 18, II e IV do RPAF/BA, tendo em vista que os atos praticados preteriram o direito de defesa e o lançamento de ofício não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Recomendo que a autoridade competente mande renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas, observado o período decadencial.

A infração 3 exige diferencial de alíquotas relativos às notas fiscais 30.694 e 31.046.

No tocante à nota fiscal 30.694, o sujeito passivo juntou com a defesa à fl. 507, cópia do DANFE relativo a NFe 1.445, emitida em 30/08/2018 relativa à devolução de uma máquina de gelo em escama, indicando nas informações complementares que trata da devolução da NFe 30.694.

Quanto a nota fiscal 31.046, o autuado alegou que o valor recolhido de R\$ 2.750,00 está correto o que foi reconhecido pelo autuante na informação fiscal (fl. 530). No demonstrativo de fl. 9, a fiscalização indicou valor do ativo de R\$ 20.500,00, alíquota de 7%, valor recolhido de R\$ 2.750,00 e valor a recolher de R\$ 315,00.

O autuado indicou cálculo de $R\$ 20.500,00 * (1-7\% /100\%) = R\$ 19.065,00/(1-18\% /100\%)=R\$ 23.250,00*18\% = R\$ 4.185,00 - R\$ 1.435,00$ (imposto destacado) = R\$ 2.750,00 (DIFAL)

Considero que o valor calculado e recolhido de R\$ 2.750,00 está correto, conforme reconhecido pelo autuante e não remanesce qualquer débito.

Infração 3 improcedente.

A infração 4 acusa recolhimento a menor do ICMS-ST.

Na defesa apresentada, o defendant alegou: i) não ter sido considerada a data da entrada da mercadoria no estabelecimento; ii) mercadoria não enquadrada na ST; iii) responsabilidade do remetente em razão de Prot. ICM 17/85, o que foi acolhido em parte na informação fiscal.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que em relação aos meses de:

MAR/2017. NF 133576 - foi exigido pagamento relativo a março/2017. O sujeito passivo alegou que efetuou o pagamento no dia 14/06/2017, conforme DAE 1703240470, acrescido de juros, totalizando R\$ 433,12, o que foi reconhecido na informação fiscal.

JUN/2017. NF 249111 - o sujeito passivo alegou que o produto “XAROPE GROSELHA CERESER PET-1000 ML”, NCM 2106.90.10, não é enquadrado no regime de ST, o que foi contestado pelo autuante.

O item 3.9 do Anexo 1 do RICMS/BA vigente em 2017 indica como enquadrado na ST o produto com NCM 2106.90.1 “Xarope ou extrato concentrado destinados ao preparo de refrigerante em máquina “pré-mix” ou “post-mix””. Como o produto constante da citada NFe é “XAROPE GROSELHA CERESER PET – 1000 ML”, assiste razão ao defendant e improcedente a cobrança.

NF 135411 – o sujeito passivo juntou cópia a fl. 509, relativo à aquisição de LAMP LED, com NCM 8539.50.00, com indicação do Prot. ICM 17/85 e o ICMS-ST retido. O autuante alegou que o remetente localizado no Estado de São Paulo, não promoveu o recolhimento via GNRE.

Observo que apesar de o remetente ter feito a retenção do ICMS-ST, na NFe não consta a inscrição como substituto tributário no Estado da Bahia e também não foi apresentado o comprovante de recolhimento por meio de GNRE. Neste caso, assiste razão a fiscalização, visto que o destinatário é responsável solidário nos termos do art. 8º, § 5º da Lei 7.014/96 que estabelece:

§ 5º A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado.

AGO/2017 NFs. 1.202.489 e ABR/2017, NF 1.314.173: Os itens que foram objeto de autuação, com NCMs 8481.80.19, 8539.50.00, 8539.31.00, 3922.20.00, 3917.40.90 e 3917.29.00, integram o Prot. ICMS 104/09 e Prot. ICM 17/85, tendo o remetente feito a retenção do imposto (fls. 512 a 516) e o CNPJ 61.413.282/0001-43 tem inscrição como contribuinte substituto no cadastro de ICMS da SEFAZ/BA, nº 082.157.016. Portanto, nos termos do art. 8º, § 5º da Lei nº 7.014/96, é afastada a responsabilidade do impugnante pelo recolhimento do ICMS, fato reconhecido pelo autuante.

SET/2017 NF 136653. Refere-se ao mesmo produto (LAMP LED). Válido a mesma apreciação.

NOV/2017 NF 51 - não contestada. Fica mantida.

MAI/2018 NF 14.0401 - Refere-se ao mesmo produto (LAMP LED). Válido a mesma apreciação.

NF 83646 - O defendant alegou que o pagamento relativo a maio/2018, incluindo a NF-e 83646, foi realizado no dia 25/06/2018, no DAE nº 1803489312, cujo valor principal era de R\$ 93,79. O autuante não contestou esta alegação tanto na primeira informação fiscal, quanto na segunda. Como foi indicado no demonstrativo de fl. 11, valor exigido relativo a esta nota fiscal de R\$ 64,87 (R\$ 25,95 + R\$ 38,92), que é inferior ao valor recolhido no mês, fica afastado o valor correspondente.

Por tudo que foi exposto, tomo como base o demonstrativo de débito e promovo os ajustes:

Data Ocorr	Data Vcto	Autuado	Dedução	Devido	Situação - exclusão
31/03/2017	9/04/2017	215,37	215,37	0,00	NF 135576
30/06/2017	9/07/2017	539,48	217,58	321,90	NF 249111

31/08/2017	9/09/2017	162,61	162,61	0,00	NF 1202489
30/09/2017	9/10/2017	156,41	0,00	156,41	NF 136653
30/11/2017	9/12/2017	115,27	0,00	115,27	NF 51
30/04/2018	9/05/2018	492,01	492,01	0,00	NF 1.314.173
31/05/2018	9/06/2018	404,38	0,00	404,38	NF 140401
Total		2.085,53	1.087,57	997,96	-

Infração 4 procedente em parte com redução do débito de R\$ 2.085,53 para R\$ 997,86.

No que se refere à infração 5, (recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial) o sujeito passivo alegou que o autuante na apuração do ICMS antecipação parcial, limitou os créditos com base no Anexo Único do Dec. nº 14.213/12, que foi revogado.

Na primeira informação fiscal o autuante afirmou que o “autuado fugiu do cerne da autuação” (copiou outra defesa equivocadamente) e manteve a exigência fiscal (fl. 535).

Tendo reiterado os argumentos na manifestação acerca da diligência fiscal (fls. 561/563) o autuante não contestou na segunda informação fiscal (fl. 568).

Constatou que no demonstrativo original (fls. 13 a 15), o autuante deduziu créditos fiscais de 3% para operações originárias do Estado de Minas Gerais, a exemplo da NF 1.076.955 (fl. 13) e Pernambuco, a exemplo da NF 46.062 (fl. 14) ao invés de porcentuais de 7% e 12%, bem como considerou alíquota 0% para algumas operações originárias do Estado de Goiás, a exemplo da NF 39 (fl. 13) ao invés de 12% e para outras operações (GO) considerou o crédito correto de 12% a exemplo da NF 10.594 (fl. 15).

Considerando que o Convênio ICMS 190/17 regulamentou o conteúdo da LC 160/2017, que autorizou a convalidação dos benefícios fiscais concedidos à margem do CONFAZ, como decidido no Acórdão CJF Nº 0372-11/19, acato o demonstrativo apresentado pelo sujeito passivo, gravado na mídia acostada à fl. 521, na qual foi utilizado os dados apurados pela fiscalização com indicação dos créditos fiscais corretos (7% /MG e 12%/GO e PE) ficando reduzido o débito da infração 5 de R\$ 1.202,67 para R\$ 684,17, conforme síntese abaixo:

Data Ocorr	Data Vcto	1.Autuado	2.Devido	3.Recolhido	Diferença (2-3)
31/12/2016	9/01/2017	244,01	167,85	48,88	118,97
30/04/2017	9/05/2017	166,18	182,62	82,85	99,77
31/05/2017	9/06/2017	49,04	67,92	43,57	24,35
31/08/2017	9/09/2017	480,84	711,38	438,05	273,33
31/03/2018	9/04/2018	110,00	110,00	0,00	110,00
31/07/2018	9/08/2018	57,77	57,77	0,00	57,77
30/09/2018	9/10/2018	94,83	94,83	132,89	-
Total		1.202,67	1.392,37	746,24	684,19

No que se refere ao pedido de conversão do imposto exigido em multa de 60% (art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996) deixo de acatar tendo em vista que não foi comprovado que as operações subsequentes com as mercadorias objeto da autuação tenham sido tributadas, conforme dispõe o art. 42, § 1º da Lei 7.014/1996.

Ressalto que conforme disposto no art. 45, II e III da Lei 7.014/96, o sujeito passivo pode quitar a infração com redução dos porcentuais da multa em 35% (antes da inscrição em dívida ativa) ou 25% (antes do ajuizamento da ação de execução).

Infração 5, procedente em parte, com redução do débito de R\$ 1.202,67 para R\$ 684,19.

Por tudo que foi exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o auto de infração conforme resumo abaixo:

Infração	Autuado	Julgado	Situação
1	30.203,83	0,00	Improcedente
2	41.653,71	0,00	Nula
3	2.639,91	0,00	Improcedente
4	2.085,53	997,96	Procedente em parte
5	1.202,67	684,19	Procedente em parte
Total	77.785,65	1.682,15	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298576.0007/20-6**, lavrado contra **CRESER COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 1.682,15**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 janeiro de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR