

A. I. N° - 232903.0021/22-5
 AUTUADO - ÔMEGA DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS EIRELI
 AUTUANTE - CARLOS EDUARDO PAMPONET DANTAS
 INFAC - DAT SUL / INFAC EXTREMO SUL
 PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/06/2023

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0112-04/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. ESTORNO EFETUADO A MENOS. BAIXA DE ESTOQUE-PERDAS. Item reconhecido. Infração mantida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Razões de defesa elidiram totalmente a acusação. Infração insubstancial; **b)** Remessa de bens para industrialização sem comprovação do retorno. Razões de defesa elidiram totalmente a acusação. Infração insubstancial; **c)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE ATIVO IMOBILIZADO FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao ativo fixo do estabelecimento; **d)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não restou comprovado nos autos que as saídas ocorreram para contribuintes não inscrito no cadastro. Item insubstancial. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O DECLARADO. Item não contestado. Infração mantida. Infração subsistente. 4. MULTA. **a)** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. Acusação mantida; **b)** DIVERGENCIAS NA ESCRITURAÇÃO FISCAL. NÃO CARACTERIZADO COMO OMISSÕES. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/09/2022 refere-se à cobrança de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 162.017,86, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 001.005.011 - *Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram objeto de furto.* Valor exigido de R\$ 701,54, acrescido da multa de 60% prevista no art.42, inciso VII, alínea “b” da Lei 7.014/96.

Infração 02 - 002.001.003 - *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.* Valor lançado R\$ 1.625,15, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 002.006.003 - *Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para industrialização, sem o devido retorno, ou cujo retorno ocorreu após o prazo estabelecido na legislação.* Valor lançado R\$ 37.638,72, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 003.001.001 - *Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e escriturado na apuração do imposto.* Valor lançado R\$ 11.187,20 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - 006.005.001 - *Deixou de recolher ICMS referente a diferença de alíquota na aquisição de mercadorias oriundas em outras unidades da Federação, destinada ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.* Valor lançado R\$ 4.512,92 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 - 007.004.003 - *Deixou de proceder a retenção de ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.* Valor lançado R\$ 58.113,34 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 - 016.001.006 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, no valor de R\$ 26.158,99, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória, correspondente a 1% do valor das mercadorias.

Infração 08 - 016.014.008 - Ocorreram mais de 100 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não se caracterizaram como omissão, sendo exigida multa fixa de R\$ 1.840,00, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “m”, item 4, da Lei nº 7.014/96, totalizando o valor de R\$ 22.080,00.

O autuado apresenta impugnação, fls. 50 a 54, e inicialmente fala sobre a tempestividade de sua apresentação. Em seguida transcreve o teor das infrações. Informa que não discutirá a infração 01.

Na infração 02 diz que o auditor se equivocou pois se trata de mercadorias com substituição tributária, na entrada do produto, portanto na saída não há ICMS, como se observa na planilha no anexo II, onde se informa que foi o CFOP 5405.

A infração 03 se trata de mercadorias secundárias, que são enviadas para o transporte das mercadorias principais (paletes, garrafeiras, embalagens e vasilhames) que são feitos diariamente remessa e retorno dos mesmos, pois as mercadorias principais não podem ser transportadas sem os mesmos, ficando assim difícil se afirmar que tais mercadorias elencadas estariam descobertas no período fiscalizado, uma vez que no caso de vasilhames os paletes são enviados vazios para carregamento e retornam com os produtos engarrafados, e retorno juntamente com o produto engarrafado, sendo assim uma operação casa, ficando assim impossível tal afirmação de quantidade de mercadorias sem retorno.

Reconhece os valores exigidos relativos às infrações 04 e 05.

Quanto a infração 06 diz que se trata de vendas internas para não contribuintes de ICMS, mercadorias estas não relacionadas no anexo I, portanto, não é devido o recolhimento ST, conforme disposto no Regulamento.

Em relação a infração 07 aduz que não ficou claro tal infração, nem houve prejuízo para o estado pois se trata de mercadorias oriundas do próprio estado e com substituição de ICMS já cobrados no ato da compra (bebidas frias).

Quanto a infração 08 entende que se trata da mesma infração comentada no item anterior, sendo a empresa penalizada duplamente pela mesma infração.

Quanto ao débito mencionado nas infrações 01,04 e 05 requer a emissão de guias para recolhimento, com as benesses legalmente previstas.

Finaliza pedindo a nulidade das infrações 02, 03, 06, 07 e 08 e protesta provar o alegado na peça defensiva, por meio de todas as provas admitidas em direito, mormente a testemunhal e documental.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 65 a 67, e diz que o contribuinte apresenta defesa e reconhece como devida várias infrações.

Passa a se manifestar nos seguintes termos:

- Infração 02 - 002. 001.003 – Alega o autuado que as mercadorias elencadas na referida infração, que o imposto é devido pela substituição tributária, quando da entrada do produto, portanto indevido a cobrança pela saída. Que o CFOP indicado pelo auditor na planilha e o CFOP 5405.

Esclarece que os dados lançados na planilha que demonstra a presente infração, são obtidos pela EFD do contribuinte, onde no sistema de fiscalização – SIAF, reproduz integralmente como o contribuinte escriturou, portanto, o contribuinte descreveu como sendo CFOP 5405, com o intuito de suprimir o pagamento dos produtos autuados, portanto não foram atribuídos pela fiscalização, diante desses esclarecimentos a afirmativa do autuado não procede.

Quanto as mercadorias objeto de autuação, refere-se a suco de frutas pronto, portanto fora da incidência da ST, conforme CFOP 5102, atribuído pelo fornecedor em todas as operações de entrada, sendo devidamente autuado por se tratar de produto com a tributação normal, sendo devido o imposto na sua saída. Vale salientar que a defesa não apresenta nenhum elemento concreto que pudesse modificar a infração. Face ao exposto mantem a presente infração na sua integralidade.

- Infração 03 - 002. 006.003 – Tenta a defesa descaracterizar a infração, alegando se tratar de mercadorias secundárias, utilizadas para o transporte das mercadorias, sendo realizada tais operações de remessa e retorno juntamente com o produto principal.

Essa fiscalização identificou que as supostas operações objeto da autuação em relação as remessas de Embalagens, Pallet e de Vasilhames, não foram escriturados na EFD pelo contribuinte. Constatamos que não houvera anteriormente nenhuma remessa desses produtos nem do seu retorno ou devolução para o destinatário. O que fortaleceu o nosso entendimento, quando avaliamos, como o contribuinte iria escriturar operações de remessa que não tivera o efetivo retorno e nem devolução.

Diante de tais fatos, concluímos que não houvera o retorno efetivo das remessas, no prazo previsto na Legislação e nem posteriormente pelo suposto destinatário indicado nos documentos fiscais, o que caracteriza assim operações de remessa de bens sem o devido retorno, sendo devido o imposto.

Saliento que o contribuinte não apresentou nenhum elemento ou documentos que pudesse comprovar suas alegações. Portanto mantemos na integralidade a presente infração.

Infração 06 - 007. 004.003 – O contribuinte contesta a presente infração, transcrevendo a legislação que balizou a presente autuação, portanto, no seu entender, ratifica o entendimento da fiscalização, que conforme estabelece o diploma legal, é devido a obrigatoriedade do lançamento e recolhimento do imposto na condição de sujeito passivo por substituição, quando realizada operação de venda para contribuinte não inscrito, caracterizado pela habitualidade/ e em volumes que caracteriza intuito comercial a pessoa física - portanto Contribuintes do ICMS na qualidade de não Inscritos, fato este identificado nas suas operações, sem proceder a retenção do imposto devido, em relação aos produtos com tributação normal (sucos diversos) quando das operações de saídas, onde o autuado não procedeu a antecipação, sendo apurado o imposto devido conforme demonstrativo anexo da presente infração, diante do descrito mantemos na integralmente a presente autuação.

Infração 07 - 016. 001.006 – Alega a defesa não ser devido a presente infração por se tratar de produtos da substituição tributária e por ser oriunda do próprio estado.

A presente infração está devidamente aparada na legislação, independentemente do tipo de produto e/ou serviço, bem como da sua origem. Sendo devida a multa, conforme apurado no demonstrativo anexo a infração, pela falta de escrituração de 347 notas fiscais de entrada, operações não justificadas pelo contribuinte, referente a 934 itens, portanto não procede as alegações trazidas pela defesa.

Infração 08 - 016. 014.008 – Tenta a defesa vincular essa infração como sendo a mesma na infração 07, o que caracterizaria a cobrada em duplicidade.

Essa afirmação não procede, tendo em vista que se trata de divergência apuradas na escrituração da EFD, conforme Demonstrativo anexos a infração de nºs VIII e VIII-I, que indicam as inconsistências de 3.767 ocorrências identificados pelo SIAF, quando da escrituração da EFD realizada pelo contribuinte.

Finaliza mantendo, na integralidade, todas as infrações.

VOTO

De início destaco que o presente lançamento é composto de 08 infrações, porém, na apresentação da defesa verifico que o defendant concordou integralmente com às infrações 01, 04 e 05, razão pela qual julgo totalmente procedente as referidas infrações, nos valores respectivos de R\$ 701,54; R\$ 11.187,20,37; e R\$ 4.512,92.

Portanto, somente as infrações 02, 03, 06, 07 e 08 serão objeto de análise.

A infração 02 diz respeito à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Na apresentação da defesa o sujeito passivo assevera que todas as operações autuadas dizem respeito ao CFOP 5405, conforme inserido na própria planilha elaborada pela fiscalização e se tratam de mercadorias que estão sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, nas saídas não há ICMS a ser destacado.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal afirma que os dados lançados na planilha que demonstra a presente infração, foram obtidos através da EFD do contribuinte, onde, no seu entender, o contribuinte descreveu como sendo CFOP 5405, com o intuito de suprimir o pagamento das mercadorias autuadas. No caso, suco de frutas pronto, portanto, fora da incidência da ST, conforme CFOP 5102, atribuído pelo fornecedor em todas as operações de entrada, sendo devido o imposto na sua saída.

Da análise do demonstrativo que deu sustentação a presente exigência, fls. 16 à 17, observo que todas as mercadorias estão classificadas nas NCMs 202100, 2202990, sendo que as mesmas estão inseridos no Anexo I do RICMS nos itens 3.7 e 3.8, conforme a seguir:

- item 3.7 - NCM 2202.1 - Águas minerais, potáveis ou naturais, gasosas ou não, inclusive gaseificadas ou aromatizadas artificialmente, exceto os refrescos e refrigerantes;
- item 3.8 - NCM 2202.99- Outras águas minerais, potáveis ou naturais, gasosas ou não, inclusive gaseificadas ou aromatizadas artificialmente.

Assim, apesar do autuante afirmar de que se referiam a suco de frutas prontos, e os fornecedores deram tratamento de mercadorias com tributação normal, nenhuma prova foi apresentada, consequentemente, concluo pela insubsistência desta infração.

A infração 03 acusa o contribuinte de não ter recolhido o ICMS em razão de remessa de bens para industrialização, sem o devido retorno, ou cujo retorno ocorreu após o prazo estabelecido na legislação.

O defendant alega que se trata de mercadorias secundárias (paletes, garrafas, embalagens e vasilhames) utilizadas para o transporte das mercadorias principais sendo realizada tais operações de remessa e retorno juntamente com o produto principal. Assevera que no caso de vasilhames, os mesmos são enviados vazios para a fábrica, para carregamento, e retornam com os produtos engarrafados, sendo assim uma operação casada, ficando impossível.

O autuante por seu turno esclarece que as operações objeto da autuação se referem a remessas de Embalagens, Pallet e de Vasilhames, sendo que as notas fiscais não foram escrituradas na EFD do autuado. Como constatou que não houvera anteriormente nenhuma remessa desses produtos, e

concluiu que não houvera o retorno efetivo das remessas, no prazo previsto na Legislação e nem posteriormente, pelo suposto destinatário indicado nos documentos fiscais, o que caracteriza assim, operações de remessa de bens sem o devido retorno, sendo devido pagamento do imposto.

Ante aos fatos relatados pelo próprio autuante observo que inexistem provas no processo de que houve remessa de bens para industrialização, por parte da empresa autuada, sem o devido retorno, ou que, o mesmo ocorreu após o prazo estabelecido pela legislação, vez que na planilha elaborada pela fiscalização, foram apontadas notas fiscais emitidas pelo fornecedor inscrito no CNPJ nº 50.221.019/0057-90, com o CFOP 5920- Remessa de vasilhame ou sacaria, e que não foram registradas pelo defendantem em sua escrita fiscal, não sendo aceitável a exigência do imposto.

Neste caso, entendo que o caso sob análise não caracteriza descumprimento de obrigação principal e consequentemente a Infração é totalmente insubstancial.

A infração 06 trata da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Na apresentação da defesa o impugnante assevera que se trata de venda de mercadorias internas, não relacionadas no anexo I, para não contribuintes do ICMS, não sendo cabível a retenção do ICMS-ST.

De acordo com informações prestadas pelo autuante a exigência ocorreu pelo fato de ter constatado que a empresa realizou operação de vendas para contribuintes não inscritos, caracterizado pela habitualidade ou volumes com intuito comercial.

De fato, sendo o autuado contribuinte inscrito, a lei atribui a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do ICMS -ST, quando realizar saídas de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou desabilitado no Cadastro, de acordo como o art. 8º, Inciso II da Lei 7.014/96, a seguir transcrito:

"Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

[...]

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto;"

Assim é que, após análise das planilhas que dão sustentação a acusação, inseridas em meio físico, por amostragem, às fls. 16 a 17, e em sua totalidade no CD de fl. 34 observo que as quantidades informadas nos documentos fiscais, que variam em média entre 01 a 03 unidades, de sucos diversos, em caixas contendo 12 unidades, não caracteriza que foram destinadas a comercialização. Além do que, não foram informados no referido demonstrativo os CNPJ ou CPF, o que comprovaria a habitualidade. Assim sendo, entendo que a infração é insubstancial.

A infração 07 é decorrente do descumprimento de obrigação tributária, pela falta de registro da escrita fiscal de mercadorias ou serviço prestado, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor comercial de mercadoria.

Não foram apresentados questionamentos defensivos, pois a empresa limitou-se a informar que não trouxe qualquer prejuízo ao estado, pois se trata de aquisições de mercadorias oriundas do próprio estado e sujeitas ao regime de substituição tributária.

Friso que a lei não excepciona qualquer operação ou prestação, sendo irrelevante para a sua caracterização o fato de as saídas de mercadorias serem ou não submetidas à incidência do ICMS.

Neste caso, caberia ao mesmo proceder a escrituração das mesmas e adoção das providências cabíveis junto aos emitentes dos referidos documentos fiscais para efeito do desfazimento da operação, acaso entendesse pertinente, lembrando que constitui obrigação de todos os Contribuintes acompanhar no sistema Nacional de Notas Fiscais da Receita Federal as notas

fiscais emitidas que tenham seu estabelecimento como destinatário, conforme o estabelecido no Art. 89, § 17, do RICMS/BA.

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.

Assim, ante a inexistência da comprovação inequívoca de que não ocorreu a entrada das mercadorias constantes das Notas Fiscais indicadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização, fls. 29 a 30, devidamente validada no Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas, tendo como destinatário o estabelecimento autuado, bem como, por não ter o Impugnante adotado os procedimentos preconizados pela legislação de regência, resta evidenciado o acerto integral da autuação. Infração mantida.

A infração 08 encontra-se assim descrita: “*Ocorreram mais de 100 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não se caracterizaram como omissão*”. Foi exigida multa fixa de R\$ 1.840,00, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “m”, item 4, da Lei nº 7.014/96, totalizando o valor de R\$ 22.080,00.

O sujeito passivo na sua peça defensiva apenas nega o cometimento da infração e externa o entendimento de que a presente exigência já foi objeto de cobrança na infração 07.

Como bem pontuou o autuante tal argumento não possui qualquer pertinência pois de acordo com o demonstrativo inserido no CD de fl.34, composto de 81 páginas, trata-se de mais de 100 divergências encontradas na escrituração da EFD, em cada mês, por ter constatado as seguintes irregularidades: (i) Descrição diferente para um mesmo item, sem que a mudança tenha sido informada no registro 020; Descrição do item na NF-e diferente da informada no registro 0200 da EFD para um mesmo código de item; Nfe's emitidas não identificadas na EFD.

Neste caso, a situação posta se amoldada perfeitamente ao disposto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “m”, item 4 da lei 7.014/96, cuja redação transcrevo:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

(...)

m) pela ocorrência de divergências na escrituração da EFD que não se caracterizem como omissão, em cada período de apuração:

4 - R\$ 1840,00 (um mil e oitocentos e quarenta reais), na hipótese de ocorrência acima de 100 (cem) divergências;

Assim, é devida multa mensal de R\$ 1.840,00, por cada período em que ocorreram divergências na escrituração da EFD, totalizando o montante de R\$ 22.080,00. Infração totalmente subsistente.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 64.640,65, conforme a seguir:

INFRAÇÃO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO
01 - 001.005.011	701,54	701,54
02 - 002.001.003	1.625,15	0,00
03 - 002.006.003	37.638,72	0,00
04 - 003.001.001	11.187,20	11.187,20
05 - 006.005.001	4.512,92	4.512,92
06 - 007.004.003	58.113,34	0,00
07 - 016.001.006	26.158,99	26.158,99
08 - 016.014.008	22.080,00	22.080,00
TOTAIS	162.017,86	64.640,65

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232903.0021/22-5, lavrado contra **ÔMEGA DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS EIRELLI**, devendo ser intimado autuado para efetuar do recolhimento do imposto no valor de **R\$ 16.401,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “b”, II, “b” e II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$ 48.238,99**, prevista nos incisos IX e XIII-A, alínea “m”, item 4, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 maio de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR