

A. I. N° - 294888.0001/22-7
AUTUADO - PASSOS MAGALHÃES SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA
ORIGEM - DAT SUL / INFASZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25/04/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0059-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE CONSUMO. Não é permitido utilizar crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração subsistente. **b)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. **c)** LANÇAMENTO DO DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. Os cálculos foram refeitos pela Autuante para excluir valores comprovados pelo Defendente, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Infração subsistente em parte. **d)** SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO. É indevida a utilização de crédito fiscal, bem como das prestações de serviços de transporte a elas correlatas, em relação às operações com mercadorias isentas ou sem incidência do ICMS. Infração procedente. **e)** CRÉDITO DO IMPOSTO A MAIS. ALÍQUOTA INCORRETA. Na escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias e serviços tomados, deve ser observado o que preceitua a legislação tributária, inclusive a alíquota e os limites ou condições para utilização dos referidos créditos. Infração comprovada de acordo com o levantamento fiscal. **f)** FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. Infrações 7/8 não impugnadas. Decretada, de ofício, redução da multa de 100 para 60%, tendo em vista que não houve dolo. **3.** FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defensante não destacou o ICMS relativo a operações tributadas. Os débitos lançados nestas infrações foram reduzidos para os valores constantes dos demonstrativos revisados pela Autuante. Infrações parcialmente subsistentes. (9 e 10). **4.** ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **5.** LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS **6.** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **7.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO

FIXO E/OU CONSUMO. Infrações não impugnadas **8.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido antes da entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, se o contribuinte estiver credenciado. Infração comprovada de acordo com o levantamento fiscal. **9.** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. **10.** DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇO TOMADO SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO. **11.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS - DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infrações não impugnadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/03/2022, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$ 105.617,60, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 001.002.002: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de maio a julho, setembro e outubro de 2017. Valor do débito: R\$ 170,28. Multa de 60%.

Infração 02 – 001.002.006: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de abril de 2017 a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 11.175,31. Multa de 60%.

Infração 03 – 001.002.020: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, nos meses de junho, julho e agosto de 2017. Valor do débito: R\$ 5.851,96. Multa de 60%.

Infração 04 – 001.002.026: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no período de abril de 2017 a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 2.647,10. Multa de 60%.

Infração 05 – 001.002.028: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal. Erro na aplicação da alíquota (CFOP x UF), nos meses de abril de 2017 a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 3.128,41. Multa de 60%.

Infração 06 – 01.02.42: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no mês de agosto de 2016. Nota Fiscal cancelada ou denegada. Valor do débito: R\$ 747,00. Multa de 60%.

Infração 07 – 002.001.002: Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro de 2017; janeiro a dezembro de 2018. Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas não escrituradas. Valor do débito: R\$ 3.442,49. Multa de 100%.

Infração 08 – 002.001.002: Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de junho de 2017; maio, setembro a novembro de 2018. Notas Fiscais de Saídas não escrituradas. Valor do débito: R\$ 1.369,13. Multa de 100%.

Infração 09 – 002.001.003: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de abril a outubro de 2017. Saídas de mercadorias efetuadas através de ECF. Valor do débito: R\$ 8.350,34. Multa de 60%.

Infração 10 – 002.001.003: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Saídas de mercadorias efetuadas através de NFC-e. Valor do débito: R\$ 15.436,79. Multa de 60%.

Infração 11 – 003.002.002: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses janeiro a dezembro de 2018. Saídas de mercadorias efetuadas através de NFC-e. Valor do débito: R\$ 2.065,14. Multa de 60%.

Infração 12 – 003.002.002: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses abril a outubro de 2017. Saídas de mercadorias efetuadas através de ECF. Valor do débito: R\$ 1.735,08. Multa de 60%.

Infração 13 – 003.002.004: Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Operações efetuadas com NFC-e. Valor do débito: R\$ 212,03. Multa de 60%.

Infração 14 – 003.002.005: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de junho, agosto, outubro e novembro de 2017; janeiro, maio, junho, outubro a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 813,99. Multa de 60%.

Infração 15 – 006.005.001: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de abril, maio, julho, agosto e outubro de 2017; janeiro a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 1.617,83. Multa de 60%.

Infração 16 – 007.001.001: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de abril a dezembro de 2017; fevereiro a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 17.937,72. Multa de 60%.

Infração 17 – 007.001.002: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro, março e abril de 2018. Valor do débito: R\$ 13.606,39. Multa de 60%.

Infração 18 – 007.015.002: Recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de maio, julho, novembro e dezembro de 2017; abril a junho, agosto e novembro de 2018. Valor do débito: R\$ 10.209,98. Multa de 60%.

Infração 19 – 016.001.001: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril a novembro de 2017. Multa de 1% sobre o valor dos documentos fiscais totalizando R\$ 4.960,63.

Infração 20 – 016.005.011: Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) referente ao mês de novembro de 2018. Multa no valor de R\$ 140,00.

O autuado apresentou impugnação às fls. 494 a 496 do PAF. Quanto à Infração 01, alega que no demonstrativo que pode evidenciar a caracterização das ocorrências dos fatos geradores considerados, se observa que não se trata de material para uso e consumo e sim mercadoria para revenda. Cita como exemplo a NF-e 4609 de 06/06/2017 cujo CFOP é 1.102 - Compra de Mercadoria para Revenda

INFRAÇÃO 02: Diz que no levantamento fiscal foi utilizado apenas o NCM sem observar a descrição do produto e afirma que a presente análise parte do pressuposto de que a classificação informada da mercadoria na NCM/SH está correta, uma vez que é de responsabilidade do contribuinte identificá-la e fornecê-la.

No que se refere à sujeição ou não de uma mercadoria ao regime de substituição tributária, alega que deve haver tal previsão em convênio ICMS, na Lei que institui o imposto no Estado e no Regulamento do ICMS.

Acrescenta que a substituição tributária incide quando o código NCM previsto na legislação tributária, em conjunto com a descrição posta pelo legislador, são compatíveis com as da mercadoria em questão.

Registra que recentemente, com a publicação do Convenio ICMS 92/15 e a introdução do código CEST (Código Especificador da Substituição Tributária), evidencia-se que a finalidade para a qual a mercadoria foi produzida também é fator relevante na determinação da sua sujeição ou não ao regime de substituição tributária. Tal fato foi ratificado pela cláusula sétima do convênio 52/17.

Conclui que os três aspectos precisam ser considerados para enquadrar ou não determinada mercadoria no regime de substituição tributária.

Diz que verificou que no auto de Infração se encontram mercadorias cuja descrição não consta nos anexos II ao XXVI mesmo que o NCM da mercadoria esteja constando no referido anexo, conforme descrito abaixo:

NF 121669 COXINHA DE FGO LADELLI 300G NCM 02071300, 6481168

NF 220472 MIST.BOLO S/ACUC.E GORD FESTA NCM 19012000, 3347602

NF 468118 BATATA PALHA VALOR TRADICIONA NCM 20052000, 90911636

NF 3958304 ALGODAO SMART HIDROFILO 25G NCM 56012110, 1518273

NF 102290 COOLER VINHO CANCAO ROSADO PE NCM 22089000, 52801426

NF 20995 AMENDOIM JAPONES GUIMARAES 16 NCM 20081100 ,182401277

INFRAÇÃO 03: Alega que está sendo cobrado o crédito devido e o crédito em duplicidade.

INFRAÇÃO 04: Afirma que está havendo um equívoco por parte da Autuante, conforme art. 265 do RICMS: São isentas do ICMS, d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho. Conforme se verifica no demonstrativo, foi colocado como sendo isento, entre outras, as seguintes mercadorias elencadas abaixo:

04/01/2017 BA NFe 428 MINGAU INCAMILHO MILHO VERDE

04/01/2017 BA NFe 428 CANJIQUINHA CURAU INCAMILHO S

27/01/2017 BA NFe 29836 XEREM MILHO YOKI 500G CANJIQ.

27/09/2017 BA NFe 110880 MISTURA DE SETE CEREAIS+SOJA

INFRAÇÃO 05: Alega que o crédito indevido evidenciado pela Autuante é referente ao FUNDO DE PROBREZA. Reproduz o art. 1º da Portaria 133/2002, alterado pela Portaria no 160/19, e explica:

como a apuração do FECEP é pelo valor das saídas, quando a empresa escritura o livro de entrada, utiliza o valor total do ICMS constante na NF-e.

INFRAÇÕES 09 e 10: Afirma que em relação ao demonstrativo que evidenciou as operações tributáveis, a Autuante não colocou o número ou a chave da NFC-e, o que tornou difícil a apuração dos fatos. Pode ser verificado é que existem produtos no relatório que são passíveis de substituição tributária ou isenção do ICMS conforme abaixo:

31/03/2018 5405 1803 19053100 SEQUILHOS NAZINHA LEITE 100G

28/02/2017 5405 BISC. PIRAJUE PIZZAQUE 120G

31/01/2017 5102 PEIXE DOURADO POSTA GRANEL

31/08/2017 5405 BISC. PIRAJUE PIZZAQUE 120G

INFRAÇÕES 16 e 17: Alega que no demonstrativo que pode evidenciar a caracterização das ocorrências de fatos geradores considerados, verificou que foi utilizado apenas o NCM sem observar a descrição do produto e esclarece que a presente análise parte do pressuposto de que a classificação informada da mercadoria na NCM/SH está correta, uma vez que é de responsabilidade do contribuinte identificá-la e fornecê-la.

No que se refere à sujeição ou não de uma mercadoria ao regime de substituição tributária, alega que deve haver tal previsão em convênio ICMS, na Lei que institui o regime no Estado e no Regulamento do ICMS.

Também afirma que a substituição tributária incide quando o código NCM previsto na legislação tributária, em conjunto com a descrição posta pelo legislador, são compatíveis com as da mercadoria em questão.

Registra que mais recentemente, com a publicação do Convenio ICMS 92/15 e a introdução do código CEST, evidencia-se que a finalidade para a qual a mercadoria foi produzida também é fator relevante na determinação da sua sujeição ou não ao regime de substituição tributária. Tal fato foi ratificado pela cláusula sétima do convênio 52/17.

Afirma que os três aspectos precisam ser considerados para enquadrar ou não determinada mercadoria no regime de substituição tributária.

Também alega que no auto de Infração se encontram mercadorias cuja descrição não consta nos anexos II ao XXVI mesmo que o NCM da mercadoria esteja constando no referido anexo, e que constam mercadorias cujo ICMS SUBSTITUIÇÃO foi recolhido através da GNRE e não considerado pela Autuante, é o caso por exemplo das mercadorias adquiridas da Indústria de Produtos Alimentícios Piraquê S/A, conforme descrito abaixo:

31/03/17 1072247 / 1 BISCOITO LEITE MALTADO LIGHT 40X200G - PIRAJUE

31/03/17 1072247 / 1 BISCOITO LEITE E COCO 40X200G - PIRAJUE

23/06/17 1087464 / 1 BISCOITO LEITE MALTADO 40X200G - PIRAJUE

23/06/17 1087464 / 1 BISCOITO ROLADINHO DE GOIABA 40X100G - PIRAJUE

08/06/17 53986 / 1 BATATA PALHA TRADICIONAL FUGINI SACHE

31/05/17 260104 / 1 CASTANHA CAJU INT TS 12X200

01/07/17 154562 / 1 GRANUL CROC ESC CONF

Requer, dentro da garantia constitucional do contraditório, que este Auto de Infração seja considerado improcedente. Diz que espera e confia que, o preposto fiscal e este Órgão Julgador, reconheçam os equívocos dos lançamentos efetuados, através do Auto de Infração em foco e ora impugnado de forma parcial, sendo as infrações não contestadas pagas dentro do prazo de defesa, certamente este Conselho o julgará improcedente.

A autuante presta informação fiscal às fls. 629 a 632 dos autos. Diz que o Auto de Infração fora lavrado para lançamento das infrações 01 a 20 em razão de irregularidades apuradas no decorrer da fiscalização realizada de acordo com a OS 504268/21, conforme levantamentos fiscais elaborados com base na EFD - Escrituração Fiscal Digital e Notas Fiscais Eletrônicas disponibilizadas pela SEFAZ/BA - fls. 30/33; 35/61; 64/83; 89/91; 96/102; 104/110; 115/141; 144/159; 163/257; 261/267 270/283; 287/307; 314/335; 345/395; 399/450; 454/470; 488 e CD contendo inclusive EFDs e DANFEs, anexos.

Em relação à INFRAÇÃO 01, afirma que não procedem os argumentos do impugnante para descharacterizar esta infração. Apesar de constar da nota fiscal o CFOP 1102, a análise dos créditos fiscais realizadas através do SIAF demonstra que o item foi destinado para uso e consumo, conforme extrato que anexa à informação fiscal.

INFRAÇÃO 02: Diz que não procedem os argumentos do impugnante para descharacterizar esta infração. Os produtos que estão na substituição tributária por antecipação constam no Anexo 1 do RICMS/BA, Decreto Estadual nº 13.780/12, está em conformidade com a legislação tributária que rege a Substituição Tributária. Assim sendo, a mercadoria é considerada enquadrada no regime de substituição tributária, quando a sua NCM e a sua descrição concorrem com a NCM e a descrição constante do anexo 1 do RICMS/2012, como é o caso das mercadorias elencadas pelo impugnante.

INFRAÇÃO 03: Informa que procedem os argumentos do impugnante. Os levantamentos fiscais de fls. 89/91 foram revisados, modificando os lançamentos dessa Infração para os valores constantes dos novos demonstrativos que anexa à Informação Fiscal.

INFRAÇÃO 04: Diz que não procedem os argumentos do impugnante para descharacterizar esta infração. Entre os produtos elencados pela defesa estão os derivados de milho e mistura de sete cereais que se trata de arroz misturado com cereais, conforme o código/item 7893500037996 - ARROZ MISTURA DE SETE CEREAIS, na EFD. Em relação aos derivados de milho no Parecer nº 17046/2012 a DITRI se pronuncia: "... Ao dispor sobre o benefício fiscal da isenção do imposto, o RICMS-BA/12(Decreto 13.780/2012), vigente a partir de 1º de abril de 2012, no seu artigo 265, assim estabelece:

Art. 265. São isentas do ICMS:

(...)

II - as saídas internas de:

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho;"

Afirma que o dispositivo supra não especifica os tipos de fubá de milho e farinha de milho alcançados pelo tratamento ali previsto, conduzindo ao entendimento de que todas as espécies do referido produto estão incluídas.

Apresenta a conclusão de que, a partir de 1º de abril de 2012, as operações internas com todas as espécies de fubá e farinha de milho, a exemplo de "flocos de milho", "cuscuz de milho", "creme de milho" e "canjiquinha", estão alcançadas pelo benefício da isenção previsto no RICMS-BA/2012, art. 265, o que, na prática, dispensa o adquirente deste Estado de efetuar o recolhimento da antecipação parcial nas aquisições interestaduais para comercialização.

Informa que no Parecer nº 6753/2015 a DITRI se pronuncia dizendo que: "...ICMS. TRIBUTAÇÃO DE PRODUTOS DERIVADOS DO MILHO. As operações internas com farelo de milho destinado à alimentação humana encontram-se amparadas pela isenção do ICMS, na forma prevista no art. 265, inciso II, "d", do RICMS/BA. As operações com canjica branca e canjica amarela sofrem tributação normal do imposto..."

INFRAÇÃO 05: Afirma que não procedem os argumentos do impugnante para descharacterizar esta infração. O percentual de 2% é referente ao Fundo Estadual de Combate a Erradicação da Pobreza como previsto no art. 16-A da Lei nº 7014/96. É contribuição criada com o objetivo de diminuir as

desigualdades sociais no Estado da Bahia. Os valores arrecadados permanecem integralmente vinculados ao FECEP, não dando direito a crédito como pretende o impugnante.

INFRAÇÕES 06, 07 e 08: Não contestadas. Mantidas as Infrações.

INFRAÇÕES 09 e 10: Diz que não procedem os argumentos do impugnante de que a falta de número ou chave da NFC-e nos demonstrativos que evidenciou as operações tributáveis tenha dificultado a apuração dos fatos. Estas infrações referem-se a Falta de recolhimento do ICMS – Operações tributadas como não tributadas realizadas através de ECF – fls. 190/208 e NFC-es – fls. 209/231, devidamente instruídas com os Demonstrativos: Resumo de Operações por item/mês e Resumo do débito correspondentes, contendo todos os elementos necessários à sua compreensão, possibilitando o reconhecimento das operações, como: DATA, CNPJ, CFOP, NCM, CÓDIGO, DESCRIÇÃO DO ITEM E VALORES DE CADA ITEM, que foram elaborados com base na EFD e documentos fiscais, tanto que o impugnante analisou e alegou inconsistências nos levantamentos fiscais que foram revisados para apropriar como Substituição Tributária os produtos SEQUELHOS NAZINHA LEITE e BISC. PIRAJE PIZZAQUE 120G, exceto o PEIXE DOURADO POSTA GRANEL que é tributado normalmente. Os valores lançados nestas infrações serão modificados para os valores constantes dos demonstrativos revisados que anexa à informação fiscal.

INFRAÇÕES 11, 12, 13, 14 e 15: Não contestadas. Mantidas as Infrações.

INFRAÇÕES 16 e 17: Afirma que não procedem os argumentos do impugnante para descharacterizar esta infração. Os produtos que estão na substituição tributária por antecipação constam no Anexo 1 do RICMS/BA, Decreto Estadual nº 13.780/12, que está em conformidade com a legislação tributária que rege a Substituição Tributária. Assim sendo, a mercadoria é considerada enquadrada no regime de substituição tributária, quando a sua NCM e a sua descrição concorrem com a NCM e a descrição constante do anexo 1 do RICMS/2012, como é o caso das mercadorias elencadas pelo Impugnante.

Sobre a alegação de que constam dos demonstrativos mercadorias cujo ICMS SUBSTITUIÇÃO foi pago através de GNRE, a exemplo das mercadorias elencadas pela defesa, informa que o impugnante não comprova o recolhimento do ICMS incidente sobre os produtos relacionados, pois não anexou à defesa qualquer comprovante destes recolhimentos.

INFRAÇÕES 18, 19 e 20: Não contestadas. Mantidas as Infrações.

Registra que o débito correspondente às INFRAÇÕES 06, 07, 08, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19 e 20 foi reconhecido pelo impugnante que se comprometeu a efetivar os recolhimentos dentro do prazo de defesa, entretanto não constam dos autos quaisquer documentos comprovando estes pagamentos.

Em relação às INFRAÇÕES 03, 09 e 10, com base nos argumentos apresentados pelo impugnante, foram retificados os demonstrativos, fls. 89/91 referentes à Infração 03 e demonstrativos de fls. 190/231 referente às Infrações 09 e 10, que seguem anexos à Informação Fiscal e mídia CD.

Ante o exposto, a Autuante modifica os termos do presente Auto de Infração para os valores constantes dos demonstrativos que anexa, e espera seja julgado procedente em parte.

À fl. 660 essa Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para intimar o autuado e lhe fornecer cópia da Informação Fiscal às fls. 629 a 658, mediante recibo, concedendo o prazo de dez dias para o Defendente se manifestar.

Em atendimento, foi expedida Mensagem DT-e (fl. 662), constando como data de ciência e de leitura, 03/11/2022, e a informação de que está fornecendo cópia das fls. 629 a 658, junto com a cópia do encaminhamento da diligência à fl. 660, concedendo o prazo de dez dias para manifestação. Decorrido o prazo concedido, o Defendente não se manifestou.

VOTO

O presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pela Autuante, foram fornecidas ao Autuado cópias dos mencionados demonstrativos, não foi identificado qualquer prejuízo ao Defendente, as infrações foram descritas de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e das multas aplicadas, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração dos valores exigidos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento, ficando rejeitado o pedido apresentado pelo Defendente.

Quanto ao mérito, de acordo com as razões de defesa, o Defendente não apresentou contestação em relação às Infrações 06, 07, 08, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19 e 20. Dessa forma, são mantidos os itens não impugnados, considerando que não há lide a ser decidida, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de maio a julho, setembro e outubro de 2017.

O Defendente alegou que no levantamento fiscal ficou evidenciado que não se trata de material para uso e consumo e sim mercadoria para revenda. Citou como exemplo a NF-e 4609 de 06/06/2017 cujo CFOP é 1.102 - Compra de Mercadoria para Revenda

A Autuante informou que apesar de constar da nota fiscal o CFOP 1102, a análise dos créditos fiscais, realizada através do SIAF demonstra que o item foi destinado para uso e consumo, conforme extrato que anexa à fl. 657. O levantamento fiscal foi elaborado com base na EFD - Escrituração Fiscal Digital e Notas Fiscais Eletrônicas disponibilizadas pela SEFAZ/BA.

Se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, competia ao contribuinte informar e corrigir os erros antes de qualquer ação fiscal.

Mantida a exigência fiscal, considerando que não é permitido utilizar crédito fiscal relativo a material de consumo (art. 29, § 1º, II da Lei 7.014/96 c/c art. 33 da LC 87/96).

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de abril de 2017 a dezembro de 2018.

O Autuado alegou que no levantamento fiscal foi utilizado apenas o NCM sem observar a descrição do produto, e afirmou que a presente análise parte do pressuposto de que a classificação informada da mercadoria na NCM/SH está correta, uma vez que é de responsabilidade do contribuinte identificá-la e fornecê-la.

Disse que verificou que no auto de Infração se encontram mercadorias cuja descrição não consta nos anexos II ao XXVI mesmo que o NCM da mercadoria esteja constando no referido anexo.

Na Informação Fiscal, a Autuante afirmou que os produtos da substituição tributária por antecipação constam no Anexo 1 do RICMS/BA, Decreto Estadual nº 13.780/12. Assim sendo, a mercadoria é considerada enquadrada no regime de substituição tributária, quando a sua NCM e a sua descrição concorrem com a NCM e a descrição constante do anexo 1 do RICMS/2012, como é o caso das mercadorias elencadas pelo impugnante e exemplos a seguir, concluindo que a infração está comprovada.

NCM 0207, Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves, exceto os descritos no CEST 17.087.02

NCM 1901: Misturas e preparações para pães com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em qualquer embalagem. Misturas e preparações com, no mínimo, 80% de farinha de trigo na sua composição final, exceto as descritas nos CEST 17.046.10 a 17.046.15.

NCM 2208.9: Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%

Quanto ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, inclusive os limites ou condições para utilização de créditos fiscais. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Acato as informações da Autuante e conlucio pela subsistência desta infração, considerando que a escrituração do crédito fiscal deve ser efetuada nos livros fiscais próprios, no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou o direito à utilização do crédito, inexistindo previsão regulamentar para utilização de crédito fiscal de mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária.

Infração 03 – 001.002.020: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, nos meses de junho, julho e agosto de 2017.

Analizando a alegação defensiva de que está sendo cobrado crédito em duplicidade, a Autuante informou que procedem os argumentos do Impugnante. Os levantamentos fiscais de fls. 89/91 foram revisados, modificando os lançamentos dessa Infração para os valores constantes dos novos demonstrativos que anexou às fls. 633 a 635 do PAF.

Constatou que de acordo com o novo demonstrativo elaborado pela Autuante às fls. 633/634, foi apurado débito relativo ao mês de janeiro de 2017. Entretanto, não foi exigido imposto relativo ao mencionado mês no lançamento originalmente efetuado.

Considerando que no julgamento é vedado incluir período de apuração que não foi originariamente lançado no Auto de Infração, neste caso, devem ser mantidas as parcelas relativas aos valores exigidos nos meses de junho e agosto de 2017, podendo o contribuinte, antes de nova ação fiscal, sanar a irregularidade, eximindo-se de sanções.

Dessa forma, o débito apurado neste item ficou reduzido para R\$ 2.925,98 (fl. 633), e a infração subsiste parcialmente.

Infração 04 – 001.002.026: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no período de abril de 2017 a dezembro de 2018.

Foi alegado nas razões de defesa que houve equívoco por parte da Autuante, conforme art. 265 do RICMS-BA. No levantamento fiscal foi colocado como sendo isentas as mercadorias de tributação normal.

A Autuante informou que dentre os produtos elencados pela defesa estão os derivados de milho e mistura de cereais que se trata de arroz misturado com cereais, conforme o código/item 7893500037996 - ARROZ MISTURA DE SETE CEREAIS, constante na EFD.

Em relação aos derivados de milho citou o Parecer nº 17046/2012 da DITRI que se pronuncia: "... ao dispor sobre o benefício fiscal da isenção do imposto", o RICMS-BA/12 (Decreto 13.780/2012), vigente a partir de 1º de abril de 2012, no seu artigo 265, que assim estabelece:

Art. 265. São isentas do ICMS:

(...)

II - as saídas internas de:

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho;"

A Autuante afirmou que o dispositivo supra não especifica os tipos de fubá de milho e farinha de milho alcançados pelo tratamento ali previsto, conduzindo ao entendimento de que todas as espécies do referido produto estão incluídas.

Apresentou a conclusão de que, a partir de 1º de abril de 2012, as operações internas com todas as espécies de fubá e farinha de milho, a exemplo de "flocos de milho", "cuscuz de milho", "creme de milho" e "canjiquinha", estão alcançadas pelo benefício da isenção previsto no RICMS-BA/2012, art. 265, II, o que, na prática, dispensa o adquirente deste Estado de efetuar o recolhimento da antecipação parcial nas aquisições interestaduais para comercialização.

Disse que a autuação fiscal deve ser mantida, considerando que a desoneração do imposto é prevista para as saídas de sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho, independentemente de suas várias denominações atribuídas pelos fabricantes.

Observo que em relação às operações com mercadorias isentas ou sem incidência do ICMS, é indevida a utilização de crédito fiscal, bem como das prestações de serviços de transporte a elas correlatas. Nesse caso, em razão dos argumentos trazidos pela Autuante, alicerçados nos documentos e legislação tributária pertinentes, concluo que subsiste a exigência fiscal consubstanciada neste item do presente lançamento.

Infração 05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal. Erro na aplicação da alíquota (CFOP x UF), nos meses de abril de 2017 a dezembro de 2018.

O Impugnante alegou que o crédito indevido evidenciado pela Autuante é referente ao FUNDO DE PROBREZA. Como a apuração do FECEP é pelo valor das saídas, quando a empresa escritura o livro de entrada, utiliza o valor total do ICMS constante na NF-e.

A Autuante afirmou que o percentual de 2% referente ao Fundo Estadual de Combate a Erradicação da Pobreza, previsto no art. 16-A da Lei nº 7014/96, é contribuição criada com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais no Estado da Bahia. Os valores arrecadados permanecem integralmente vinculados ao FECEP, não dando direito a crédito como pretende o impugnante.

Vale ressaltar que no levantamento fiscal constam os dados relativos à base de cálculo, a alíquota correta, o ICMS apurado na auditoria realizada, o crédito informado e a diferença constatada.

Na escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias e serviços tomados, deve ser observado o que preceitua a legislação tributária, inclusive a alíquota e os limites ou condições para utilização dos referidos créditos. Infração comprovada de acordo com o levantamento fiscal.

Infração 09 – 002.001.003: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de abril a outubro de 2017. Saídas de mercadorias efetuadas através de ECF.

Infração 10 – 002.001.003: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Saídas de mercadorias efetuadas através de NFC-e.

O Defendente alegou que a Autuante não colocou o número ou a chave da NFC-e, o que tornou difícil a apuração dos fatos. O que pode ser verificado é que existem produtos no relatório que são passíveis de substituição tributária ou isenção do ICMS.

A Autuante esclareceu que as infrações se referem a falta de recolhimento do ICMS – Operações tributadas como não tributadas realizadas através de ECF – fls. 190/208 e NFC-es – fls. 209/231, devidamente instruídas com os Demonstrativos: Resumo de Operações por item/mês e Resumo do débito correspondentes, contendo todos os elementos necessários à sua compreensão, possibilitando o reconhecimento das operações, como: DATA, CNPJ, CFOP, NCM, CÓDIGO,

DESCRIÇÃO DO ITEM E VALORES DE CADA ITEM. Os demonstrativos foram elaborados com base na EFD e documentos fiscais, tanto que o impugnante analisou e alegou inconsistências nos levantamentos fiscais que foram revisados para apropriar como Substituição Tributária os produtos SEQUILHOS NAZINHA LEITE e BISC. PIRAJUE PIZZAQUE 120G, exceto o PEIXE DOURADO POSTA GRANEL que é tributado normalmente.

Informou que os débitos lançados nestas infrações foram modificados para os valores constantes dos demonstrativos revisados que anexou à informação fiscal fls. 636 a 651 (Infração 09) e 652 a 656 (Infração 10).

O débito relativo à Infração 09 foi alterado para R\$ 10.775,14 (fl. 636) e a Infração 10 para R\$ 14.654,47 (fl. 652).

Observo que em atendimento à determinação dessa Junta de Julgamento Fiscal, o Defendente foi intimado quanto aos novos cálculos efetuados pela Autuante, Mensagem DT-e (fl. 662), constando como data de ciência e de leitura, 03/11/2022. Decorrido o prazo concedido, o Autuado não se manifestou.

Quanto à Infração 09, houve majoração do imposto exigido, tendo sido apurados valores no demonstrativo de fl. 636 relativos aos meses de janeiro a março de 2017 que não constaram no levantamento original.

Considerando que no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, devem ser mantidas as parcelas relativas aos valores apurados nos meses de abril a dezembro de 2017, totalizando R\$ 7.263,71, podendo o Autuado sanar a irregularidade antes de novo procedimento fiscal, eximindo-se de sanções.

Dessa forma, as Infrações 09 e 10 subsistem parcialmente, sendo R\$ 7.263,71 para a Infração 09 e R\$ 14.654,47 para a Infração 10, restando comprovado que o defensante não destacou o ICMS relativo a operações tributadas.

Infração 16 – 007.001.001: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de abril a dezembro de 2017; fevereiro a dezembro de 2018.

Infração 17 – 007.001.002: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro, março e abril de 2018.

Na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado.

O Autuado alegou que foi utilizado apenas o NCM sem observar a descrição do produto e esclareceu que a análise parte do pressuposto de que a classificação informada da mercadoria na NCM/SH está correta, uma vez que é de responsabilidade do contribuinte identificá-la e fornecê-la.

A Autuante afirmou que não procedem os argumentos do Impugnante para descharacterizar esta infração. Os produtos que estão na substituição tributária por antecipação constam no Anexo 1 do RICMS/BA, Decreto Estadual nº 13.780/12, que está em conformidade com a legislação tributária que rege a Substituição Tributária. Assim sendo, a mercadoria é considerada enquadrada no regime de substituição tributária, quando a sua NCM e a sua descrição concorrem com a NCM e a descrição constante do anexo 1 do RICMS/2012, como é o caso das mercadorias elencadas pela impugnante.

O levantamento fiscal foi efetuado com base em EFD do contribuinte, encontrando-se identificadas as mercadorias e respectivas notas fiscais para necessária consulta e análise. Neste caso, entendo que existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações sujeitas ao regime da substituição tributária.

Sobre a alegação de que constam dos demonstrativos mercadorias cujo ICMS SUBSTITUIÇÃO foi pago através de GNRE, a exemplo das mercadorias elencadas pela defesa, a Autuante informou que o impugnante não comprovou o recolhimento do ICMS incidente sobre os produtos relacionados, pois não anexou à defesa qualquer comprovante destes recolhimentos. Portanto, a autuação é mantida por falta de comprovação documental do que foi alegado.

Observo que o defensor deveria apresentar as provas do não cometimento das infrações, nos termos do art. 123 do RPAF/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras comprovações, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração.

Acolho os demonstrativos elaborados pela Autuante e conluso pela subsistência destes itens do presente lançamento.

Vale salientar que em relação aos valores ajustados pela Autuante acatando os argumentos defensivos, o Defendente foi intimado por meio de DT-e (fl. 662), constando como data de ciência e de leitura, 03/11/2022, e a informação de que foram fornecidas as cópias das fls. 629 a 658, junto com a cópia do encaminhamento da diligência à fl. 660, concedendo o prazo de dez dias para manifestação. Decorrido o prazo concedido, o Defendente não se manifestou.

Decretada de ofício redução da multa de 100 para 60%, referente as infrações 07 e 08, tendo em vista que não se constatou no presente processo o registro de fatos que comprovem a existência de elementos para caracterizar que houve dolo.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	170,28	-
02	PROCEDENTE	11.175,31	-
03	PROCEDENTE EM PARTE	2.925,98	
04	PROCEDENTE	2.647,10	
05	PROCEDENTE	3.128,41	
06	PROCEDENTE	747,00	
07	PROCEDENTE	3.442,49	
08	PROCEDENTE	1.369,13	
09	PROCEDENTE EM PARTE	7.263,71	
10	PROCEDENTE EM PARTE	14.654,47	
11	PROCEDENTE	2.065,14	
12	PROCEDENTE	1.735,08	
13	PROCEDENTE	212,03	
14	PROCEDENTE	813,99	-
15	PROCEDENTE	1.617,83	-
16	PROCEDENTE	17.937,72	-
17	PROCEDENTE	13.606,39	-
18	PROCEDENTE	10.209,98	-
19	PROCEDENTE		4.960,63
20	PROCEDENTE		140,00

TOTAL	-	95.722,04	5.100,63
--------------	---	-----------	----------

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 294888.0001/22-7, lavrado contra **PASSOS MAGALHÃES SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 95.722,04**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos II, “a”, “d” e “f”, e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 5.100,63**, prevista no art. 42, incisos IX e XVIII, “c” da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA