

A. I. N° - 108595.0006/22-4
AUTUADO - BEV INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/11/2023

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0226-04/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Fato reconhecido. Infração mantida. 2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Não é devida a antecipação tributária nas aquisições de mercadorias a título de insumos industriais. Infração insubstancial. 3. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS E O RECOLHIDO. Autuado comprovou ser indevida parte da exigência. Infração parcialmente subsistente. 4. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Fato reconhecido. Mantida a acusação. 5. RECOLHIMENTO A MENOS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato não impugnado. Infração mantida. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. VENDAS A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. Acusação elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em tela foi expedido em 29/03/2022 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 100.094,37 em face das imputações abaixo:

- **Infração 01 – 001.002.040:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) documento (s) fiscal (is)”. Valor lançado R\$ 315,60. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII “a” da Lei nº 7.014/96.*
- **Infração 02 – 002.014.004:** *“Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS devido por Responsabilidade Solidária, nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais, junto a contribuinte substituto, por força de Convênio ou Protocolo, nas hipóteses regulamentares”. Valor lançado R\$ 25.490,15. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “d” da Lei nº 7.014/96.*
- **Infração 03 – 003.001.001:** *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o (s) valor (es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto”. Valor lançado R\$ 41.356,29. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “b” da Lei nº 7.014/96.*
- **Infração 04 – 003.001.004:** *“O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos”. Valor lançado R\$ 280,96. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II “b” da Lei nº 7.014/96.*
- **Infração 05 – 006.002.001:** *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da*

Federação e destinadas a consumo do estabelecimento". Valor lançado R\$ 4.157,75. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II "f" da Lei nº 7.014/96.

- Infração 06 – 007.002.003: *"Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado".* Valor lançado R\$ 28.493,62. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II "a" da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de seu Representante Legal, ingressou com Impugnação Parcial ao lançamento, fls. 31 a 37, onde, após apresentar uma síntese dos fatos, destacou o reconhecimento integral das infrações 01, 04 e 05, as quais disse que serão objeto de pedido de parcelamento, e parcial das infrações 02 e 03.

Assim é que, em relação a infração 02, pontuou que sobre os produtos elencados na autuação inexiste a obrigação de pagamento da exação, posto que os produtos adquiridos se configuram como matéria prima essencial ao desenvolvimento de suas atividades empresariais, de modo que não há que se falar em obrigatoriedade de recolhimento do tributo em comento.

Já em relação à infração 03, disse que, de fato, há de se reconhecer sua procedência parcial em relação as ocorrências de 31/08/18 no valor de R\$ 7.107,28, 31/12/18 R\$ 144,77, 31/03/19 R\$ 3.894,04, 30/11/20 R\$ 434,64 e 31/12/20 R\$ 983,97.

Em relação aos demais valores disse que acompanham a presente defesa os documentos comprobatórios do recolhimento do imposto devido, de modo que inexistem razão para nova cobrança, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

No que pertine a infração 06, pugnou por sua improcedência, ao argumento de que foram apontadas duas notas fiscais, porém inexiste quaisquer irregularidades em ambas, consoante se verifica no documento juntado à presente, com identificação do recolhimento do tributo na forma devida.

Disse, também, que *"sobre a outra nota"* não houve recolhimento do ICMS pois não ocorreu fato gerador algum, na medida em que a nota foi devolvida, de forma que a relação jurídica-tributária não se concretizou, não havendo que se falar, portanto, em obrigação tributária.

Após discorrer sobre *"vedação do bis in idem"*, concluiu apresentando os seguintes pedidos:

- reconhecimento da procedência das infrações 02, 03 e 06;
- reconhecimento parcial das infrações 02 e 03, exclusivamente nos valores indicados na peça defensiva;
- reconhecimento da improcedência da infração 06.

Requeru, ainda, o encaminhamento dos autos à ASTEC/CONSEF no sentido de que seja promovido as devidas revisões e ajustes, protestando, finalmente, por todos os meios de prova em direito admitidos.

Constam às fls. 45, 47, 48 a 67, comprovantes bancários ditos referentes às infrações 02 e 03, assim como cópia de DANFe onde afirma comprovação da infração 06.

Às fls. 72 a 74, consta um aditamento à peça defensiva, mencionando que nas razões de defesa reconheceu a procedência das infrações 01, 04 e 05 e a procedência parcial das infrações 02 e 03, e a improcedência da infração 06, reiterando todos os argumentos apresentados anteriormente.

A autuante, apresentou Informação Fiscal, fls. 78 a 80, destacando que as infrações 01, 04 e 05 não foram impugnadas.

Quanto a infração 02, falta de recolhimento do imposto por solidariedade, disse que foi apresentado um DAE à fl. 45 com valor semelhante ao total lançado no item, o qual não discrimina as notas fiscais que estariam sendo pagas, nem o código do imposto, além de que se trata de DAE com data de 03/07/2018 e existem ocorrências até novembro de 2020, razão pela qual

manteve a autuação.

No que tange à infração 03, recolhimento a menos do ICMS, disse que foram apresentados DAEs de DIFAL anexados às fls. 47 a 67, nos valores equivalentes e na data devida que elidem parcialmente a infração, tendo subsistido apenas os seguintes valores: ago/18 R\$ 7.107,28, dez/18 R\$ 144,77, mar/19 R\$ 3.894,04, set/19 R\$ 403,61, ago/20 R\$ 1.169,49 e nov/20 R\$ 434,64, totalizando o valor devido na ordem de R\$ 13.153,83.

Em relação à infração 06, falta de retenção do ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, pontuou que o autuado elidiu parcialmente a infração, de acordo com os comprovantes de fls. 69 e 70, tendo subsistido o débito no valor de R\$ 11.685,34 referente ao mês de junho/19.

Concluiu pugnando pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$ 55.083,53.

O autuado foi intimado para se manifestar acerca da informação fiscal, fls. 82/83, tendo este se pronunciado conforme fls. 85 a 100, onde, em relação à infração 02, disse que efetuou o pagamento no valor de R\$ 25.624,93 em 03/07/2018, justamente em relação ao ICMS apontado como inadimplido, conforme comprovante de pagamento já carreado aos autos.

Observou que, considerando que a referida infração possui datas de ocorrência referentes aos períodos de 01/18 a 12/18, além de 11/19 e 11/20, há de se reconhecer a improcedência da autuação em relação ao período de 01/18 a 06/18, porquanto efetivamente adimplida, remanescendo apenas, como devidos, os valores referentes às ocorrências de 07/18 a 12/18, 11/19 e 11/20.

Acrescentou que a autuante procedeu exigência sobre produtos que constituem insumos como se, mercadorias para revendas, fossem, deixando de promover o cálculo do ICMS antecipação parcial, aplicando, equivocadamente, MVA e, consequentemente o cálculo do ICMS ST, conforme *print* da planilha afixada à fl. 87.

Aduziu que se tratam de mercadorias adquiridas como insumos, não havendo revenda, e, consequentemente não ocorrendo o fato gerador da MVA e ICMS ST, havendo, neste caso, a incidência do ICMS antecipação parcial, conforme mencionado na planilha referida e notas fiscais na sequência.

Pontuou que, da análise das notas fiscais sobre as quais incidiu a autuação, constam aquisições de: condimento global para linguiça, condimento global para presunto, condimento global para bacon, emulsificante, aroma fumaça, dentre outros, e, considerando que é uma empresa distribuidora de gêneros alimentícios, para manejo/manipulação do objeto final, efetivamente destinado para revenda, faz-se imprescindível a utilização desses itens, e outros, para a produção da mercadoria.

Apresentou exemplo de notas fiscais com produtos adquiridos para fabricação de presunto, fls. 89/91, acrescentando, em relação aos produtos secundários, ser indevida a exigência de pagamento do ICMS ST, porquanto já houve o pagamento devido a título de antecipação parcial.

Ao se referir à infração 03, voltou a mencionar seu reconhecimento parcial, indicando as respectivas datas de ocorrência, e, em relação aos períodos impugnados, 08/18, 12/18, 06/19, 09/19, 01/20, 08/20 e 12/20, destacou que a auditoria tomou como parâmetro para exigência do tributo a apuração do ICMS contida em sua EFD.

Disse que, a título elucidativo, apontou a ocorrência 02/18, com exigência do imposto no valor de R\$ 9.390,24, citando que o valor lançado na apuração do ICMS como ajuste de débito corresponde exatamente o valor da DIFAL que o próprio validador do SPED lança no registro E110, contudo, idêntico valor vem discriminado nos registros E111 e E110, conforme *print* anexado às fls. 94 e 95, apresentando, ainda, o resumo da apuração do ICMS, para apontar que o valor não foi localizado pela autuante, corresponde ao código 0791 ICMS DIFAL, apresentando à fl. 96 o comprovante de pagamento, em cópia, não considerado pela autuante.

No que pertine à infração 06, onde aludiu sua improcedência porquanto inexiste a irregularidade apontada, posto que, foram indicadas duas notas fiscais, onde fora identificado o recolhimento do tributo exigido, conforme memória de cálculo afixada à fl. 99. Acrescentou que, sobre a outra nota não houve recolhimento de ICMS pois a nota foi devolvida, conforme DANFe fl. 98.

Conclui reiterando os pedidos apresentados anteriormente.

A autuante voltou a se pronunciar, fls. 104 e 105, onde, em relação à infração 02, falta de recolhimento do imposto por solidariedade, repetiu que foi apresentado um DAE à fl. 45 com valor semelhante ao total lançado no item, o qual não discrimina as notas fiscais que ali estariam sendo pagas, sem o código do imposto, além de que o DAE é de 03/07/18 e existem ocorrências até novembro/20, razão pela qual não o acolheu como comprovação do pagamento relacionado a autuação.

Pontuou que o autuado quer modificar o cálculo do imposto alegando que deveria ser exigido antecipação parcial, insistindo que o referido DAE comprova o recolhimento até junho/18, admitindo o débito com o recálculo anexo, argumentos estes que não acolheu, ficando a infração mantida e ratificada.

No que se relaciona a infração 03, recolhimento a menos do imposto em face do desencontro entre o apurado e o recolhido, pontuou que as comprovações apresentadas já foram acatadas, sendo mantida a exigência apenas em relação aos períodos que citou, que totaliza R\$ 13.153,83 conforme planilha à fl. 105.

Já em relação à infração 06, falta de retenção do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, disse que a mesma foi parcialmente elidida consoante comprovantes às fls. 69 e 70, observando, ainda, que foi anexada à fl. 98, nota fiscal de devolução, o que elide a infração.

Pugnou, ao final, pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$ 43.398,19.

Intimado o autuado acerca do pronunciamento da autuante, este voltou a se manifestar às fls. 110 a 115, onde, na prática, foram reiterados os argumentos já apresentados anteriormente, e pugnou pela procedência das infrações 01, 04 e 05, procedência parcial das infrações 02 e 03 e improcedência da infração 06.

Também a autuante voltou a se pronunciar, onde, em relação a infração 03 manteve a exigência no valor remanescente de R\$ 13.153,83, reiterou os argumentos já apresentados em relação à infração 03 cujo valor do débito remanescente soma R\$ 25.490,15, reiterando a procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$ 43.398,19.

Mais uma vez o autuado voltou a se manifestar, fls. 126 a 132, onde manteve os mesmos argumentos já apresentados e repetidos anteriormente, o mesmo ocorrendo com a autuante sem seu último pronunciamento às fls. 138 e 139.

Consta juntada aos autos de Processo SIPRO interposto pelo autuado, após a conclusão da instrução destes autos, informando a realização de parcelamento do débito de nº 235823-9, no valor principal de R\$ 17.908,14.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Fernando José Máximo Moreira, OAB/BA nº 11.318, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Das seis imputações que integram o presente lançamento, o autuado reconheceu integralmente os valores pertinentes às infrações 01 - R\$ 315,60, 04 - R\$ 280,96 e 05 - R\$ 4.157,75, declarando que irá efetuar o pagamento via parcelamento de débito, que, após confirmação pelo SIGAT, deverão ser homologados. Infrações mantidas.

No tocante a infração 02, no valor de R\$ 25.490,15, “*Deixou, o adquirente, de recolher o ICMS*

devido por Responsabilidade Solidária, nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais, junto a contribuinte substituto, por força de Convênio ou Protocolo, nas hipóteses regulamentares”, foi alegado pela defesa que efetuou o pagamento no valor de R\$ 25.624,93 em 03/07/2018, justamente em relação ao ICMS apontado como inadimplido, conforme comprovante de pagamento que alegou ter carreado aos autos.

Observou, porém, que considerando que a referida infração possui datas de ocorrência de 01/18 a 12/18, além de 11/19 e 11/20, há de se reconhecer a improcedência da autuação em relação ao período de 01/18 a 06/18, porquanto efetivamente adimplida, remanescendo apenas, como devidos, os valores referentes as ocorrências de 07/18 a 12/18, 11/19 e 11/20.

Alegou, também, que a autuante procedeu exigência sobre produtos que constituem insumos como se mercadorias para revendas fossem, deixando de promover o cálculo do ICMS antecipação parcial, aplicando, equivocadamente MVA e, consequentemente, o cálculo do ICMS ST, conforme *print* da planilha afixada à fl. 87, tendo aduzido que se tratam de mercadorias adquiridas como insumos, não havendo revenda, e, consequentemente não ocorrendo o fato gerador da MVA e ICMS ST, havendo, neste caso, a incidência do ICMS antecipação parcial, conforme mencionado na planilha referida e notas fiscais na sequência.

Pontuou, ainda, que, da análise das notas fiscais sobre as quais incidiu a autuação, constam aquisições de: condimento global para linguiça, condimento global para presunto, condimento global para bacon, emulsificante, aroma fumaça, dentre outros, e, considerando que é uma empresa distribuidora de gêneros alimentícios, para manejo/manipulação do objeto final, efetivamente destinado para revenda, faz-se imprescindível a utilização desses itens, e outros, para a produção da mercadoria, apresentando exemplo de notas fiscais com produtos adquiridos para fabricação de presunto, fls. 89/91, acrescentando, em relação aos produtos secundários, ser indevida a exigência de pagamento do ICMS ST, porquanto já houve o pagamento devido a título de antecipação parcial.

A autuante, por seu turno, não acolheu o argumento defensivo, sob a justificativa de que foi apresentado um DAE à fl. 45 com valor semelhante ao total lançado no item, o qual não discrimina as notas fiscais que estariam sendo pagas, nem o código do imposto, além de que se trata de DAE com data de 03/07/2018 e existem ocorrências até novembro de 2020. Acrescentou, ainda, que o autuado quer modificar o cálculo do imposto alegando que deveria ser exigido antecipação parcial, o que não concorda, razões pelas quais manteve a infração na íntegra.

A infração 02 está respaldada pelo demonstrativo de fls. 11 e 12, cujos produtos que o integra são: Ibracor, Curamax, Danny luva, Rack aramado, Prevent protetor auricular e Regulamax.

De acordo com pesquisa efetuada no Sistema INC, o autuado é inscrito sob o código de atividade econômica 1013901 - Fabricação de produtos de carne, e não possui CNAE secundários. Neste sentido, apesar do autuado ter declarado o reconhecimento do débito relacionado ao período de 01/18 a 06/18, sem justificar o porquê do reconhecimento, e contestado os demais períodos, vejo que as mercadorias que abrangem todo o período autuado são praticamente as mesmas, exceto o Rack Aramado que não está esclarecido qual o seu emprego, por isso considero relevante a arguição defensiva de que tais mercadorias adquiridas se constituem em insumos que são empregados em sua atividade produtiva, condição esta que nada foi provado em contrário pela autuante.

Ademais, o Art. 8º, § 8º, III da Lei nº 7.014/96 estabelece que não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar à matéria prima ou produto intermediário, *verbis*:

(...)

§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:

(...)

III – a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte, que se dediquem à

atividade industrial, para utilização como matéria prima, produto intermediário ou material de embalagem; À luz do quanto acima exposto, julgo insubsistente a infração 02.

A infração 03, no valor de R\$ 41.356,29, relacionada a imposto pago a menos por desencontro entre o escriturado e o recolhido, o autuado contestou parte dos períodos autuados sob a justificativa de que os valores exigidos já se encontravam pagos, anexando aos autos os documentos comprobatórios do recolhimento do imposto devido.

Tais documentos foram analisados pela autuante, que acolheu os argumentos defensivos, pontuando que foram apresentados DAEs de DIFAL anexados às fls. 47 a 67, nos valores equivalentes e na data devida que elidem parcialmente a infração, tendo subsistido apenas os seguintes valores: ago/18 R\$ 7.107,28, dez/18 R\$ 144,77, mar/19 R\$ 3.894,04, set/19 R\$ 403,61, ago/20 R\$ 1.169,49 e nov/20 R\$ 434,64, totalizando o valor devido na ordem de R\$ 13.153,83, conforme planilha de fl. 106, valor este que foi acolhido pelo autuado em sua manifestação.

Desta forma, concordo com o posicionamento da autuante e voto pela subsistência parcial da infração 03 no valor de R\$ 13.153,83.

No que tange a infração 06, no valor de R\$ 28.493,62, referente a falta de retenção do imposto, por substituição, nas vendas efetuadas à contribuintes deste Estado, foi arguida sua total improcedência pelo autuado sob o argumento de serem indevidas as exigências, apresentando documentação comprobatória dos seus argumentos, ou sejam, comprovação do pagamento em relação a um dos itens autuados e, em relação ao outro, atestou o desfazimento da operação.

Tais elementos foram analisados pela autuante que acolheu os argumentos defensivos e pugnou pela improcedência da infração 06, com o que concordo.

Infração 06 insubsistente.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração com a seguinte configuração: Infrações 01, 04 e 05, procedentes nos valores respectivos de R\$ 315,60, 280,96 e R\$ 4.157,75; Infrações 02 e 06 Improcedentes e Infração 03 Parcialmente Procedente no valor de R\$ 13.153,83, totalizando o débito na quantia de R\$ 17.908,14, devendo ser homologados os valores já pagos mediante parcelamento do débito reconhecido nº 235823-9, no valor acima.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108595.0006/22-4, lavrado contra **BEV INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 17.908,14, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, incisos VII, alínea “a” e II, alíneas “b” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o autuado ser cientificado da presente decisão e serem homologados os valores já pagos mediante parcelamento do débito.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR