

A. I. Nº - 217359.0005/20-3  
AUTUADO - ATACADÃO S. A.  
AUTUANTE - ITAMAR GONDIM SOUZA  
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/06/2023

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0102-03/23-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE CONSUMO. Infração não impugnada; **b)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Revisão efetuada pelo Autuante constatou que assiste razão ao Impugnante e não procede a cobrança, por não se tratar de feijão *in natura*. Infração insubsistente; **c)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Com base na análise das comprovações trazidas aos autos pela Defesa, Autuante reconheceu a procedência de parte das alegações defensivas, restando parcialmente caracterizada a exigência fiscal. Infração subsistente em parte; **d)** UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. Infrações não impugnadas; **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando os bens são destinados ao ativo permanente do estabelecimento. Infração subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Após revisão efetuada pelo Autuante, foi constatada a existência de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária e mercadorias que entraram no estabelecimento Autuado no mês de dezembro de 2016, com o devido recolhimento efetuado. Infração insubsistente. 5. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇO TOMADO SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor dos documentos fiscais sem o devido registro na escrita fiscal. Refeitos os cálculos pelo Autuante para excluir notas fiscais comprovadas,

ficando reduzido o débito originalmente apurado. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2020, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$ 69.283,92, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$ 2.349,98. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.02.03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de julho, outubro a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$ 153,88. Multa de 60%.

Infração 03 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$ 5.629,64. Multa de 60%.

Infração 04 – 01.02.40: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$ 2.939,91. Multa de 60%.

Infração 05 – 03.02.04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$ 458,36. Multa de 60%.

Infração 06 – 06.02.01: 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 a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$ 3.161,59. Multa de 60%.

Infração 07 – 06.05.01: 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 fevereiro a outubro e dezembro de 2016. Valor do débito: R\$ 20.015,93. Multa de 60%.

Infração 08 – 07.01.01: 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, no mês de novembro de 2018. Valor do débito: R\$ 20.303,16. Multa de 60%.

Infração 09 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 14.271,47.

O autuado apresentou impugnação às fls. 106 a 118 do PAF. Preliminarmente, alega falta de subsunção fato/norma, ausência de tipificação. Afirma que, sem prejuízo do que será adiante exposto, os dispositivos eleitos como tendo sido infringidos, não guardam relação de causa e efeito com a conduta reprimida pelo Fisco mediante o lançamento de ofício formalizado. Para constatação basta a leitura dos artigos apontados no Auto de Infração.

Alega que, diante do vício de fundamentação decorrente da ausência de subsunção fato/norma, nulo se apresenta o Auto de Infração.

Acaso, a título argumentativo, seja superada esta preliminar de inépcia do lançamento de ofício, já que implica cerceamento ao amplo direito de defesa e contraditório, *ad cautelam* passa a registrar o quanto segue da acusação lá apontada.

Sem prejuízo da prejudicial arguida, também quanto ao mérito não merece prosperar o lançamento de ofício, seja porque não há que se falar em: (i) crédito indevido; (ii) recolhimento a menos de ICMS; (iii) falta de recolhimento de ICMS; (iv) descumprimento de obrigação acessória.

INFRAÇÃO 2: Quanto à mercadoria feijão em embalagem “tetra pak”: acusa o Fisco ter o Autuado tomado crédito de ICMS indevidamente, em função da aquisição de mercadoria abrangida por isenção.

Alega que as mercadorias adquiridas – feijão cozido e embalado em embalagem *tetra pak* - não se enquadram na regra isentiva, que se aplica apenas ao feijão *in natura*, conforme estabelece a alínea “c”, do inciso II, do artigo 265, do RICMS/BA (doc. 02).

Afirma que não houve creditamento indevido, já que, no caso do referido produto, tanto o crédito quanto o débito são legítimos.

INFRAÇÃO 3: Alega que o crédito do imposto foi tomado em consonância com as notas fiscais emitidas pelos fornecedores, onde efetivamente destacado e suportado pelo Autuado, daí a legitimidade do crédito tomado (doc. 03).

INFRAÇÃO 7: Diz que em relação à exigência de parcela de DIFAL que teria sido recolhido a menos, procedeu ao devido recolhimento do DIFAL nas operações abrangidas na autuação fiscal, sendo ilegítima a exigência ora formalizada, na exata medida em que configura indevida cobrança em duplicidade de tributo – DIFAL sobre o próprio DIFAL – sem que haja previsão legal válida a respeito da matéria, gerando, não apenas indevida exacerbação do *quantum debeatur*, quanto violação aos princípios da estrita legalidade e tipicidade fechada, bem como artigo 142 do CTN.

INFRAÇÃO 8: Afirma que não houve falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisições interestaduais, posto que (doc. 04): (i) mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária; (ii) equívoco na forma de cálculo do imposto; (iii) notas fiscais emitidas no mês de novembro de 2016, porém as mercadorias entraram no estabelecimento Autuado no mês de dezembro de 2016, com o devido recolhimento efetuado para tal período.

INFRAÇÃO 9: Alega que não houve descumprimento de obrigação acessória, uma vez que não há que se falar em falta de registro de notas fiscais de entrada na EFD. Em realidade, os documentos fiscais arrolados pela Fiscalização concernem a mercadorias não recebidas, conforme atestam as chaves de estorno, por amostragem (doc. 05).

Em suma, por todos os ângulos que se analise o caso em apreço, mister o reconhecimento da improcedência total do lançamento de ofício objurgado, como medida de aplicação do melhor Direito ao caso concreto.

Por fim, *ad cautelam*, não sendo este o entendimento deste órgão de julgamento, desde já, em busca, também, da verdade material requer, seja realizada a perícia técnica, para a comprovação de que nada é devido.

Para tanto, protesta, quando do deferimento da prova requerida, pela formulação de quesitos. Aguarda o deferimento do requerimento acima apontado, sob pena de cerceamento ao seu direito de defesa. Indica os assistentes técnicos.

Requer seja conhecida e julgada procedente a defesa, declarando-se a insubsistência total do lançamento de ofício objurgado, seja pela preliminar, seja quanto pelo mérito, afirmando que procedeu em consonância com a legislação de regência desse Estado da Bahia.

O autuante presta informação fiscal às fls. 225 a 257 dos autos. Quanto à preliminar alegando falta de subsunção fato/norma ausência de tipificação, afirma que no presente Auto de Infração há uma perfeita adequação do fato gerador do imposto à norma tributária vigente. Menciona caso a caso, em relação a todas infrações onde o Impugnante alega não haver subsunção e afirma que o enquadramento das infrações está perfeitamente correto e não há que se alegar ausência de subsunção do fato à norma, conforme reivindica o Impugnante em sua peça de defesa.

Quanto ao mérito, analisa as alegações do Impugnante em relação as infrações: 02, 03, 07, 08 e 09. Quanto às infrações 01, 04, 05 e 06 diz que não houve impugnação por parte do Autuado.

INFRAÇÃO 02: Diz que se trata da mercadoria “feijão preto camil e feijão carioca camil”, e em razão dessa descrição, não foi possível identificar que se tratava de feijão pré-cozido, portanto assiste razão ao Impugnante nos argumentos apresentados em sua defesa e não procede a cobrança por não se tratar de feijão *in natura*.

INFRAÇÃO 03: Informa que o Autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, e em sua defesa, folha 113, item “b”, em relação aos produtos: RF. MOELA FGO FRIATO BDI CONG e CF. LANCHE NATURAL, argumenta que o crédito do imposto foi tomado em consonância com as notas fiscais emitidas pelos fornecedores, onde efetivamente foi destacado e suportado pelo Autuado. Analisa cada produto:

RF. MOELA FGO FRIATO BDI CONG – O produto moela de frango está enquadrado na Substituição Tributária, conforme disposto na posição 11.31.1, do anexo único do RICMS-BA, portanto, o crédito foi utilizado indevidamente, não assiste razão ao Impugnante, conforme se pode verificar no mencionado dispositivo legal.

11.31.1	17.087.00	0203 0206 <b>0207</b> 0209 0210.1 0210.99 1501	Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves e de suínos	Não tem	Não tem	28,78% (Aliq. 4%) 24,76% (Aliq. 7%) 18,05% (Aliq. 12%)	10%
---------	-----------	--	--	---------	---------	--	-----

CF. LANCHE NATURAL - Esse produto foi cadastrado pelo Autuado equivocadamente com a NCM 19059090 (Salgadinhos Diversos), que está enquadrado na posição 11.8 do anexo único do RICMS-BA. O erro levou a parametrizar o produto como ST, quando na verdade se trata de salgadinhos (lanches) adquiridos de terceiros para venda na lanchonete do Autuado. Nesse sentido, assiste razão ao Impugnante.

Informa que fez o roteiro com base nas informações prestadas pelo Impugnante no doc. 3, folha 113 e acatou a argumentação excluindo o produto CF. LANCHE NATURAL, remanescendo os demais itens, que não foram objeto da defesa apresentada, conforme tabela que elaborou.

Excluído o produto CF. LANCHE NATURAL, a infração 03 remanesce com o valor de R\$ 5.330,36 (cinco mil trezentos e trinta reais e trinta e seis centavos), conforme a seguir:



## SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA

## SAT/DAT SUL - IFEP SUL

OS: 50154320 Período: 01-01-2016 a 31-12-2016

Estabelecimento: ATACADAO S.A.

CNPJ: 75.315.333/0093-27

Inscr.Estadual: 082.440.840

UF: BA

Demonstrativo: Crédito indevido - Mercadorias com ICMS substituído - Resumo do débito

Ano	Mes	VIDevidoAud	VIAjustEmpr	VIlcmsDevido
2016	1	509,84	0,00	509,84
2016	2	1.078,73	0,00	1.078,73
2016	3	152,40	0,00	152,40
2016	4	541,31	0,00	541,31
2016	5	960,45	0,00	960,45
2016	6	228,90	0,00	228,90
2016	7	94,38	0,00	94,38
2016	8	299,47	0,00	299,47
2016	9	145,38	0,00	145,38
2016	10	50,80	0,00	50,80
2016	11	620,10	0,00	620,10
2016	12	648,60	0,00	648,60
Total		5.330,36	0,00	5.330,36

Em obediência ao § 8º do artigo 127 do RPAF, registra que foi dispensada a ciência ao sujeito passivo sobre o valor remanescente dessa infração, em razão do acatamento de argumentos e provas apresentadas na defesa, e também, não foram aduzidos fatos novos, nem foram anexados novos demonstrativos ou levantamentos, conforme §§ 7º e 8º do artigo 127 do RPAF.

INFRAÇÃO – 07: Diz que a defesa, no que concerne à presente infração, se resume a apresentar um texto indicando que: “a Autuada procedeu ao devido recolhimento da DIFAL”, sem fundamentar sua afirmação indicando os recolhimentos efetuados, bem como listando as respectivas notas fiscais e planilha de cálculo da DIFAL, faltando comprovar suas argumentações, a bem da verdade material.

Afirma que a infração está devidamente comprovada, conforme demonstrativos apensados ao processo, folhas 45 a 49, e planilhas com dados completos das notas fiscais e respectivos recolhimentos em mídia CD à folha 100, portanto, mantém a infração na sua integralidade.

INFRAÇÃO – 08: Informa que são pertinentes as justificativas apresentadas em relação a essa infração, acata na sua integralidade.

INFRAÇÃO 09: Esclarece que o trabalho de auditoria foi realizado no sistema SIAF (Sistema informatizado de auditoria fiscal). A rotina de cruzamento dos dados das notas fiscais recebidas (entradas) com a EFD (escrituração fiscal digital), identificou que as notas fiscais apontadas no demonstrativo, folhas 63 a 99, bem como relatório completo em mídia CD folha 100, não foram escrituradas.

Apresenta o entendimento de que não há dolo ou má fé por parte do Autuado no cometimento da presente infração, em função do grande volume de documentos fiscais, e alguns deixaram de ser escriturados, como já ocorreu em outras autuações da mesma natureza. Cita o auto de infração nº 269197.3002/16-9 e respectivo Acórdão nº JFJ Nº 0117-01/17.

Reproduz a alegação defensiva de que não houve o descumprimento da obrigação acessória de lançar os documentos fiscais na EFD (escrituração fiscal digital), em razão de as mercadorias “não terem sido recebidas, conforme se atesta pelas chaves de estorno” sendo procedente em relação à minoria dos documentos, os quais acata a justificativa e excluiu

do roteiro de auditoria, remanescendo a grande maioria das notas fiscais não lançadas.

Em relação às notas fiscais cujas chaves de estorno não foram apresentadas, diz que não pode acatar a simples justificativa de que essas mercadorias não foram recebidas.

Uma vez acatada a justificativa pertinente aos documentos fiscais cujas chaves de estorno foram apresentadas, remanesceram aqueles cuja justificativa apresentada pela impugnante fere frontalmente inciso I, do parágrafo 3º, do artigo 217 do RICMS-BA, que transcreveu.

Relativamente às notas fiscais não lançadas na EFD, e cujas justificativas apresentadas não se coadunam com a legislação fiscal vigente, informa que restou imposição de multa no valor de: R\$ 11.498,99 (Onze mil quatrocentos e noventa e oito reais e noventa e nove centavos), por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96.

Reitera que o Impugnante não apresentou defesa para as infrações: 01, 04, 05 e 06. Em obediência ao § 8º do artigo 127 do RPAF, afirma que é dispensada a ciência ao sujeito passivo sobre o valor remanescente dessa infração, em razão do acatamento de argumentos e provas apresentadas na defesa, e não foram aduzidos fatos novos, nem foram anexados novos demonstrativos ou levantamentos, conforme §§ 7º e 8º do artigo 127 do RPAF-BA.

Quanto ao pedido de diligência ou perícia, afirma que o interessado deverá fundamentar a necessidade efetiva de sua realização. Não basta tão somente pedir diligência e perícia, necessário se faz fundamentar sua necessidade, conforme determina o artigo 145 do RPAF-BA, aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999.

Diz que o Impugnante não fundamenta seu pedido de diligência e perícia. Reproduz o art. 147, I “a” do RPAF/BA e informa que os demonstrativos referentes às infrações estão acostados ao auto de infração, folhas 13 a 99 e em meio digital, folha 100.

Em relação ao pedido de perícia fiscal, menciona o artigo 147, II “a” do RPAF que prevê o indeferimento para os casos em que a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnicos. Afirma que no presente caso as provas reunidas são os documentos e Livros Fiscais do próprio Contribuinte: Notas fiscais Eletrônicas e EFD (escrituração fiscal digital), contra os quais o Impugnante não faz contestação em sua defesa, portanto, tais provas não dependem de conhecimento técnico específico para elucidá-las.

Apresenta o entendimento de que as evidências identificadas na fiscalização estão fundamentadas em provas documentais acostadas ao processo, o mérito das autuações é de fácil entendimento e previsto de forma cristalina na Legislação do ICMS, o Impugnante em momento algum questionou a veracidade ou validade das provas, por tudo isso, desnecessário será a realização de perícia técnica.

Diante do acima exposto, em relação às infrações apontadas no Auto de Infração pede que sejam mantidas integralmente as infrações 01, 04, 05 e 06, pois sequer foram abordadas na Impugnação apresentada.

Quanto às demais, pede que sejam mantidas parcialmente as infrações 03 e 09, totalizando R\$ 16.829,35 (dezesesseis mil oitocentos e vinte e nove reais e trinta e cinco centavos), ao tempo pede que sejam mantidas integralmente as infrações: 01, 04, 05, 06 e 07, totalizando R\$ 28.925,77 (vinte e oito mil novecentos e vinte e cinco reais e setenta e sete centavos).

Finalmente, pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor total de R\$ 45.755,12 (quarenta e cinco mil setecentos e cinquenta e cinco reais e doze centavos), mantendo-se integralmente os percentuais das multas aplicadas.

Considerando que na Informação Fiscal, foram acatadas parcialmente as alegações defensivas, sendo informado pelo autuante que fez os ajustes no levantamento fiscal, apurando novos valores após excluir o que foi comprovado pelo Defendente, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 261)

para intimar o autuado e lhe fornecer cópia da Informação Fiscal às fls. 225 a 258, mediante recibo, concedendo o prazo de dez dias para o Defendente se manifestar.

Em atendimento ao solicitado, foi expedida Intimação via DT-e (fl. 272), e o Defendente apresentou requerimento à fl. 274, informando que concorda com os termos da revisão realizada pelo Autuante.

Em nova informação fiscal às fls. 294 a 298 do PAF, o Autuante faz uma síntese dos fatos e pede que se considere os termos da Informação fiscal de fls. 225 a 258, onde solicita que sejam mantidas integralmente as infrações 01, 04, 05 e 06, porque não foram abordadas na Impugnação apresentada.

Quanto à Infração 02, diz que não procede a cobrança do imposto, por se tratar de feijão pré-cozido.

Informa que acatou parcialmente os argumentos defensivos referentes às Infrações 03 e 09 e mantém integralmente o débito apurado na Infração 07.

Também informa que acata integralmente as alegações defensivas apresentadas quanto à Infração 08 e afirma que não procede a cobrança do imposto.

Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor total de R\$ 45.755,12

#### **VOTO**

Preliminarmente, o Defendente alegou falta de subsunção fato/norma, ausência de tipificação. Disse que em razão do vício de fundamentação decorrente da ausência de subsunção fato/norma, nulo se apresenta o Auto de Infração.

Na Informação fiscal, o Autuante afirmou que no presente Auto de Infração há uma perfeita adequação do fato gerador do imposto à norma tributária vigente. Mencionou que o enquadramento das infrações está perfeitamente correto e não há que se alegar ausência de subsunção do fato à norma, conforme reivindica o Impugnante em sua peça de defesa.

Observo que o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, e de acordo com as peculiaridades do levantamento fiscal, podem ser apuradas informações conflitantes entre as fontes obtidas pela fiscalização e os dados fornecidos pelo contribuinte. Por isso, o levantamento fiscal não está atrelado unicamente aos livros e documentos fiscais do Contribuinte e deve ser efetuado de acordo com a Legislação Tributária.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação, e não foi apresentada contestação específica quanto ao cálculo dos valores apurados pelo Autuante.

Entendo que os dispositivos da legislação indicados no enquadramento legal, guardam relação com o imposto apurado pelo autuante, conforme análise efetuada em relação ao mérito da autuação e não implica nulidade provável equívoco na indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF-BA/99.

Constato que o Autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Sobre a alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, de acordo com as razões de defesa, sobre as infrações 01, 04, 05 e 06 não houve contestação por parte do Autuado. Dessa forma, ficam mantidos os itens da autuação não impugnados, considerando que não há lide a ser decidida.

Infração 02 – 01.02.03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de julho, outubro a dezembro de 2016.

O Defendente alegou que as mercadorias adquiridas – feijão cozido e embalado em embalagem *tetra pak* - não se enquadram na regra isentiva, que se aplica apenas ao feijão *in natura*, conforme estabelece a alínea “c”, do inciso II, do artigo 265, do RICMS/BA.

Afirmou que não houve creditamento indevido, já que, no caso do referido produto, tanto o crédito quanto o débito são legítimos.

Em sua Informação Fiscal, o autuante disse que se trata da mercadoria “feijão preto Camil e feijão carioca Camil” e, em razão dessa descrição, não foi possível identificar que se tratava de feijão pré-cozido. Concluiu que assiste razão ao Impugnante nos argumentos apresentados em sua defesa e não procede a cobrança por não se tratar de feijão *in natura*.

Observe que as informações prestadas pelo autuante convergem integralmente com os argumentos apresentados pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão das alegações defensivas, alicerçados no que estabelece o RICMS-BA quanto às mercadorias autuadas, tendo sido acolhidos pelo autuante, constato que não subsiste a exigência fiscal deste item do presente lançamento. Infração insubsistente.

Infração 03 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2016.

Na Impugnação apresentada foi alegado que o crédito do imposto foi tomado em consonância com as notas fiscais emitidas pelos fornecedores, imposto efetivamente destacado e suportado pelo Autuado, daí a legitimidade do crédito tomado.

O Autuante ressaltou que o Defendente utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, e na defesa, fl. 113, item “b”, em relação aos produtos: RF. MOELA FGO FRIATO BDJ CONG e CF. LANCHE NATURAL, sendo alegado que o crédito do imposto foi tomado em consonância com as notas fiscais emitidas pelos fornecedores, onde efetivamente destacado e suportado pelo Autuado. O Autuante analisou cada produto:

RF. MOELA FGO FRIATO BDJ CONG – O produto moela de frango está enquadrado na Substituição Tributária, conforme disposto na posição 11.31.1, do anexo único do RICMS-



BA, portanto, o crédito foi utilizado indevidamente.

CF. LANCHE NATURAL: Produto cadastrado pelo Autuado equivocadamente com a NCM 19059090 (Salgadinhos Diversos), que está enquadrado na posição 11.8 do Anexo 1 do RICMS-BA. Disse que o erro levou à interpretação de que se trata de produto da ST, quando na verdade se trata de salgadinhos (lanches) adquiridos de terceiros para venda na lanchonete do Autuado. Por isso, acatou a alegação defensiva.

O Autuante refez os cálculos com base nas informações prestadas pelo Impugnante à fl. 113 e excluiu o produto CF. LANCHE NATURAL, remanescendo os demais itens, que não foram objeto da defesa apresentada. Assim, remanesce o débito no valor de R\$ 5.330,36.

Vale ressaltar que à fl. 272 do PAF, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos valores apurados na Informação Fiscal. O defendente se manifestou à fl. 274, concordando com as conclusões do autuante.

Constato que o Autuante, com base na análise das comprovações trazidas aos autos pelo Impugnante, reconheceu a procedência parcial das alegações defensivas, restando parcialmente caracterizada a exigência fiscal. Portanto, subsiste parte do débito deste item do presente lançamento, no valor de R\$ 5.330,36, conforme fls. 255 e 263 do PAF. Infração subsistente em parte.

Infração 07 – 06.05.01: 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 fevereiro a outubro e dezembro de 2016.

O Defendente alegou que em relação à exigência de parcela de DIFAL que teria sido recolhido a menos, procedeu ao devido recolhimento do DIFAL nas operações abrangidas na autuação fiscal, sendo ilegítima a exigência ora formalizada, na exata medida em que configura indevida cobrança em duplicidade de tributo – DIFAL sobre o próprio DIFAL – sem que haja previsão legal, violação aos princípios da estrita legalidade e tipicidade fechada, bem como artigo 142 do CTN.

O Autuante afirmou que o Defendente não fundamentou sua alegação, não indicou os recolhimentos efetuados, bem como as respectivas notas fiscais e planilha de cálculo da DIFAL, portanto, faltou comprovar suas alegações.

Disse que a infração está devidamente comprovada, conforme demonstrativos apensados ao processo, folhas 45 a 49, e planilhas com dados completos das notas fiscais e respectivos recolhimentos em mídia CD à folha 100.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

Vale salientar que o tributo é indisponível e a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. A autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério. É obrigada a exercitá-la sempre que no mundo fenomênico se configurar a situação na qual o lançamento é cabível, independentemente do contribuinte, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99.

Concluo pela subsistência deste item do presente lançamento, sendo devido o imposto apurado no levantamento fiscal, correspondente à entrada efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, em decorrência de operação interestadual destinada ao consumo ou ativo permanente do Autuado.

Infração 08 – 07.01.01: 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, no mês de novembro de 2018.

O Defendente alegou que não houve falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais, posto que: (i) mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária; (ii) equívoco na forma de cálculo do imposto; (iii) notas fiscais emitidas no mês de novembro de 2016, porém as mercadorias entraram no estabelecimento do Autuado no mês de dezembro de 2016, com o devido recolhimento efetuado para tal período.

O Autuante reconheceu que são pertinentes as justificativas apresentadas em relação a essa infração, acatando os argumentos defensivos na sua integralidade. Dessa forma, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados nos documentos e escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pelo autuante, constato que não mais existe lide e não subsiste a exigência fiscal deste item do presente lançamento. Infração improcedente.

Infração 09 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$ 14.271,47.

Foi alegado pelo Defendente que não houve descumprimento de obrigação acessória, uma vez que não há que se falar em falta de registro de notas fiscais de entrada na EFD. Em realidade, os documentos fiscais arrolados pela fiscalização concernem a mercadorias não recebidas, conforme se atestam as chaves de estorno que informou por amostragem

O Autuante esclareceu que o trabalho de auditoria foi realizado no sistema SIAF (Sistema Informatizado de Auditoria Fiscal). A rotina de cruzamento dos dados das notas fiscais recebidas (entradas) com a EFD (Escrituração Fiscal Digital), identificou que as notas fiscais apontadas no demonstrativo, folhas 63 a 99, bem como relatório completo em mídia CD folha 100, não foram escrituradas.

Disse que acatou a justificativa pertinente aos documentos fiscais cujas chaves de estorno foram apresentadas, remanescendo aqueles cuja justificativa apresentada pelo Impugnante fere frontalmente inciso I, do parágrafo 3º, do artigo 217 do RICMS-BA. Restando a multa no valor de R\$ 11.498,99.

A legislação prevê a aplicação de multa de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenha sido utilizado sem o devido registro na escrita fiscal (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96).

Ao determinar a necessidade de registro na escrita fiscal de toda e qualquer entrada de mercadoria no estabelecimento, a pretensão da legislação é de se manter os controles fiscais e do fluxo de mercadorias desde o ingresso até a saída do estabelecimento. Neste caso, mesmo em relação a mercadorias não destinadas à comercialização, não se pode garantir um controle efetivo sem o necessário registro das entradas e saídas de mercadorias.

Mantida a exigência fiscal, no valor de R\$ 11.498,99, conforme demonstrativo do Autuante às fls. 256 e 267, em decorrência da revisão efetuada para excluir as três notas fiscais comprovadas. Infração subsistente em parte.

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	2.349,98	-
02	IMPROCEDENTE	-	-
03	PROCEDENTE EM PARTE	5.330,36	-

04	PROCEDENTE	2.939,91	-
05	PROCEDENTE	458,36	-
06	PROCEDENTE	3.161,59	-
07	PROCEDENTE	20.015,93	-
08	IMPROCEDENTE	-	-
09	PROCEDENTE EM PARTE		11.498,99
<b>TOTAL</b>	-	<b>34.256,13</b>	<b>11.498,99</b>

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **217359.0005/20-3**, lavrado contra **ATACADÃO S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 34.256,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” 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\$ 11.498,99**, prevista no art. 42, inciso IX, 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 junho de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA