

A.I. Nº - 207098.0001/22-8  
AUTUADA - COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.  
AUTUANTE - ADEMILSON BARNABÉ DA SILVA  
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01/03/2023

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0032-02/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO. Valor reduzido por acolhimento de parte de elementos de provas apresentados na defesa. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. a) OPERAÇÕES COM EMISSÃO DE NF-e; b) OPERAÇÕES COM EMISSÃO DE NFC-e. Valor reduzido por acolhimento de parte das provas e argumentos da defesa. Infrações parcialmente subsistentes; c) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO. Infração reconhecida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO. Comprovado, através dos registros no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, que as aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, o ICMS-ST foi retido pelo remetente das mercadorias. Infração insubstancial. 4. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. A autuada cometeu a infração de dar entrada no estabelecimento de mercadoria sem o devido registro na escrita fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 30/03/2022, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 195.211,93, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

**INFRAÇÃO 01 – 001.002.006.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. ICMS exigido R\$ 53.074,82, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, para fatos apurados em janeiro a dezembro de 2019.

O autuante informa que “*O contribuinte utilizou crédito fiscal entradas de mercadoria enquadradas no regime de Substituição Tributária por Antecipação, cujas mercadorias, que encontram-se relacionadas nos demonstrativos constantes do Anexo I, sofreram a tributação de forma antecipada, em obediência ao disposto no art. 9º da Lei nº 7.014/96, assim estabelecido:*

*'Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a, fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.'".*

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II da Lei nº 7.014/96, c/com art. 290 do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 02 - 002.001.003.** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS exigido R\$ 2.610,84, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, para fatos apurados em setembro e dezembro de 2019.

O autuante informou que "*O contribuinte efetuou saídas de mercadorias tributadas, tendo como natureza da operação 'Remessa em Bonificação, Doação ou Brinde' CFOP 5.910, sem a devida tributação do imposto, conforme demonstrativos constantes do Anexo II, relativamente ao exercício de 2019, conforme cópias das referidas Notas Fiscais eletrônicas anexas*".

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332 do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 03 - 002.001.003.** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS exigido R\$ 50.796,78, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, para fatos apurados em janeiro e dezembro de 2019.

O autuante complementa informando que: "*O contribuinte efetuou saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, a exemplo de chocolates, produtos de higiene pessoal, material de limpeza, bebidas, dentre outras mercadorias que deixaram de sujeitar-se à substituição tributária no exercício de 2019, conforme demonstrativos constantes do Anexo III, e cópias de Notas Fiscais eletrônicas anexadas por amostragem*".

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332 do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 04 - 002.001.003.** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS exigido R\$ 24.214,54, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, para fatos apurados em janeiro a dezembro de 2019.

Consta a seguinte informação: "*O contribuinte efetuou saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, através de Nota Fiscal a Consumidor Eletrônica - NFC-e, a exemplo de chocolates, produtos de higiene pessoal, material de limpeza, bebidas, dentre outras mercadorias que deixaram de sujeitar-se à substituição tributária no exercício de 2019, conforme demonstrativo constante do Anexo IV*".

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332 do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 05 - 006.005.001.** 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 e/ou consumo do próprio estabelecimento. ICMS exigido R\$ 2.206,12, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96, para fatos apurados em abril, maio, setembro, outubro e dezembro de 2019.

O autuante complementa informando que: "*O contribuinte efetuou recolhimento a menor de ICMS Diferencial de Alíquota, conforme demonstrativos constantes do Anexo V relativamente ao exercício de 2019 e cópias de Notas Fiscais eletrônicas anexas*".

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, c/com art. 305, § 4º, inc. III, alínea "a" do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 06 – 007.001.002.** Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. ICMS exigido R\$ 42.224,31, acrescido de multa de 60%

tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, para fatos apurados em janeiro, fevereiro, abril, maio, agosto e setembro de 2019.

Consta a informação: “*Conforme demonstrativo constante do Anexo VI, referente ao exercício de 2019 e cópias de notas fiscais anexas*”.

Enquadramento legal: art. 8º, inc. II e art. 23, § 3º da Lei nº 7.014/96, c/com art. 289 do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 07 – 016.001.006.** Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa percentual de 1% sobre o valor de cada nota fiscal no valor de R\$ 20.084,52, prevista no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96, para fatos ocorridos em janeiro a dezembro de 2019. “*Conforme lista de Notas Fiscais eletrônicas constantes do demonstrativo do Anexo VII, referente ao exercício de 2019, e conforme cópias das NF-e por amostragem anexas*”.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

A autuada através de seu Advogado impugnou o lançamento, fls. 197 a 204, onde inicialmente reproduziu as infrações e tratando da infração 01, apresentou tabela indicando que o demonstrativo contém inconsistências, pois, os produtos relacionados são tributados.

Código	Descrição	NCM	Observação
100535.0	MASSA LASANHA FORTALEZA PRÉ COZIDA 12X200 G	19021100	Massa pré-cozida
119963.0	ENERGÉTICO GUARANUP CP 24X290 ML	22021000	Bebida mista
3409.0	ÓLEO PEROBA KING 6X100 ML	27101999	Lustra móveis
38284.0	ENERGÉTICO GUARATHON CP 36X290 ML	22021000	Bebida mista
44017.0	ENERGÉTICO GUARAMIX CP 36X290 ML	22029900	Bebida mista - NCM correto 22021000
45828.0	ENERGÉTICO GUARAMIX SPORT PET 24X500 ML	22021000	Bebida mista
47158.0	ENERGÉTICO GUARAMIX PET 24X500 ML	22021000	Bebida mista
73850.0	ENERGÉTICO GUARANUP AÇAÍ 12X250 ML	22021000	Bebida mista
94604.0	BACON PIF PAF DEFUMADO KG	16024900	
99495.0	MASSA PASTEL GREAT VALUE DISCO MED 1X400 G	19021900	Massa pré-cozida
99501.0	MASSA PASTEL NÁPOLES ROLO 1X400 G	19021900	Massa pré-cozida
99510.0	MASSA PASTEL GREAT VALUE DISCO PEQ. 1X200 G	19021900	Massa pré-cozida
99529.0	MASSA PASTEL NÁPOLES ROLO 1X1 KG	19021900	Massa pré-cozida
99538.0	MASSA PIZZA NÁPOLES PICCOLI 1X400 G	19021900	Massa pré-cozida
99547.0	MASSA PIZZA NÁPOLES C/2UN 1X360 G	19021900	Massa pré-cozida
99556.0	MASSA PIZZA NÁPOLES MINI C/10UN 1X500 G	19021900	Massa pré-cozida

Quanto a infração 02, afirma que os itens relacionados no demonstrativo se referem a entrega de brinde com CFOP 5.910. Os itens não são produtos do *mix* de comercialização da empresa.

Ao abordar a infração 03, aponta que o demonstrativo contém inconsistências, as quais relaciona

**a) Produtos sujeitos à substituição tributária.**

Código	Descrição	NCM	Observação
104292.0	CREMOSINHO DOCE MEL AÇAÍ/BANANA 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104309.0	CREMOSINHO DOCE MEL BABA AZUL 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104318.0	CREMOSINHO DOCE MEL CAJA 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104327.0	CREMOSINHO DOCE MEL COCO 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104336.0	CREMOSINHO DOCE MEL F. TROPIC 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104345.0	CREMOSINHO DOCE MEL GRAVIOLA 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104354.0	CREMOSINHO DOCE MEL MARACUJÁ 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete

104363.0	CREMOSINHO DOCE MEL MORANGO 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104372.0	CREMOSINHO DOCE MEL UVA 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104381.0	CREMOSINHO DOCE MEL MAÇÃ VERDE 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
117340.0	CREMOSINHO DOCE MEL LEITE COND. 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
110980.0	CHOC TWIX ORIGINAL 18X40 g	19053100	ST - Biscoito
81155.0	PALITOS CHOC CORY AO LEITE 1X90 g	19059020	ST - Biscoito
84731.0	PALITOS CHOC CORY AO LEITE 1X460 g	19059020	ST - Biscoito
84857.0	PALITOS CHOC CORY AO LEITE 1X169 g	19059020	ST - Biscoito
54817.0	VODKA 51 ICE LIMÃO VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
61998.0	VODKA 51 ICE KIWI VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
62005.0	VODKA 51 ICE BALADA VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
71095.0	VODKA 51 ICE FRUIT MIX VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
71102.0	VODKA 51 ICE MARACUJÁ VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
71120.0	VODKA 51 ICE TANGERINA VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
74476.0	VODKA SKARLOFF ICE LIMÃO 6X275 ML	22086000	ST - Bebida refrescante
74494.0	VODKA SKARLOFF ICE KIWI 6X275ML	22089000	ST - Bebida refrescante
74500.0	VODKA SKARLOFF ICE F. VERMELHAS 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
82813.0	VODKA BLUE SPIRIT ICE LIMÃO 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
82911.0	VODKA 51 ICE KIWI LT 6X269 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
82920.0	VODKA 51 ICE BALADA LT 6X269 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
82939.0	VODKA 51 ICE MARACUJÁ LT 6X269 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
82948.0	VODKA 51 ICE LIMÃO LT 6X269ML	22089000	ST - Bebida refrescante
88130.0	VODKA SIX PM GIN TONIC VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
88149.0	VODKA SIX PM MOSCOW MULE VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
88158.0	VODKA SIX PM SPRITZ VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
88167.0	VODKA SIX PM CUBA LIBRE VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante

b) Operação de retorno de comodato emitida com CFOP errado:

Código	Descrição	NCM	Observação
111177.0	REFRIGERADOR PROMOCIONAL AJINOMOTO	84182100	Retorno comodato. CFOP errado

c) Itens que estão relacionados a operações com CFOP 5.949, tendo a própria autuada como destinatário.

Código	Descrição	NCM	Observação
107725.0	INSET RAID MULT EUCALIPTO AER PROMO 1X420 ML	38089119	Destinatário: própria autuada
113530.0	SHAMPOO PANTENE BRILHO EXTREMO 1X200 ML	33051000	Destinatário: própria autuada
113950.0	AMAC MON BIJOU CONC. MISTÉRIO 1X500 ML	38099190	Destinatário: própria autuada
12505.0	AMAC SONHO MAGIC 12X500 ML	38099190	Destinatário: própria autuada
1928.0	BOMBOM NESTLE ESPECIALIDADES 1X300 g	18069000	Destinatário: própria autuada
24887.0	SUCO MARATA NÉCTAR PÊSSEGO 27X200 ML	22029900	Destinatário: própria autuada
24896.0	SUCO MARATA NÉCTAR CAJU 27X200 ML	22029900	Destinatário: própria autuada
25369.0	SUCO MARATA NÉCTAR LARANJA 27X200 ML	22029900	Destinatário: própria autuada
33724.0	CATCHUP D'AJUDA SH 24X200 g	21032010	Destinatário: própria autuada
33751.0	MOLHO PRONTO D'AJUDA PENEIRA 24X200 g	21032010	Destinatário: própria autuada
33760.0	MOLHO PRONTO D'AJUDA BOLONHESA SH 24X200	21032010	Destinatário: própria autuada

4033.0	COPO MARATÁ 1000X500 ML	39241000	Destinatário: própria autuada
4079.0	COPO D. MARATA 2500X200 ML	39241000	Destinatário: própria autuada
49851.0	SUCO MARATA NÉCTAR CAJA 27X200 ML	22029900	Destinatário: própria autuada
60105.0	DESOD SUAVE AERO INVISIBLE MEN 12X150 ML	33072010	Destinatário: própria autuada
61621.0	COLORÍFICO MARATA SEM SAL 10X97 G	21039021	Destinatário: própria autuada
62675.0	REFRESCO MARATA SALADA FRUTAS 1X15X30 g	21069029	Destinatário: própria autuada
62746.0	REFRESCO MARATA TANGERINA 1X15X30 g	21069029	Destinatário: própria autuada
62773.0	REFRESCO MARATA JABUTICABA 1X15X35 g	21069029	Destinatário: própria autuada
62844.0	REFRESCO MARATA MANGA 1X15X30 g	21069010	Destinatário: própria autuada
63022.0	CHARQUE DIANT BELLO CHARQUE 1X5 Kg	2102000	Destinatário: própria autuada
68330.0	SUCO SERIGY NECTAR MANGA 1X1 L	22029900	Destinatário: própria autuada
73645.0	MORTADELA CONF. SEARA FRANGO Kg	16010000	Destinatário: própria autuada
76571.0	SUCO MARATA NECTAR MARACUJÁ 1X1 L	22029900	Destinatário: própria autuada
76606.0	AMAC SONHO COCO AMÊNDOAS 1X1.5 L	38099190	Destinatário: própria autuada
76713.0	SUCO MARATA NECTAR ACEROLA 1X1 L	22029900	Destinatário: própria autuada
79266.0	MARGARINA BECEL S/SAL 1X250 G	15171000	Destinatário: própria autuada
8217.0	QUEIJO REINO IATAROLA GRANDE L	4069090	Destinatário: própria autuada
82993.0	CHOC TAB GAROTO CHOC BR 14X100 g	18063210	Destinatário: própria autuada
83509.0	SUCO MARATA NECTAR TANGERINA 1X1 L	22029900	Destinatário: própria autuada
85197.0	LASANHA PERDIGÃO FRANGO/TOQ BACON 1X600 g	19022000	Destinatário: própria autuada
85213.0	EMPANADO FRANGO TEKITOS 1X300 g	16023230	Destinatário: própria autuada
87890.0	LUVA SANTA LIMPEZA P/ LOUÇA ROSA G 1X12 PARES	40151900	Destinatário: própria autuada
89059.0	MULTI USO Q BOA LARANJA 1X500 ML	34022000	Destinatário: própria autuada
89086.0	MULTI USO VEJA GOLD LAV/ÁLCOOL 2X 1X500 ML	34022000	Destinatário: própria autuada
89111.0	MULTI USO Q BOA LIMA LIMÃO 1X500ML	34022000	Destinatário: própria autuada
89120.0	MULTI USO VEJA GOLD ORIGINAL GTS 10% 1X500 ML	34022000	Destinatário: própria autuada
89148.0	MULTI USO Q BOA MACA VERDE 1X500 ML	34022000	Destinatário: própria autuada
89843.0	CATCHUP ARISCO PICANTE 1X390 g	21032010	Destinatário: própria autuada

Para a infração 04, conforme tabela reproduzida, afirma que o demonstrativo contém inconsistência, pois os produtos que relaciona estão sujeitos à substituição tributária:

Código	Descrição	NCM	Observação
54817.0	VODKA 51 ICE LIMÃO VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
61998.0	VODKA 51 ICE KIWI VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
62005.0	VODKA 51 ICE BALADA VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
71095.0	VODKA 51 ICE FRUIT MIX VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
71102.0	VODKA 51 ICE MARACUJÁ VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
71120.0	VODKA 51 ICE TANGERINA VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
74476.0	VODKA SKARLOFF ICE LIMÃO 6X275 ML	22086000	ST - Bebida refrescante
74494.0	VODKA SKARLOFF ICE KIWI 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
74500.0	VODKA SKARLOFF ICE F. VERMELHAS 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
82813.0	VODKA BLUE SPIRIT ICE LIMÃO 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
82911.0	VODKA 51 ICE KIWI LT 6X269 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
82920.0	VODKA 51 ICE BALADA LT 6X269ML	22089000	ST - Bebida refrescante
82939.0	VODKA 51 ICE MARACUJÁ LT 6X269 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
82948.0	VODKA 51 ICE LIMÃO LT 6X269 ML	22089000	ST - Bebida refrescante

88130.0	VODKA SIX PM GIN TONIC VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
88149.0	VODKA SIX PM MOSCOW MULE VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
88158.0	VODKA SIX PM SPRITZ VD 6X275 ML	22089000	ST - Bebida refrescante
110980.0	CHOC TWIX ORIGINAL 18X40 g	19053100	ST - Biscoito
81155.0	PALITOS CHOC CORY AO LEITE 1X90 g	19059020	ST - Biscoito
84731.0	PALITOS CHOC CORY AO LEITE 1X460 g	19059020	ST - Biscoito
84857.0	PALITOS CHOC CORY AO LEITE 1X169 g	19059020	ST - Biscoito
104292.0	CREMOSINHO DOCE MEL AÇAÍ BANANA 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104309.0	CREMOSINHO DOCE MEL BABA AZUL 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104318.0	CREMOSINHO DOCE MEL CAJA 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104327.0	CREMOSINHO DOCE MEL COCO 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104336.0	CREMOSINHO DOCE MEL F. TROPIC 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104345.0	CREMOSINHO DOCE MEL GRAVIOLA 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104354.0	CREMOSINHO DOCE MEL MARACUJÁ 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104363.0	CREMOSINHO DOCE MEL MORANGO 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104372.0	CREMOSINHO DOCE MEL UVA 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
104381.0	CREMOSINHO DOCE MEL MACA VERDE 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete
117340.0	CREMOSINHO DOCE MEL LEITE COND. 1X10 UN	21050010	ST - Sorvete

Reconhece como devida a infração 05 e quanto a 06, aponta existirem inconsistências no demonstrativo, relativamente aos seguintes fatos:

- a) Operações com o ICMS por antecipação tributária pago com DAE código de receita 1145: notas fiscais números: 000.406, 000.406, 004335, 062.726, 062.726, 062.726, 073.796, 073.796, 226.857, 226.857, 226.857, 22.7037, 227.037, 227.232, 292.190, 292.190, 292.662, 1.713.194, 1.736.539 e 1.788.319;
- b) Operações que tiveram o ICMS-ST retido pelo fornecedor na qualidade de contribuinte substituto: notas fiscais números: 011.163, 012.536, 012.821, 015.419, 015.420, 015.510, 015.511, 016.139, 017.163, 029.283, 029.459, 030.223, 030.223, 030.356, 031.087, 031.314, 031.510, 031.857, 032.304, 032.467, 499.118, 499.511, 504.127, 504.128, 508.747 e 602.811;
- c) Constam produtos tributados na nota fiscal nº 293.824;
- d) Constam produtos tributados (charque) nas notas fiscais números: 010.521, 010.612, 011.009, 284.164, 288.121, 294.292 e 297.261.

Para a infração 07, afirma que as mercadorias indicadas nos documentos relacionados não lhe foram entregues e o fornecedor emitiu nota fiscal eletrônica de retorno das mercadorias não entregues:

Nº NF-e	Série	Chave do Documento Fiscal	Observação
001.297.782	1	29190607206816003050550010012977821261444722	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
001.314.966	1	29191007206816003050550010013149661266849702	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
001.327.826	1	29191207206816003050550010013278261270743119	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
000.123.111	1	2619120562428900013355001000123111164351955	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
000.097.894	6	28191113004304000250550060000978941274984826	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
000.098.448	6	28191213004304000250550060000984481208354490	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
000.651.619	1	31191206067949000357550010006516191006731040	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
000.139.489	0	29190514998371003215550000001394891980728662	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
000.151.005	0	29190714998371003215550000001510051658122642	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
000.020.407	2	29191215350602000308550020000204071115730718	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
000.020.849	2	29191215350602000308550020000208491801124688	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.

000.238.293	7	26190901551272000142550070002382931139131147	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
000.106.279	3	26191001551272000819550030001062791176449963	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
002.996.929	1	29191200048785004674550010029969291597691989	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
000.049.967	1	29191292215763000500550010000499671178863833	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.
005.503.292	2	29190501838723026436550020055032921145881287	Não entregue. Fornecedor emitiu NF-e de retorno.

Noutra tabela, relaciona notas fiscais que foram lançadas no Bloco E (apuração) como ajustes na apuração.

Nº NF-e	Série	Chave do Documento Fiscal	Observação
000.000.002	3	29190605466724000220550030000000021062759881	Lançada no Bloco E como ajuste na apuração
000.000.003	3	2919070546672400022055003000000031094139820	Lançada no Bloco E como ajuste na apuração
000.000.004	3	2919080546672400022055003000000041125519760	Lançada no Bloco E como ajuste na apuração
000.000.005	3	2919090546672400022055003000000051156899701	Lançada no Bloco E como ajuste na apuração
000.000.006	3	2919110546672400022055003000000061188279645	Lançada no Bloco E como ajuste na apuração
000.000.007	3	2919120546672400022055003000000071219659585	Lançada no Bloco E como ajuste na apuração
000.002.113	2	2919010546672400022055002000021131305811720	Lançada no Bloco E como ajuste na apuração
000.000.001	3	2919050546672400022055003000000011031379946	Lançada no Bloco E como ajuste na apuração

Requer a revisão dos lançamentos e reabertura do prazo de defesa.

O autuante prestou a informação fiscal às fls. 212 a 233.

Inicia por transcrever as infrações e em seguida reproduz os argumentos da defesa para cada infração e as respectivas informações.

Para a infração 01, reproduz o art. 289 do RICMS/2012, que restringe as mercadorias sujeitas à substituição tributária por antecipação, àquelas constantes do Anexo 1 do RICMS e observa o disposto no art. 290 para concluir que ocorrendo a incidência da antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes, bem como a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, salvo exceções expressas.

Em seguida passa a analisar os itens contestados:

**1. MASSA LASANHA FORTALEZA PRÉ COZIDA 12X200GR – NCM: 1902.11.00 - Código: 100535.0.**

Afirma que as entradas deste item ocorreram com os NCM: 1902.11.00 e 1902.30.00, sendo que a autuada entendeu que apenas as entradas com o primeiro NCM estariam sujeitos à antecipação tributária.

Aponta que no Anexo 1 do RICMS/BA, consta no item 11 – Produtos Alimentícios – subitem 11.6 - Massas alimentícias tipo instantânea – NCM: 1902.3, compatível com a mercadoria, portanto, os itens adquiridos com o NCM 1902.3 estariam sujeitos à antecipação tributária, consequentemente, vedados os créditos porventura utilizados, ao passo que, segundo a autuada, as aquisições com o NCM 1902.11.00 não estariam sujeitos à antecipação tributária e, consequentemente, sofreriam tributação normal.

Afirma ter constatado exatamente o contrário, conforme lançamentos efetuados na EFD, no Registro de Entradas, recorte plotado, em que houve o creditamento do imposto relativamente às entradas com o NCM 1902.3, sujeitas à antecipação tributária e o não creditamento do imposto referente às entradas como o NCM 1902.11.00, cujas operações a autuada alegou serem tributadas, ficando demonstrada a insegurança comprobatória, demonstrando uma situação em que o próprio acusado não atentou ou fez o contrário do alegado.

Ressalta que a descrição da mercadoria é a mesma para os dois NCMs, bem como a adoção pelo autuado de um único código para ambas e questiona se são mercadorias diferentes, como alegou a autuada, por que razão este não realizou a segregação de ambas em termos de descrição e de

codificação para identificação de supostas situações tributárias diferentes? Fato que diz parecer apenas erro na indicação de NCM.

Conclui que a mercadoria “MASSA LASANHA FORTALEZA PRÉ COZIDA”, cujo NCM 1902.3 se coaduna com mercadorias componentes do item 11 – Produtos Alimentícios – subitem 11.6 - Massas alimentícias tipo instantânea, do Anexo 1 do RICMS/BA, portanto, sujeita a substituição tributária, razão pela qual sustenta a vedação da utilização do crédito fiscal de ICMS:

- 2.** ENERGÉTICO GUARANUP, GUARATHON e GUARAMIX – NCM: 2202.10.00 - Códigos: 119963.0, 3828.4, 44017.0, 45828.0, 47158.0, 73850.0.

Constata que tanto as entradas como as saídas destes itens ocorreram com os NCMs: 2202.10.00 e 2202.99.00, sendo que a arguição da defesa se refere as operações com o NCM 2202.10.00, que entende são serem tributadas.

Pondera que a mesma mercadoria, ENERGÉTICO, é adquirida pela autuada com os dois NCMs, assim como, nas operações de saídas são indicados um ou outro dos NCMs mencionados.

Explica que o Anexo 1 do RICMS/BA, apresenta duas situações para as “Bebidas energéticas”, em embalagem com capacidade igual ou superior a 600 ml e com capacidade inferior a 600 ml, consignando, para tanto, os NCMs 2106.9 e 2202.9.

Pondera que a mercadoria questionada na defesa, efetivamente se trata de bebida energética, cujas embalagens correspondem a descrição dos itens 3.12 e 3.13 do Anexo 1 do RICMS/BA. O fato de o fornecedor classificar a mercadoria bebida energética de forma equivocada, com um NCM similar ao correto, não afasta sua condição de bebida energética.

Salienta que as operações da autuada com estas mercadorias, vão na contramão dos argumentos defensivos uma vez constatado que houve saídas sem o destaque do ICMS, tendo a indicação do CFOP 5.405 - venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído, e do NCM 2202.10.00, ora combatido, conforme recorte da EFD, plotado.

Assim, conclui que também neste item não assiste razão a defesa:

- 3.** ÓLEO PEROBA KING 6 100 ML – NCM: 2710.19.99 - Código 3409.0.

Reproduz a definição no item 6.18 – NCM 2710.2 do Anexo 1 do RICMS/BA e relata que segundo pesquisa em sites especializados, encontrou a composição do óleo peroba, que transcreve e conclui que também neste item, não assiste razão a autuada.

- 4.** BACON PIF PAF DEF. KG – NCM: 1602.49.00 - Código: 94604.0.

Reproduz trecho do Anexo 1 do RICMS/BA referente a definição no item 11.25.1, com diversas NCMs e afirma que o bacon é produto comestível resultante do abate de suínos sendo que o site do fabricante esclarece quanto a origem, conforme recorte plotado.

Conclui que as operações comerciais da autuada vão de encontro às alegações da defesa, haja vista que todas as saídas deste item, de código 94604.0 ocorreram sem tributação, ou seja, sem o destaque do ICMS, tendo a indicação do CFOP 5.405 - venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído, conforme recorte da EFD, plotado, portanto, não assiste razão a autuada.

- 5.** MASSA PASTEL – NCM: 1902.19.00 - Códigos: 99495.0, 99501.0 e 99529.0 e;

- 6.** MASSA PIZZA - NCM: 1902.19.00 -. Códigos: 99538.8, 99547.0 e 99556.0.

Reproduz o Anexo 1 do RICMS/BA, item 11.7, com NCM: 1902.1 e ressalta que as massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, como as mercadorias questionadas, MASSA PASTEL e MASSA PIZZA, todas com o mesmo NCM 1902.1, se enquadram

perfeitamente na descrição e no NCM do item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/BA, razão pela qual entende não assistir razão a autuada.

Diz que mais uma vez as próprias operações da autuada vão de encontro aos argumentos defensivos, uma vez constatado que houve saídas destas mercadorias sem o destaque do ICMS, tendo a indicação do CFOP 5.405 - venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído, conforme recorte da EFD.

Conclui em relação a infração 01, não assistir razão os argumentos da defesa.

Quanto a infração 02, informa que a própria autuada em sua defesa confessa que os itens relacionados nos demonstrativos se referem a entrega de brinde, CFOP 5.910.

Sinaliza que o capítulo XXX do RICMS/BA, disciplina a aquisição, distribuição e entrega de brindes ou presentes pelos contribuintes do ICMS, nos seus artigos 388 e 389, cujas regras se fossem observadas, a autuada não teria cometido a infração 02.

Explica que tais operações são tributadas, inclusive permitindo aos adquirentes de bens destinados a brindes, o creditamento do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, conforme texto do RICMS/BA transcrito.

Afirma que não assiste razão a autuada.

Quanto a infração 03, que trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter a autuada praticado operações tributáveis como não tributáveis, sem a devida tributação do imposto, no item *a)* relaciona mercadorias que estariam sujeitas à substituição tributária.

**1. CREMOSINHO DOCE MEL – NCM: 2105.00.00 – Sorvete.**

Afirma que considerando o NCM indicado, coincide com o NCM de sorvete, e no Anexo I, consta a descrição “*Sorvetes de qualquer espécie*”, razão pela qual concorda com a defesa e excluirá este item do demonstrativo.

**2. CHOC TWIX ORIGINAL 18X40 G – NCM: 1905.53.10 – Biscoito.**

Aponta que conforme o Anexo 1 do RICMS/BA, no exercício de 2019, biscoitos e bolachas com adição de cacau (chocolates) deixaram de fazer parte da substituição tributária.

Ademais, a própria autuada adotou a prática de usar dois pesos e duas medidas, haja vista que grande parte de suas operações de saídas ocorreram com tributação normal do ICMS, conforme sua EFD, sendo que apenas uma parcela de suas operações ocorreu sem tributação, sob a alegação de mercadoria sujeita à antecipação. Assim, não concorda com as alegações.

**3. PALITOS CHOC CORY AO LEITE – NCM: 1905.90.20 – Biscoito.**

Reitera que no exercício de 2019, biscoitos e bolachas com adição de cacau (chocolates) deixaram de fazer parte da substituição tributária. O NCM 1905.90.20 não corresponde ao item, haja vista que o NCM 1905.90.2 trata de biscoitos e bolachas dos tipos “cream craker” e “água e sal” e não “palitos chocolates cory ao leite”, portanto, entende não assistir razão a autuada, haja vista que em 2019 mercadorias à base de cacau (chocolates) deixaram de fazer parte de substituição tributária.

**4. VODKA 51 ICE, SKARLOFF, BLUE SPIRIT ICE e SIX - NCM: 2208.90.00 e 2208.60.00 – Bebida refrescante.**

Afirma que os itens são bebidas alcóolicas VODKA que não está sujeita à substituição e antecipação tributária, como também não se trata de bebida refrescante, como alega a defesa.

Complementa que os itens com saídas pelo NCM 2208.60.00, cujo Anexo I, em seu item 3.19, admite na substituição tributária, as bebidas refrescantes com teor alcóolico inferior a 8%, caberia a autuada trazer aos autos comprovação documental de entradas e saídas e com codificação

específica, de forma a comprovar que efetivamente tais bebidas se enquadram no citado item do Anexo 1.

Conclui que neste item não assiste razão ao autuada, haja vista o mesmo não apresentou comprovação suficiente de que tais mercadorias se enquadram no item 3.19 do Anexo 1 do RICMS/BA.

Quanto as operações de retorno de comodato emitida com CFOP - item *b*), diz ser procedente o argumento da defesa, tendo em vista que localizou na EFD a entrada da mercadoria e o seu retorno, embora com o CFOP equivocado, conforme reconhecido pelo mesmo. Assim, este item foi excluído do levantamento fiscal.

Em relação aos itens com CFOP 5.949, tendo a própria autuada como destinatário, lembra que o motivo da autuação foi a prática pela autuada de operações tributadas como não tributadas. Neste item *c*) a defesa alegou que efetuou operações de saídas de mercadorias sem tributação, com o CFOP 5.949 - outras saídas não especificadas, tendo a própria empresa como destinatária.

Plota figura de uma nota fiscal emitida nestas circunstâncias, onde diz ter verificado que no campo de informações complementares não consta nenhuma indicação do motivo para a emissão da nota fiscal, tendo como Natureza da Operação: “outras saídas não especificadas”.

Explica que o mais comum neste tipo de operação seria a transferência para uso ou consumo interno do estabelecimento (art. 83, inc. VII do RICMS/BA) ou para regularização de estoque em decorrência de perda, desaparecimento, extravio e outras circunstâncias semelhantes (art. 293 do RICMS). Caso ocorresse uma das hipóteses, considerando tratar-se de mercadorias tributáveis, deveria constar o destaque do imposto objetivando permitir a anulação do valor do crédito fiscal utilizado pela entrada da respectiva mercadoria, fato que não aconteceu.

Conclui que de fato houve a emissão de documentos fiscais em operações com mercadorias tributadas sem o destaque do imposto e sem apresentação na defesa de qualquer justificativa legal que pudesse elidir a autuação neste aspecto específico, razão pelo qual entende não assistir razão a autuada.

Finaliza que o valor histórico da infração 03, passa de R\$ 50.796,78 para R\$ 50.578,74.

Em relação a infração 04, destaca que tem o mesmo teor da infração 03, diferindo apenas quanto a emissão de documento fiscal, uma vez que nesta infração a autuada realizou operações de saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis através da emissão de Nota Fiscal ao Consumidor Eletrônica – NFC-e, em suas vendas para consumidor final, haja vista que o estabelecimento atua sob a forma de atacarejo.

Portanto, informa que todas as informações prestadas para a infração 03 servem para esta, assim, para o item CREMOSINHO DOCE MEL, que por tratar-se de sorvete, produto sujeito à substituição tributária, será excluído do levantamento fiscal.

Quanto aos demais itens, diz entender que a autuada não conseguiu elidir a infração, de forma que o valor histórico da infração 04, passa de R\$ 24.597,30 para R\$ 24.435,03.

Relativamente a infração 05, nada tem a informar, frente ao reconhecimento pela autuada.

Para a infração 06, que trata de recolhimento a menor de antecipação tributária, relata que para obtenção do valor relacionou todas as aquisições realizadas pela autuada, durante o período fiscalizado, de mercadorias sujeitas à antecipação tributária e em seguida, comparou o resultado com os recolhimentos efetuados, donde concluiu que houve recolhimento a menor do ICMS-ST.

Afirma que a simples citação de que as operações foram pagas por antecipação tributária, através de DAE com código de receita 1145, não oferece nenhuma base para comprovação de que houve o recolhimento do ICMS-ST, até porque a infração decorreu de recolhimento a menor.

Sinaliza que caberia a autuada apresentar a memória de cálculo em planilha eletrônica demonstrando suas alegações e documentos de comprovação dos recolhimentos efetuados a fim de se contrapor ao levantamento fiscal realizado com dados concretos, fato que não aconteceu.

Para as operações que relaciona, diz que tiveram o ICMS-ST retido pelo fornecedor (contribuinte substituto), afirma que como informado no subitem anterior, a defesa relaciona itens de mercadorias que tiveram o ICMS-ST retido pelo fornecedor, na qualidade de contribuinte substituto.

Assim, ressalta que no levantamento fiscal somente foram consideradas as aquisições de mercadorias sujeitas à antecipação tributária que não tiveram o ICMS-ST retido pelo fornecedor, ou seja, as entradas de mercadorias com os CFOPs 1.403, 1.409, 2.403 e 2.409, indicativos de operações de entradas de mercadorias no estabelecimento sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, tais operações não foram consideradas no levantamento.

Repisa que também que neste subitem, caberia a autuada apresentar memória de cálculo em planilha eletrônica e documentos de comprovação dos recolhimentos efetuados, fato que também não ocorreu.

Quanto aos produtos que são tributados, informa que diferentemente do entendimento da autuada, constata que as mercadorias relacionadas e os respectivos NCMs estão abrigadas nos itens 11.6 e 11.7 do Anexo 1 do RICMS/BA, conforme recorte plotado, com exceção apenas do item PASTEL PRONTO QUEIJO – NCM 1902.20.00, que efetivamente não consta no Anexo 1, que será excluído do Demonstrativo da infração 06.

Em relação aos itens tidos na defesa como produtos são tributados (charque), concorda com as alegações quanto aos itens COXÃO TRASEIRO e CARNE SECA, que embora não constam na descrição nos documentos fiscais a expressão “CHARQUE”, em análise mais minuciosa dos registros de entradas e saída da EFD, constatou que de fato trata-se de charque, razão pela qual excluirá os itens do Demonstrativo da infração 06.

Conclui que o valor histórico da infração 06 passa de R\$ 42.224,31 para R\$ 15.559,71.

Ao tratar dos argumentos da defesa frente a infração 07, ou seja, mercadorias não entregues, diz que as alegações para comprovar que as mercadorias não foram entregues, deixam a desejar, pois entende que a defesa deveria comprovar seu argumento mediante informação do número e respectiva chave de acesso das notas fiscais emitidas para documentar o retorno das mercadorias não entregues e possibilitar a validação dos documentos fiscais, comprovando que de fato as mercadorias foram entregues pelos fornecedores.

Pondera que a simples informação de que as mercadorias não foram entregues, não tem o condão de elidir a infração, pela falta de efetividade na comprovação documental das alegações, motivo pelo qual não assiste razão a autuada.

Quanto as notas fiscais que a defesa afirma ter lançado no Bloco E (apuração) como ajustes na apuração, relata que assiste razão a autuada, e, assim, os documentos fiscais indicados na defesa, NF-e números: 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 2113, foram excluídos do Demonstrativo, haja vista que de fato todos foram lançadas no Bloco E da EFD.

Informa ter observado que estes documentos constam do demonstrativo original com o valor zerado, haja vista que são notas fiscais de transferência de crédito fiscal para estabelecimento da mesma empresa. Desta forma, não há afetação no valor da base de cálculo que serviu de base para a aplicação da multa de 1% constante da infração 07.

Em referência ao pedido de nulidade das infrações 01 e 02 e improcedência da infração 03, salienta que, considerando que as razões de defesa não conseguiram demonstrar a nulidade pretendida, tampouco a improcedência da infração 03.

Requer que os julgadores concluam pela procedência parcial do Auto de Infração pelos motivos e razões apresentados na informação fiscal, para que se faça a necessária justiça, sendo que juntou o novo Demonstrativo de Débito albergando as razões de defesa parcialmente reconhecidas, fls. 274 a 276.

Intimada a tomar ciência da informação fiscal e dos novos demonstrativos, fls. 278 a 280, a autuada retornou aos autos em nova manifestação, fls. 282 a 284, onde inicialmente referindo-se à infração 01, aduziu que o demonstrativo contém inconsistências, pois os produtos relacionados são tributados:

Código	Descrição	NCM	SIT	Observação
100535.0	MASSA LASANHA FORTALEZA PRÉ COZIDA 12X200 g	19021100	Trib	Massa pré-cozida
119963.0	ENERGÉTICO GUARANUP CP 24X290 ML	22021000	Trib	Bebida mista
3409.0	ÓLEO PEROBA KING 6X100 ML	27101999	Trib	Lustra móveis
38284.0	ENERGÉTICO GUARATHON CP 36X290 ML	22021000	Trib	Bebida mista
44017.0	ENERGÉTICO GUARAMIX CP 36X290 ML	22029900	Trib	Bebida mista - NCM correto 22021000
45828.0	ENERGÉTICO GUARAMIX SPORT PET 24X500 ML	22021000	Trib	Bebida mista
47158.0	ENERGÉTICO GUARAMIX PET 24X500 ML	22021000	Trib	Bebida mista
73850.0	ENERGÉTICO GUARANUP AÇAÍ 12X250 ML	22021000	Trib	Bebida mista
94604.0	BACON PIF PAF DEF. Kg	16024900	Trib	
99495.0	MASSA PASTEL GREAT VALUE DISCO MED 1X400 g	19021900	Trib	Massa pré-cozida
99501.0	MASSA PASTEL NÁPOLES ROLO 1X400 g	19021900	Trib	Massa pré-cozida
99510.0	MASSA PASTEL GREAT VALUE DISCO PEQ. 1X200 g	19021900	Trib	Massa pré-cozida
99529.0	MASSA PASTEL NÁPOLES ROLO 1X1 Kg	19021900	Trib	Massa pré-cozida
99538.0	MASSA PIZZA NÁPOLES PICCOLI 1X400 g	19021900	Trib	Massa pré-cozida
99547.0	MASSA PIZZA NÁPOLES C/2UN 1X360 g	19021900	Trib	Massa pré-cozida
99556.0	MASSA PIZZA NÁPOLES MINI C/10UN 1X500 g	19021900	Trib	Massa pré-cozida

Em relação as massas pré-cozidas, aduz que não estão enquadradas na substituição tributária.

Frisa que os itens GUARANUP e o GUARATHON são bebidas naturais a base de guaraná e açaí. Não são “energéticos” classificados na NCM 2202.99.00.

Explica que produto “energético” corresponde ao produto composto líquido pronto para consumo, que contém como ingredientes principais: inositol e ou glucoronolactona e ou taurina e ou cafeína, podendo ser adicionado de vitaminas e ou minerais até 100% da Ingestão Diária Recomendada – IDR, na porção do produto. Pode ser adicionado de outros ingredientes, desde que não des caracterizem o produto.

Ressalta que tal definição está contida no item 2.3 do Anexo da Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 273, de 22 de setembro de 2005, da ANVISA, conforme anexo.

Acrescenta que por questões de marketing, o fabricante chama de energético, porém, no rótulo designa por bebida mista.

Defende que as pizzas que estão na substituição tributária são as de NCM 1905.90.90.

Ao tratar da infração 02, afirma que os itens relacionados no demonstrativo se referem a entrega de brinde, CFOP 5.910 e não são produtos do mix de comercialização da empresa.

Pondera que mesmo que tenha procedido de forma diversa da legislação, referem-se a notas fiscais de entrega dos brindes.

Pontua que a moto Honda está incluída na substituição tributária.

Para a infração 03, constata que o autuante acatou parte das razões defensivas e mantém o entendimento quanto às não acatadas em relação aos produtos sujeitos à substituição tributária.

Ressalta que mantém as alegações para os itens relacionados às operações com CFOP 5.949, tendo a própria autuada como destinatário, pois, não ocorreu fato gerador do ICMS, vez que as operações foram para a própria emitente, portanto, não houve circulação de mercadoria.

Aponta que se engana o Fiscal de que a emissão de nota fiscal para transferência para uso/consumo do próprio estabelecimento é fato gerador do ICMS. Não é. Ocorrendo essa operação, deve se proceder ao estorno do crédito, se na entrada da mercadoria o contribuinte se apropriou crédito fiscal. Frisa que infração não se reporta a isto.

Quanto a infração 04, registra que o Fiscal acatou parte das razões defensivas e mantém o entendimento quanto às não acatadas, infrações 06 e 07.

Ao prestar nova informação fiscal, fls. 291 a 295, o autuante ao tratar da infração 01, referente as massas pré-cozidas, afirma que em pesquisa realizada no sistema de controle de processos tributários – CPT, constatou a resposta à consulta com Parecer nº 9663/2020, cuja ementa, transcreve, destacando que para enquadramento de uma mercadoria na ST deve-se considerar a descrição normativa e a classificação fiscal correspondente na NCM ou NBM/SH.

Desta forma, à luz do citado parecer revisou a listagem de itens que constam no demonstrativo da infração, em cotejo com o demonstrativo apresentado pela defesa e efetuou os ajustes:

- a) Exclusão das mercadorias: Massa Lasanha Fortaleza Pré Cozida – NCM 1902.11.00 e Massa Pizza – NCM 1902.19.00;
- b) Exclusão da mercadoria Óleo de Peroba – NCM 3409.0.

Quanto ao item BACON PI PAF – NCM 1602.49.00, excluiu do demonstrativo, considerando que o NCM não está incluído no item 11.25.1 do Anexo 1 do RICMS/BA.

Em relação as bebidas energéticas, relata que consultando o Convênio ICMS 11/91, concluiu pela exclusão do produto energético GUARANUP e GUARATHON – NCM 2202.10.00, uma vez que de fato trata-se de bebida mista de guaraná e açaí.

Entende que os demais itens de energéticos com NCM 2106.90 e 2202.90, previstos no § 2º da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/91, estão sujeitos à substituição tributária.

Quanto aos itens MASSA PASTEL e MASSA PIZZA – NCM 1902.19.00, constata se tratar de massas não cozidas, portanto, entende que se enquadram no item 11.7 do Anexo 1, do RICMS/BA.

Dessa forma, refez o demonstrativo com a exclusão dos itens apontados, conforme Anexo I, anexado às fls. 296 a 301, passando a referida infração do valor histórico de R\$ 53.074,82 para o valor histórico de R\$ 27.207,82.

Quanto a infração 02, diz não concordar com as alegações da defesa, haja vista que o RICMS dispensa a emissão de nota fiscal para a entrega do brinde ao cliente, todavia, exige a emissão de nota fiscal com lançamento do imposto, conforme art. 389, inc. II, do RICMS/BA, razão da autuação.

Em referência a arguição de que os itens não fazem parte do *mix* de produtos comercializados, afirma que o conceito vai no sentido oposto ao entendimento da defesa, ao considerar que brindes não devem constituir como objeto normal da atividade do contribuinte, conforme disposto no art. 388 do RICMS/BA.

Ao se referir a inclusão do item moto Honda, admite assistir razão a autuada, uma vez que o produto ingressou no estabelecimento com o ICMS-ST antecipado, motivo pelo qual, excluiu do demonstrativo, conforme Anexo II, fls. 302 a 304, passando a infração do valor histórico de R\$ 2.610,84,82 para R\$ 1.480,01.

Ao se referir a infração 03, onde a autuada alegou que não houve fato gerador do ICMS nas operações de saídas do próprio e para o próprio emitente, discorda do entendimento, porque que

não vislumbra previsão regulamentar para o estabelecimento vender mercadorias para si próprio sem tributação.

Acrescenta que a autuada sequer destacou o imposto para anulação do crédito fiscal lançado por ocasião das entradas das mercadorias, caso se trate de baixa de estoque, fato não admitido pela autuada.

Ratifica os termos da informação fiscal relativo à infração 03.

Para a infração 04, diz nada ter a acrescentar e mantém o entendimento da informação fiscal prestada, mesmo posicionamento para a infração 06, assim como para a infração 07.

Finaliza que houve acatamento parcial de razões de defesa, relativamente às infrações 01 e 02, elaborou novos demonstrativos procedendo a exclusão dos itens acatados, conforme demonstrativos constantes dos novos Anexos I e II.

Assim, o valor histórico total do débito passou de R\$ 195.211,93 para R\$ 141.551,95 na forma do Demonstrativo de Débito – Anexo IX, fls. 305 e 306.

Conclui que “*considerando que na presente informação fiscal não foram aduzidos fatos novos nem foram anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, houve tão somente o reconhecimento parcial de argumentos defensivos apresentados pelo autuada, invocamos o disposto no § 8º do Art. 127, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, Decreto 7.629/99, (...), que dispensa a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela Autuada, exatamente o que aconteceu com relação às infrações 01 e 02 do presente deste Auto de Infração em lide*”.

Não obstante o posicionamento do autuante quanto a desnecessidade de intimar o contribuinte a tomar ciência da última informação fiscal e dos novos demonstrativos, os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em homenagem ao direito da ampla defesa e contraditório, em sessão de pauta suplementar, decidiram por converter o processo em diligência à INFRAZ de origem para que o setor responsável pelo preparo do processo, intimasse o contribuinte para tomar conhecimento da informação fiscal, fls. 297 a 295, entregando cópia desta, assim como dos novos demonstrativos de débito elaborados, fls. 296 a 306 em arquivo eletrônico, concedendo ao contribuinte o prazo de 10 dias para se manifestar, querendo.

Assim, em 20/10/2022 às fls. 315 e 316, a unidade responsável pelo preparo do processo intimou o contribuinte através dos Correios a tomar ciência da informação fiscal, conforme demandada no termo de diligencia, tendo a autuada recebido a intimação em 21/10/2022, conforme Aviso de Recebimento – AR, sem que, transcorrido o prazo, tenha se manifestado.

É o relatório.

Participou da sessão de julgamento o representante da empresa o advogado Dr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos OAB 26397, que em sustentação oral, afirmou que o relatório encontra-se bastante detalhado não tendo nada a acrescentar.

## VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de sete infrações, das quais reconheceu a 05, a qual, desde já a tenho como subsistente, tendo em vista sobre ela não haver lide.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal e exerce a atividade econômica CNAE-Fiscal 4639/7-01 - comércio atacadista de produtos alimentícios em geral e como atividade secundária, dentre outras, o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados.

Do início da ação fiscal o contribuinte foi notificado através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fls. 11 a 22, cuja ciência ocorreu de forma expressa em 14/01/2022.

A ciência da lavratura do Auto de Infração e a intimação para quitação do débito levantado ou apresentação de defesa no prazo de 60 dias ocorreu também via DT-e, fls. 24, 25 e 195, postada em 31/03/2022, lida em 01/04/2022.

Os demonstrativos analíticos e sintéticos, assim como cópias de documentos fiscais, constam anexados aos autos na forma impressa, fls. 47 a 192, estando tais demonstrativos gravados em arquivos magnéticos no CD, fl. 45, recebidos pela autuada quando da ciência da lavratura do Auto de Infração.

Verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, é possível se determinar com certeza a natureza das infrações, a autuada e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

A defesa não traz arguições preliminares, razão pela qual passo a analisar o mérito das infrações.

A **infração 01**, acusa o contribuinte de utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com pagamento do ICMS-ST.

A defesa apresenta relação de mercadorias que entende não estarem, à época dos fatos geradores, sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, considera lícito o crédito apropriado.

O autuante que inicialmente não acatou os argumentos da defesa, em sede da segunda informação fiscal, considerou procedente parte das arguições da defesa e excluiu do levantamento os itens: (I) Massa de Lasanha Fortaleza Pré Cozida – NCM 1902.11.00; (II) Massa para Pizza – NCM 1902.19.00; (III) Óleo de Peroba – NCM 3409.0; (IV) Bacon PIF PAF – NCM 1602.49.00; e (v) Energético GUARANUP e GUARATHON – NCM 2202.10.00.

Elaborou novo demonstrativo, conforme Anexo I, fls. 296 a 301, restando como devido o valor histórico de R\$ 27.207,82.

Para decisão da lide, é imprescindível analisar os itens e identificar quais deles estão, ou não, sujeitos ao regime da substituição tributária.

Preliminarmente à análise, ressalto o entendimento da Administração Tributária e pacífico neste CONSEF, que para considerar a inclusão de uma mercadoria no regime da substituição tributária, é necessária, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição, conforme exposto no Parecer da DITRI 25452/2012: “*ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente*”.

Idêntico entendimento foi manifestado no Parecer 11219/2010, o qual traz o seguinte posicionamento: “*Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição Tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item*”.

Isto posto, abordo a seguir, cada item individualmente, ponderando as razões da defesa e aquelas postas na informação fiscal, observando as disposições do Anexo 1 ao RICMS/2012, em sua versão vigente em 2019, no sentido de verificar se a NCM do item se encontrava inserida no Anexo 1 ao RICMS/2012, e em caso positivo, se a descrição se conforma com a dos produtos autuados.

Acaso, se confirme que a mercadoria estava sujeita ao regime de substituição tributária, a mercadoria deve ser mantida no levantamento.

ENERGÉTICO GUARANUP – NCM 2202.10.00 e ENERGÉTICO GUARAMIX – NCM 2202.99.00. A defesa insiste se tratar de bebidas à base de guaraná e açaí, não são energéticos (produto composto líquido pronto para consumo, que contém como ingrediente específicos conforme item 2.3 do Anexo da Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 273/2005, da ANVISA, sendo que por questões de mercado, o fabricante os chama de energéticos, porém, no rótulo é identificada como bebida mista.

Inicialmente, trato do item GUARANUP, cujo NCM 2202, conta com a seguinte descrição de produtos nele incluído: “*Bebidas, líquidos alcoólicos e vinagres - Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas e outras bebidas não alcoólicas, exceto sucos (sumos) de fruta ou de produtos hortícolas, da posição 20.09 - Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas*”.

No Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2019, consta a NCM 2202.1, no item 3.7, com a seguinte descrição: “*Águas minerais, potáveis ou naturais, gasosas ou não, inclusive gaseificadas ou aromatizadas artificialmente, exceto os refrescos e refrigerantes*”.

Para as bebidas classificadas como “*Bebidas energéticas*”, constam a seguinte descrição: “*Bebidas energéticas em embalagem com capacidade inferior a 600 ml.*” – NCMS 2106.9, 2202.9 no item 3.12. No item 3.13 para as mesmas NCMs, consta a descrição: “*Bebidas energéticas em embalagem com capacidade igual ou superior a 600 ml*”.

Portanto, o produto GUARANUP – NCM 2202.10.00, não estava sujeito ao regime de substituição tributária em 2019, devendo ser excluído do levantamento, como procedeu o autuante.

Para o item ENERGÉTICO GUARAMIX – NCM 2202.99.00, que também foi excluído do levantamento pelo autuante, está correto o procedimento, inclusive com base no entendimento da Diretoria de Tributação, conforme Parecer 23521/2012, cuja ementa segue reproduzida:

“*ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O produto “GUARAMIX”, ainda que classificado na NCM 22.02.10.00, considerando que sua descrição não seja condizente com aquela contida no item 3.7 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, não está sujeita ao regime da substituição tributária, nos termos do art. 289 do mesmo diploma legal*”.

Restaram não excluídas do levantamento, pelo autuante, as massas para pizzas e pastel, com NCM 1902.19.00.

No Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2019, consta a NCM 1902.1 no item 11.7, com a descrição: “*Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo*”.

Justifica-se a manutenção dessas mercadorias no levantamento, em razão de estarem, em 2019, sujeitas ao regime de substituição tributária, inclusive assim entende a administração tributária estadual externada no parecer 23025/2012, cujo trecho reproduzo:

“*No âmbito deste Estado, os produtos elaborados com mistura de farinha de trigo, compreendidos nas posições da NCM 1902.1, 1905 e 1902.3, constam no item 33.1 do Anexo I ao Decreto nº 13.780/2012, como mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (antecipação total do imposto).*

*Dessa forma, tem-se que, nas aquisições interestaduais de produtos elaborados com mistura de farinha de trigo, compreendidos nas posições da NCM 1902.1, 1905 e 1902.3, sem o imposto retido, o adquirente deverá efetuar o recolhimento da antecipação tributária por substituição (antecipação total) relativamente às operações internas, na entrada dos produtos neste Estado, conforme previsto na Lei 7.014/96, art. Art. 8º, inciso II, e § 4º, inciso I, e no RICMS-BA/12 (Decreto 13.780/12), art. 289, e Anexo I, item 33.1*”.

Em conclusão, acato a revisão procedida pelo autuante e tenho a infração como parcialmente subsistente, na forma do demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	% Multa	Valor Histórico (R\$ )
31/01/2019	09/02/2019	16.922,39	18,00	60,00	3.046,03
28/02/2019	09/03/2019	13.552,00	18,00	60,00	2.439,36
31/03/2019	09/04/2019	23.412,50	18,00	60,00	4.214,25
30/04/2019	09/05/2019	1.342,72	18,00	60,00	241,69
31/05/2019	09/06/2019	15.668,67	18,00	60,00	2.820,36
30/06/2019	09/07/2019	20.834,17	18,00	60,00	3.750,15
31/07/2019	09/08/2019	2.745,39	18,00	60,00	494,17
31/08/2019	09/09/2019	18.177,83	18,00	60,00	3.272,01
30/11/2019	09/12/2019	14.529,28	18,00	60,00	2.615,27
31/12/2019	09/01/2020	23.969,61	18,00	60,00	4.314,53
<b>Total</b>					<b>27.207,82</b>

Em relação a **infração 02**, cuja acusação é de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como se não tributáveis fosse, a defesa alegou que os itens relacionados no demonstrativo se referem a entrega de brinde, CFOP 5.910, que não são comercializados pela empresa.

O autuante, quando procedeu a revisão, excluiu o item moto Honda, vez que a mercadoria ingressou no estabelecimento com o ICMS-ST antecipado, restando para infração o valor histórico de R\$ 1.480,01.

Quanto aos demais itens mantidos no levantamento, o autuante justificou que o regulamento dispensa a emissão de nota fiscal para a entrega do brinde ao cliente, todavia, exige a emissão de nota fiscal com lançamento do imposto, conforme art. 389, inc. II, do RICMS/2012, o que não ocorreu.

A defesa não trouxe aos autos, prova de que tenha procedido conforme o citado dispositivo regulamentar, que tem o objetivo exatamente de compensar o crédito recebido quando da entrada do brinde no estabelecimento. Portanto, acato o entendimento e tenho a infração como parcialmente subsistente, conforme demonstrativo:

Data da Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	% Multa	Valor Histórico (R\$ )
30/09/2019	09/10/2019	6.546,00	18,00	60,00	1.178,28
24/12/2019	09/01/2020	1.676,28	18,00	60,00	301,73

**Total** **1.480,01**

A **infração 03**, acusa o contribuinte de ter praticado operações tributadas como não tributadas, deixando de recolher o ICMS correspondente.

A defesa arguiu a improcedência da exigência sob dois fundamentos: *(a)* existência de produtos sujeitos à substituição tributária; e *(b)* foram listadas operações com CFOP 5.949, tendo a própria autuada como destinatária das mercadorias.

O autuante, em sede de informação fiscal, em relação aos itens que a defesa alegou estarem incluídos na substituição tributária, excluiu o item Cremosinho Doce Mel – NCM: 2105.00.00, mantendo os demais, os quais passo a tratar.

CHOCOLATE TWIX ORIGINAL 18X40 G – NCM: 1905.53.10. No sítio do fabricante, consta a seguinte informação sobre o produto: “*Chocolate Twix Caramelo é um doce produzido com uma mistura perfeita de chocolate, biscoito e caramelo, (...). É uma guloseima apreciada por todos, (...)*”.

A NCM citada pelo autuante, 1905.31 além de não corresponder a NCM do produto, a descrição também não corresponde, uma vez que no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2019, consta a descrição: “*Biscoitos e bolachas derivados de farinha de trigo; (exceto dos tipos ‘cream*

*cracker', 'água e sal', 'maisena', 'maria' e outros de consumo popular que não sejam adicionados de cacau, nem recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial)".*

Portanto este item, não estando sujeito à substituição tributária, deve ser mantido do levantamento.

PALITOS CHOCOLATE CORY AO LEITE – NCM: 1905.90.20. Consta no sítio do fabricante (<http://cory.com.br/>), a seguinte informação sobre o produto: “*Palitos com sabor de leite e cobertos com chocolate meio amargo. (...). Ingredientes: Farinha de trigo enriquecida com ferro e ácido fólico, açúcar, gordura vegetal, cacau em pó, licor de cacau, sal, açúcar invertido, emulsificantes lecitina de soja e diacetil tartarato de mono e diglicerídeos, aromatizantes, fermentos químicos bicarbonato de sódio e pirofosfato ácido de sódio. Contém glúten (...) derivados de trigo e soja. Pode conter leite, aveia, centeio, cevada e triticale”.*

A NCM 1905.90.2, consta no Anexo 1 ao RICMS/2012 vigente em 2012 nos itens: (I) 11.13.0 com a seguinte descrição: “*Biscoitos e bolachas derivados de farinha de trigo dos tipos 'cream cracker' e 'água e sal'.*”; (II) 11.13.1 – “*Biscoitos e bolachas não derivados de farinha de trigo dos tipos 'cream cracker' e 'água e sal'*”; (III) 11.13.2 – “*Outras bolachas, exceto casquinhas para sorvete e os biscoitos e bolachas relacionados nos CEST 17.056.00 e 17.056.01.*”; (IV) 11.18.0 – “*Outros pães, exceto o classificado no CEST 17.062.03.*”; e (V) 11.18.2 – “*Casquinhas para sorvete*”.

Dessa forma trata-se de produto sujeito a substituição tributária, devendo ser excluído no levantamento.

VODKA 51 ICE, SKARLOF, BLUE SPIRIT ICE e SIX - NCM: 2208.90.00 e 2208.60.00. Segundo informações constantes no sítio do fabricante (<https://www.ciamuller.com.br/>), o produto VODKA 51 ICE, é uma “*bebida alcoólica mista gaseificada (...) Tem teor alcoólico de 5,5%, (...).*”, mesmas informações para o produto BLUE SPIRIT ICE, cujo teor alcoólico varia de 5,0% a 5,5%.

Segundo informações do fabricante, “*SIX PM é formada por bebidas de base alcoólica neutra de alta qualidade aromatizada. Os sabores são Gin Tonica (...); Spritz; Moscow Mule (levemente cítrico e refrescante, um sucesso nas noites); e Cuba Libre (sabor da cola unido ao aroma natural do limão).*

*(...) Todos os sabores da SIX PM possuem 7,9% de volume alcoólico (...)".*

No Anexo 1 ao RICMS/2012, consta para a NCM 2208.9 no item 3.19, a seguinte descrição: “*Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%.*”, ou seja, os produtos estão sujeitos à substituição tributária, devendo ser excluídos do levantamento.

Na manifestação, a autuada manteve as alegações para as operações com CFOP 5.949, tendo a própria autuada como destinatário, pois, entende que não ocorreu fato gerador do ICMS, posto que são operações de transferência para uso/consumo do próprio estabelecimento.

Ao examinar os documentos e o demonstrativo analítico da infração 03, fls. 77 a 105, constato que parte das operações ocorreram com o CFOP 5.949 – “*Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, como alegou a autuada*”.

O autuante, já na informação fiscal, reconheceu como parcialmente procedente o argumento tendo identificado na sua EFD a entrada de mercadoria e o seu retorno, embora com o CFOP equivocado, razão pela qual excluiu parte das operações com o CFOP 5.949. Para as demais operações com o citado CFOP, mesmo atestando que se destinaram a outro estabelecimento do mesmo contribuinte, o autuante não acatou os argumentos.

Constatado que se trata de operações entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, não havendo que se falar em operações tributadas, devendo estas serem excluídas do levantamento.

Assim, de ofício, procedi aos ajustes no levantamento e considero parcialmente subsistente a infração 03, na forma do demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/01/2019	09/02/2019	1.802,86	18,00	60,00	324,52
28/02/2019	09/03/2019	2.291,36	18,00	60,00	412,44
31/03/2019	09/04/2019	2.840,31	18,00	60,00	511,26
30/04/2019	09/05/2019	3.412,55	18,00	60,00	614,26
31/05/2019	09/06/2019	2.475,64	18,00	60,00	445,62
30/06/2019	09/07/2019	13.141,64	18,00	60,00	2.365,50
31/07/2019	09/08/2019	1.947,55	18,00	60,00	350,56
31/08/2019	09/09/2019	613,67	18,00	60,00	110,46
30/09/2019	09/10/2019	13.235,04	18,00	60,00	2.382,31
31/10/2019	09/11/2019	6.545,45	18,00	60,00	1.178,18
30/11/2019	09/12/2019	11.411,56	18,00	60,00	2.054,08
31/12/2019	09/01/2020	6.522,44	18,00	60,00	1.174,04
<b>Total</b>					<b>11.923,23</b>

A **infração 04**, consiste na mesma acusação anterior, agora referente as saídas através de nota fiscal de consumidor eletrônica – NFC-e, onde a autuada arguiu que constam também mercadorias sujeitos à substituição tributária, conforme listagem, onde constam os produtos (*I*) VODKA 51 ICE, diversos sabores; (*II*) CHOCOLATE TWIX ORIGINAL; (*III*) PALITOS CHOCOLATE CORY AO LEITE; e (*IV*) CREMOSINHO DOCE MEL.

O autuante, na informação fiscal considerou que a infração tem o mesmo teor anterior, diferenciando apenas pelos documentos emitidos, no caso desta, a saídas se deram através de NFC-e, portanto, servem para esta, todas as informações prestadas para anterior.

Assim, excluiu do levantamento o item CREMOSINHO DOCE MEL, por se tratar de sorvete, sujeito à substituição tributária, mantendo os demais itens.

Efetivamente, a acusação é a mesma e os argumentos referente aos itens sujeitos ao regime de substituição tributária se repetem exatamente como na infração 03.

Dessa forma, cabem as mesmas conclusões, já explicitadas linhas acima, de forma que tenho a infração 04 como parcialmente subsistente na forma do demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/01/2019	09/02/2019	393,42	18,00	60,00	70,82
28/02/2019	09/03/2019	17,70	18,00	60,00	3,19
31/03/2019	09/04/2019	491,86	18,00	60,00	88,53
30/04/2019	09/05/2019	188,60	18,00	60,00	33,95
31/05/2019	09/06/2019	4.978,88	18,00	60,00	896,20
30/06/2019	09/07/2019	6.343,91	18,00	60,00	1.141,90
31/07/2019	09/08/2019	430,66	18,00	60,00	77,52
31/08/2019	09/09/2019	164,82	18,00	60,00	29,67
30/09/2019	09/10/2019	989,22	18,00	60,00	178,06
31/10/2019	09/11/2019	1.678,30	18,00	60,00	302,09
30/11/2019	09/12/2019	1.440,56	18,00	60,00	259,30
31/12/2019	09/01/2020	1.851,08	18,00	60,00	333,19
<b>Total</b>					<b>3.414,42</b>

A **infração 06**, consiste na acusação de ter o contribuinte efetuado recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição referente a aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária procedentes de outras unidades federativas.

A defesa atribui ser improcedente a infração argumentando que no levantamento, constam: *(a)* operações pagas por antecipação tributária através de DAE – receita 1145; *(b)* operações que tiveram o ICMS-ST retido pelo fornecedor; e *(c)* produtos normalmente tributados.

O autuante acatou em parte as alegações da defesa, especificamente quanto a alguns itens que a defesa arguiu serem mercadorias tributadas normalmente, especificamente aos itens COXÃO TRASEIRO e CARNE SECA, que embora não constam na descrição dos mesmos nos documentos fiscais a expressão “CHARQUE”, contudo, nos Registros de entradas e saída da EFD, constatou se tratar de charque.

Como a infração exige o ICMS devido por antecipação total, caberia a autuada apresentar os comprovantes do recolhimento do imposto referente às operações através do DAE com código de receita 1145 - ICMS Antecipação Tributária - Anexo 01 – RICMS. Não tendo o contribuinte apresentado o DAE correspondente contendo explicitamente as notas fiscais correspondentes, não há comprovação do recolhimento.

Outra alegação da defesa consiste na afirmação de que nas notas fiscais que lista, o ICMS-ST já fora retido pelo contribuinte remetente.

Em busca da verdade material, considerando que o autuante sobre o argumento não se manifestou, procedi consultas ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica, onde constatei ter razão a alegação da defesa, conforme dados a seguir listados:

Nº NF-e	Emitente	UF	ICMS-ST Retido
011.163	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	1.813,61
012.536	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	3.043,45
012.821	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	2.438,05
015.419	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	845,24
015.420	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	2.870,05
015.510	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	3.084,90
015.511	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	523,17
016.139	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	3.407,28
017.163	PANDURATA ALIMENTOS LTDA.	AL	2.980,14
029.283	PECCIN S/A	AL	122,90
029.459	PECCIN S/A	AL	234,48
030.223	PECCIN S/A	AL	244,61
030.356	PECCIN S/A	AL	359,21
031.087	PECCIN S/A	AL	162,76
031.314	PECCIN S/A	AL	85,46
031.510	PECCIN S/A	AL	338,64
031.857	PECCIN S/A	AL	339,05
032.304	MW COMERCIO IMP. E EXPORT. DE ARTIGOS DE ILUMINAÇÃO LTDA.	SP	410,18
032.467	MW COMERCIO IMP. E EXPORT. DE ARTIGOS DE ILUMINAÇÃO LTDA.	SP	410,18
499.118	INDUSTRIA ALIMENTÍCIA TRES DE MAIO S.A.	PB	2.373,76
499.511	SUINCO COOPERATIVA DE SUINOCULTORES LTDA.	MG	854,00
504.127	INDUSTRIA ALIMENTÍCIA TRÊS DE MAIO S.A.	PB	2.154,84
504.128	INDUSTRIA ALIMENTÍCIA TRÊS DE MAIO S.A.	PB	4.084,59
508.747	SUINCO COOPERATIVA DE SUINOCULTORES LTDA.	MG	601,85
602.811	SUINCO COOPERATIVA DE SUINOCULTORES LTDA.	MG	1.944,45

Consta inclusive nas notas fiscais emitidas pela PANDURATA ALIMENTOS LTDA., a seguinte informação no campo das informações complementares: “Operação interna, prod. produção

*própria: ICMS ST recolhido por substituição tributária conforme Protocolo ICMS 46/2000; Biscoitos Cracker e Agua e Sal: Redução da BC do ICMS em 58,82% - Produtos da Cesta Básica, nos termos do item 20, do Anexo II, do Regulamento do ICMS. Operação interna, prods adquiridos de terceiros NCM 1905.31.00: ICMS ST recolhido conforme Art. 2º do Anexo XXXIII RICMS/AL - Contribuinte substituído. Operações interestaduais: ICMS ST recolhido por substituição tributária conforme Protocolo ICMS 46/2000 e Protocolo 50/2005. Transf entre estab da mesma empresa: Suspensão do IPI conforme Artigo 43, inciso X do Decreto 7.212/2010”.*

Portanto, todas essas notas fiscais, devem ser excluídas do levantamento assim como a exclusão de parte das mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, já revisada pelo autuante, que acolho.

Procedi, de ofício, a apropriação dos valores correspondentes às notas fiscais acima listas, visto terem o ICMS-ST comprovadamente retido pelo remetente e refiz o demonstrativo, fl. 272, cujo resultado segue na tabela:

Mês	Valor Devido - Auditado	Valor Lançado - Empresa	Valor Devido
Janeiro-2019	0,00	854,00	0,00
Fevereiro-2019	227,20	832,78	0,00
Abri-2019	1.165,57	1.165,57	0,00
Maio-2019	533,00	2.658,92	0,00
Agosto-2019	1.374,10	3.475,41	0,00
Setembro-2019	1.550,81	6.137,03	0,00
<b>Total</b>	<b>4.850,68</b>	<b>15.123,71</b>	<b>0,00</b>

A infração 06 é insubstancial.

Quanto a **infração 07**, que acusa o contribuinte de dar entrada no estabelecimento de mercadorias sem o registro na sua escrita fiscal, a defesa listou documentos fiscais que acobertaram operações cujas mercadorias não lhe foram entregues e o fornecedor emitiu a nota fiscal de retorno das mercadorias não entregues e outros casos que as notas fiscais foram lançadas no Bloco E como ajustes na apuração, argumentos não acatados pelo autuante.

A infração exige o pagamento de multa por descumprimento de uma obrigação acessória, prevista no art. 217, incisos I, II e III do RICMS/2012, ou seja, o livro Registro de Entradas, destinado à escrituração pelos contribuintes:

*I - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;*

*II - das aquisições de mercadorias ou bens que não transitarem pelo estabelecimento;*

*III - dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação tomados pelo contribuinte.*

O livro Registro de Entradas, com a obrigatoriedade da Escrituração Fiscal Digital – EFD, se constitui, para os contribuintes mais um conjunto de registros quem compõem o arquivo digital correspondente a EFD, que substituiu a escrituração e impressão dos livros fiscais, dentre eles o Registro de Entradas, conforme previsto no Ajuste SINIEF nº 02/09.

Portanto, a falta de registro nos arquivos da EFD equivale a omissão do registro do documento que acobertou operação com repercussão tributária na escrita fiscal, caracterizando o descumprimento de uma obrigação acessória, fato que enseja a aplicação de multa, no caso em análise, a multa de “*1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;*”, conforme o art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Portanto, pouco importa se a operação, cujo respectivo documento fiscal deixou de ser registrado, se trata de operação de venda, devolução, ou que tenha sido uma operação tributada, ou não tributada, tendo em vista que não há exigência de imposto.

Após consultas ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica, constatei que as notas fiscais sobre as quais a defesa diz que “*foram lançadas no Bloco E (apuração) como ajustes na apuração*”, são notas fiscais recebidas pela autuada para fins de transferência de saldo credor do ICMS (CFOP 5.602 - *Transferência de saldo credor de ICMS para outro estabelecimento da mesma empresa, destinado à compensação de saldo devedor de ICMS*) e transferência de saldo devedor de ICMS (CFOP 5.605 - *Transferência de saldo devedor de ICMS de outro estabelecimento da mesma empresa*).

Também, constatei que a NF-e nº 032.329, constante no demonstrativo, fl. 176, não foi cobrada a multa. Verifiquei que a citada nota fiscal, emitida por VCT BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO, CNPJ nº 09.300.053/0002-83, procedente do Espírito Santo, se refere a complemento da nota fiscal nº 031.041 do valor do ICMS destacado, conforme consta descrito nas informações complementares: “*Compl. de Imposto Referente a NF 000031041-1 Emitida em 27.11.2019 ‘ICMS Substituição Tributária Recolhido Antecipadamente nos Termos do ART. 426-A DO RICMS/SP’ Sujeito a IPI , ICMS-ST devido com fundamento no Protocolo 14/2006, com as alterações do Protocolo 82/2015, não retido por ausência de dispositivo legal da legislação interna do Estado de destino MERCADORIA COLETADA NO ARMAZEM GERAL CENTRO DISTRIBUIÇÃO E LOGISTICA N. SRA. DA PENHA CNPJ: 04.077.240/0001-45 I.E: 082671834 END: DARLY SANTOS, 2025 - ESTRADA DE CAPUABA DARLY SANTOS, 2025 ESTRADA DE CAPUABA NOSSA S. DA PENHA CEP: 29110-340 TR74975 260719*”.

Registro que apesar de constar relacionadas no levantamento, não foi cobrada a multa de 1% sobre estas notas fiscais, tendo em vista que não existe valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento. Portanto, desnecessária a argumentação da defesa.

O argumento da defesa, apresentado na última manifestação, fl. 284, que justificaria a falta de escrituração de notas fiscais em razão do próprio fornecedor ter cancelado a operação, tendo, inclusive, emitido notas fiscais de retorno cujos números a defesa indica em tabela, de pouca valia se mostrou, tendo em vista, não haver a identificação do fornecedor, tampouco foi apresentado, sequer cópia das notas fiscais correspondentes às devoluções o que permitiria a requerida comprovação das devoluções.

Destarte, a autuada, somente comprovando os registros das notas fiscais na EFD poderia elidir a infração, o que não ocorreu.

Assim sendo, a infração é subsistente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme resumo a seguir:

Infração	Valor Lançado	Valor Julgado	Multa	Resultado
01	001.002.006.	53.074,82	27.207,82	Parcialmente subsistente
02	002.001.003.	2.610,84	1.480,01	Parcialmente subsistente
03	002.001.003.	50.796,78	11.923,23	Parcialmente subsistente
04	002.001.003.	24.214,54	3.414,42	Parcialmente subsistente
05	006.005.001.	2.206,12	2.206,12	Reconhecida
06	007.001.002.	42.224,31	0,00	Insubsistente
07	016.001.006.	20.084,52	20.084,52	Subsistente
<b>Total</b>		<b>195.211,93</b>	<b>66.316,12</b>	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207098.0001/22-8**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 46.231,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a”, inc. II alíneas “a”, “d” e “f” Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais,

além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 20.084,52**, prevista no art. 42, inc. IX do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR