

PROCESSO - A. I. N° 299130.0019/20-5
RECORRENTES - FAZ. PÚBL. ESTADUAL e CASCALHEIRA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - CASCALHEIRA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. e FAZ. PÚBL. ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0231-03/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTRANET 18.12.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C/JF N° 0286-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. O sujeito passivo logra êxito em elidir parcialmente a autuação. Infrações parcialmente subsistentes. Mantida a Decisão recorrida. 2. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. ALÍQUOTAS DIVERSAS. Infração 3 parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. A emissão de NF-e para reclassificação do produto adquirido para comercialização para a condição de produto para uso/consumo é certo, entretanto, se a mercadoria vier a ser consumida no próprio estabelecimento, deve registrar a reclassificação de sua condição de comercialização para uso/consumo, procedendo o estorno do crédito anteriormente apropriado, restou comprovado conforme a descrição da infração 4, quando deveria ter sido a falta de estorno de crédito, conforme o art. 312, III do RICMS/BA. Nula a infração 4 em função da incongruência entre a descrição e cometimento da infração. Modificada a Decisão recorrida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM A EMISSÃO DO RESPECTIVO DOCUMENTO FISCAL. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da nota fiscal. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 4. OMISSÃO DE SAÍDAS. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. A presunção legal arguida não é absoluta e, sim relativa, sendo que para alcançar a tributação do ICMS bastaria haver receita omitida capaz de arcar com o ônus das compras omitidas de lançamentos contábil/fiscal. Há razão, pois essa autuação foi efetivamente alcançada pela infração 05 que cobrou a omissão de saída com tributação sobre receita omitida cuja base de cálculo foi calculada é maior do que a cobrança dessa. As receitas omitidas foram suficientes para arcar com o ônus pelas compras (entradas) indicadas na infração 06. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.

MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício (previsto no art. 169, I, “a” do RPAF/99) e Voluntário (previsto no art. 169, I, “b” do RPAF/99) apresentados contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2020, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 325.372,34, em razão do cometimento de oito imputações, sendo objeto dos recursos as seguintes:

Infração 01 - 01.02.06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 985,46, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 01.02.40. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 14.604,14, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 03.02.02. Recolhimento a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 23.279,41, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 03.02.02. Recolhimento a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 28.114,41, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - 04.05.01. Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2019. Exigido o valor de R\$ 151.604,55, acrescido da multa de 100%;

Infração 06 - 05.05.01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no mês de dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 28.670,97, acrescido da multa de 100%. Consta como complemento que o Contribuinte deixou de registrar NFEs de entrada, tendo sido intimado a apresentar Escrituração Contábil digital, onde foi constatado que as mesmas notas também não foram lançadas, dando ensejo a presunção de omissão de saídas;

Infração 07 - 06.01.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de setembro a dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 74.205,98, acrescido da multa de 60%;

Infração 08 - 07.12.15.03. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Exigida a multa de 60% sobre os valores não recolhidos tempestivamente, que resultou no montante de R\$ 3.906,42.

O Autuado ingressa com **Impugnação** às fls. 134 a 145, onde apresentou suas razões item a item. Os Autuantes prestam **informação fiscal** às fls. 151 a 162, rebate as alegações defensivas que

reportou: **Infração 1** foi alterado de R\$ 985,46 para R\$ 49,28 conforme quadros de fls. 163 e 164 em anexo; **Infração 2** foi reduzido o débito de R\$ 14.605,14 para R\$ 2.662,04, conforme tabela, fl. 153; **Infração 3** alterado, ficando o novo cálculo com valor reduzido de R\$ 23.279,41 para R\$ 4.825,01, conforme anexo às fls. 173 a 221; **Infração 4** reduzida de R\$ 28.114,41 para R\$ 23.305,91 conforme demonstrativo de cálculo de fls. 225 a 255; **Infração 5** o fiscal informou que impugnante reconheceu e acatou o lançamento tributário; **Infração 6** manteve integralmente o valor exigido; **Infração 7** afirma que corrigiu as inconsistências tendo sido reduzido o valor de R\$ 74.206,01 para R\$ 66.122,30 conforme está demonstrado na planilha de fls. 270 a 273; **Infração 8** fica o valor alterado de R\$ 6.510,70 para R\$ 1.005,70, conforme quadro à fl. 161. Finaliza informando que fora reduzido referente à quantia alegada de R\$ 145.096,82 menos R\$ 97.970,23 que resultou em R\$ 47.126,59. Logo a redução encontrada de R\$ 47.126,59, fora deduzida do valor total histórico do Auto de Infração de R\$ 325.372,34 para R\$ 278.245,75.

Consta **manifestação** às fls. 281 e 281. Em **nova informação** prestada, fls. 291 a 293, tendo redução da infração 4 que resultou na redução do débito para R\$ 10.345,91. Concluíram pela Procedência Parcial do Auto de Infração. À fl. 295, o Autuado se **manifesta**, destacando que esse equívoco deve ser corrigido para representar a real omissão apurada no valor de R\$ 105.182,07. Em sua **Informação** às fls. 305 e 306, dizem reconhecer assistir razão ao Impugnante e afirma que efetuaram novos cálculos das omissões de saída, levando em consideração os citados grupos criados reduzindo o valor do débito para R\$ 105.174,88, conforme demonstrativo que acosta à fl. 307 e CD, fl. 308.

O Impugnante se **manifesta** à fl. 315. À fl. 321, os **Autuantes informam** que tomaram ciência da manifestação do Defendente. A 3ª JF, converteu os autos em nova **diligência**, fl. 325, para que os Autuantes informassem ao autuado a reabertura do prazo de defesa em relação às Infrações 03, 04, 07 e 08 e refizessem o demonstrativo da Infração 03, excluindo todas as notas fiscais que contenham as mercadorias SEIVA ou SV ALFAZEMA ou LAVANDA em sua descrição.

Os Autuantes apresentaram o **resultado da Diligência**, fls. 328 a 357 e CD à fl. 358, destacando que retirou do demonstrativo à fl. 154, todas as notas fiscais especificadas no pedido de diligência reduzindo o valor da exigência para R\$ 4.084,59, conforme demonstrativos de cálculo que anexa às fls. 270 a 298. O Autuado se manifesta à fl. 362, assinalando que conheceu o resultado da diligência.

Após a devida instrução processual, assim decidiu a JF:

VOTO

Inicialmente consigno que ao compulsar as peças que integram o presente PAF, constato que o presente lançamento foi efetuado 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 aprimorados no transcurso da instrução, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive as hipóteses previstas no art. 18, do RPAF-BA/99, que pudessem inquirir de nulidade o Auto de Infração.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de oito infrações à legislação baiana do ICMS, consoante descrição pormenorizada enunciada no relatório.

(...)

Infração 04 - cuida do recolhimento a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O Defendente em sede de Impugnação, ponderou que: i) - notas fiscais com CFOP 5.927, de baixa de estoque, não há tributação; ii) - as notas fiscais de reclassificação de mercadoria de “para comercialização” para “uso da loja”, que não são consideradas saídas tributadas; iii) - notas fiscais de transferência entre estabelecimento da mesma empresa, com aplicação da Súmula CONSEF Nº 08; e iv) - venda de ativo com mais de um ano de uso.

Os autuantes informaram que foram retiradas demonstrativo de cálculo da infração as NFEs de nºs 3482, 4033, 4379 e 4383 que se referem as operações de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, CFOP 5.152, bem como foram excluídas as NFEs de baixa de estoque em virtude de perda relacionadas do quadro de

fls. 141 e 142, CFOP 5.927.

Quanto à NFE nº 4432, relativa à venda de ativo imobilizado com mais de um ano de uso, inicialmente mantiveram no levantamento fiscal até que o Impugnante apresente comprovação de que o bem, no momento da venda, contava mais de um ano que foi adquirido. Entretanto, depois de carreada aos autos a prova pelo contribuinte de que se tratava de aquisição com mais de um ano promoveu a exclusão dessa operação.

Quanto às notas de saídas para “uso na loja” frisaram que o Autuado sustentou que não são consideradas saídas tributadas, entretanto não apresentou fundamentação legal alguma para tal entendimento.

Quanto às NFEs do CFOP 5.949, que o Impugnante informou se tratar de mercadorias para “uso na loja”, ponderaram que discordam do entendimento do contribuinte.

Afirmaram que na hipótese citada, “uso na loja”, as mercadorias foram consumidas, não constando na EFD qualquer lançamento que comprove a tributação destas saídas, destacando que nesta situação o próprio contribuinte passa a ser o consumidor da mercadoria, gerando assim a incidência do ICMS.

Sustentaram ainda a inexistência de previsão expressa no RICMS-BA/12 de disposição concedendo isenção a este tipo de operação. Revelou que o art. 83, inciso VII, do Regulamento do ICMS dispõe sobre a obrigação de emissão de NF-e para o contribuinte que tenha optado em destinar mercadorias adquiridas para comercialização para serem utilizadas, consumidas, integrarem o ativo imobilizado ou até para emprego em objeto alheio à atividade do estabelecimento. Aduziu ficar claro que a intenção do legislador é considerar que nestas situações se o próprio contribuinte consome o produto e o produto é tributado ocorre a incidência do ICMS.

Em suma mantiveram na infração os itens com CFOP 5.949 “uso/consumo loja”, ficando o valor da infração reduzida de R\$ 28.114,41 para R\$ 10.345,91 conforme demonstrativo de cálculo à fl. 292.

Depois de examinar os elementos que compõem esse item da autuação constato que os ajustes realizados pelos Autuante foram calcados nos equívocos apontados e comprovados pelo Defendente, por isso acolho o novo demonstrativo acostado à fl. 292 elaborado pelos Autuantes.

No que concerne às operações realizadas com o CFOP 5.949, comungo com o entendimento adotado pelos Autuantes, haja vista, que conforme afirmado pelos Autuantes não constar na EFD qualquer lançamento que comprove a tributação dessas operações. Nesse sentido, entendo que o lançamento deve ser mantido, eis que corresponde ao estorno de crédito dessas operações ao ingressarem no estabelecimento.

Concluo pela subsistência parcial da autuação no montante de R\$ 10.345,91.

Infração 05 - acusa o sujeito passivo de falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2019.

Inicialmente o Defendente reconheceu o cometimento dessa infração, entretanto, posteriormente se manifestou declarando ter constatado que os Autuantes lançaram os valores encontrados na auditoria antes do agrupamento indicado no R-23, destacando que esse equívoco deve ser corrigido para representar a real omissão apurada no valor de R\$ 105.182,07.

Os Autuantes informaram que assiste razão ao Impugnante e afirma que efetuaram novos cálculos das omissões de saída, levando em consideração os citados grupos criados reduzindo o valor do débito para R\$ 105.174,88, conforme demonstrativo que acosta à fl. 307 e CD, fl. 308

Assim, considerando que o Impugnante acatou a correção considerando o agrupamento de itens semelhantes, constado não mais existir lide quanto a esse item da autuação.

Pelo expendido, concluo pela subsistência parcial no valor de R\$ 105.182,07.

Infração 06 - imputa ao sujeito passivo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

Em sede de Defesa o Impugnante pugnou pela nulidade desse item da autuação.

Sustentou que o demonstrativo reflete “omissão de saídas de NF-e” e não omissão de saídas de mercadorias, frisando não haver uma única mercadoria indicada no demonstrativo.

Asseverou que, diante de tal situação os Autuantes deveriam ter juntado todos os documentos fiscais indicados, além de demonstrar a suposta omissão de saídas de mercadorias e bens a partir das próprias mercadorias e bens. Afirmou que a demonstração da base de cálculo das supostas omissões de saídas não é clara e nem compreensiva, e o método aplicado para a apuração do tributo é inadequado.

Na informação fiscal os Autuantes destacaram que nas fls. 96 a 100 estão relacionadas as notas fiscais não

escrituradas com a respectiva chave para consulta, tendo em vista se tratar de notas fiscais eletrônicas, consta ainda o valor da operação e o mês.

Informam que sobre o total dessas operações é que foi aplicado o percentual de 40,95% calculado por proporcionalidade e aplicada a alíquota de 18% chegando ao valor do ICMS devido de R\$ 28.670,97, conforme demonstrado à fl. 100. Destacaram ainda que mesmo entendendo que a infração está devidamente fundamentada e demonstrada claramente, refizeram o demonstrativo de fls. 96 a 100 acrescentando dados como código do item, descrição do produto, CFOP e a chave de acesso da NFE que pode ser consultada para verificação de todos os dados da nota fiscal eletrônica, conforme planilha de fls. 256 a 269.

Destacaram que se trata de uma infração identificada com base na existência de notas fiscais de entradas não lançadas na escrita fiscal do contribuinte, levando à presunção de que ocorreu operações de saídas tributáveis sem o pagamento do imposto, isto em razão das entradas de mercadorias ou bens não registrados. Esta presunção é legal e está prevista na legislação.

Registrou ainda que antes da lavratura do Auto de Infração intimaram o contribuinte, conforme documento de fls. 19, do presente processo, para que informasse a data e número do registro contábil em sua Escrituração Contábil Digital - ECD, das 285 NFEs de entrada que foram relacionadas no anexo da intimação. Não houve comprovação do registro na escrituração contábil por parte do contribuinte.

Ao examinar as peças que fundamentam esse item da autuação, verifico que não assiste razão ao Autuado, eis que se trata a exação de constatação de falta de registro de notas fiscais eletrônicas destinadas ao seu estabelecimento devidamente identificadas e apresentadas ao Autuado antes da autuação para que pudesse comprovar o registro em sua escrita fiscal ou na contabilidade.

Considerando que se trata de presunção legal prevista no inciso IV, do § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96 e a clareza do demonstrativo apresentado que elenca e discrimina todas as notas fiscais, tendo sido inclusive demonstrado nos autos a apuração da proporcionalidade aplicada, fica patente que a acusação fiscal se afigura devidamente lastreada e fundamentada na legislação de regência.

Ao contrário do que quer fazer crer o Autuado em sua peça defensiva, o demonstrativo evidencia claramente a acusação fiscal que é direta e sem qualquer falta de objetividade.

Quanto à alegação do Patrono do Autuado, enunciada por ocasião de sua sustentação oral na assentada do julgamento, acerca da superposição de presunções legais em relação às Infrações 05 e 06, e que por isso, a exação da Infração 06 não deveria subsistir, por já está contida na Infração 05, deve ser observado que na Infração 05 inexistente qualquer exigência de imposto por presunção legal, conforme previsto no inciso IV, do § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, relativamente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques. No presente caso, o valor da Infração 06 não inclui o débito apurado na referida Infração 05, porque não se trata de infrações da mesma natureza. A cobrança realizada na Infração 05 corresponde à efetiva omissão de saídas apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques e o mencionado levantamento fiscal constitui comprovação suficiente da infração. Logo, como não foi exigido imposto por presunção não deve ser acatada a alegação defensiva.

Nos termos expendidos, ante a não apresentação pelo Autuado de qualquer elemento inequívoco que comprove o registro das notas fiscais identificadas no levantamento fiscal em sua escrituração fiscal, bem como em sua contabilidade, entendo restar configurada a acusação fiscal.

Concluo pela subsistência da Infração 06.

(...)

Nos termos expendidos, concluo pela subsistência parcial do Auto de Infração nos termos discriminados no demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO

Infrações		INFORMAÇÃO FISCAL	JULGAMENTO	MULTA	DECISÃO
01	985,46	49,28	49,28	60%	PROC. EM PARTE
02	14.605,14	2.662,04	2.662,04	60%	PROC. EM PARTE
03	23.279,41	4.084,59	4.084,59	60%	PROC. EM PARTE
04	28.114,41	10.345,91	10.345,91	60%	PROC. EM PARTE
05	151.604,55	105.174,88	105.174,88	100%	PROC. EM PARTE
06	28.670,97	28.670,97	28.670,97	100%	PROCEDENTE
07	74.205,98	66.122,29	66.122,29	60%	PROC. EM PARTE
08	3.906,42	1.005,70	1.005,70	60%	PROC. EM PARTE
TOTAIS	325.372,34	218.115,66	218.115,66		

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do

CONSEF, devido a desoneração ter abrangido o montante conforme a legislação.

O patrono do recorrente apresenta peça recursal às fls. 396/398, em relação às imputações 4 e 6, tecendo o seguinte:

INFRAÇÃO 04 – verificou a persistência do lançamento as operações cujo destinatário é o próprio contribuinte autuado. Alegou que essas notas fiscais são de reclassificação de mercadoria “para comercialização” para “uso da loja”, a alegação do auditor fiscal de que “a intenção do legislador é considerar que nestas situações se o próprio contribuinte consome o produto e o produto é tributado ocorre a incidência do ICMS” não está condizente com a legislação.

Salientou que a emissão de NF-e para reclassificação do produto adquirido para comercialização para a condição de produto para uso/consumo é certo. Porém a NF-e de reclassificação não pode ser considerada como venda, pois a “operação” tem como emitente e destinatário a mesma pessoa jurídica. Se a mercadoria foi adquirida e a entrada original ocorreu para fim de comercialização, o sujeito passivo tem direito ao crédito pela aquisição. Posteriormente, se a mercadoria vier a ser consumida no próprio estabelecimento, deve ser registrada a reclassificação de sua condição de comercialização para uso/consumo, procedendo-se ao estorno do crédito anteriormente apropriado (art. 312, III do RICMS/BA).

Asseverou que, no caso em tela, o auditor fiscal exige ICMS em operação que não existe fato gerador. E que a consequência do consumo no próprio estabelecimento de mercadoria cuja entrada original foi para comercialização (com apropriação de crédito) é a reclassificação da mercadoria para entrada para uso/consumo e o devido estorno de crédito.

Afirma que o estorno de crédito não foi objeto do lançamento, sendo que o julgador/relator de Primeira Instância, sem qualquer fundamentação legal para o fato gerador votou acompanhando o entendimento dos autuantes, tendo os demais julgadores acompanhado o voto.

Entendeu que a decisão deve ser revista, pois não ocorreu fato gerador para incidência do ICMS.

INFRAÇÃO 06 – alegou presunção legal pois esta não é absoluta e, sim relativa. Portanto, sustenta que a busca de alcançar com a tributação do ICMS é a receita omitida capaz de arcar com o ônus das compras omitidas de lançamentos contábil/fiscal. Reportou que a autuada foi alcançada na infração 05 pela omissão de saída com tributação sobre receita omitida cuja base de cálculo foi calculada em R\$ 842.247,50. Assim, tais receitas omitidas são suficientes para arcar com o ônus pelas compras (entradas) indicadas na infração 06. Ou seja, a presunção relativa invocada na infração 06 é absorvida pela infração 05. Entendeu que a infração é improcedente.

Finaliza requerendo pela reforma da Decisão recorrida para:

- em relação à infração 04 para excluir do lançamento as operações de saídas cujo destinatário é o próprio autuado, por não se configurar fato gerador do ICMS.
- em relação à infração 06 para julgá-la improcedente.

VOTO

No pertinente Recurso de Ofício, observo que a decisão da 3ª JF (Acórdão Nº 0231-03/23-VD) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$ 342.079,13, para R\$ 218.115,66, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que as reduções dos valores lançados decorreram do acolhimento, por parte do autuante, de algumas das alegações trazidas pelo Sujeito Passivo em sua petição impugnatória, oportunidade em que se constatou que alguns dos valores referentes nas infrações de 01 a 05, 07 e 08, as quais passamos a analisar:

Infração 01 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2019.

O próprio autuante, em sua revisão, as folhas 164, constatou que haviam itens não enquadrados no regime de substituição tributária, daí, os excluiu da autuação, restando apenas os itens salgadinhos.

Infração 02 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2019.

Em sede de Defesa o Autuado apontou existência de equívocos no demonstrativo elaborado pelo Autuante, pois haviam notas fiscais emitidas por empresas enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, nas quais teria direito a crédito, seja pelo valor indicado em informações complementares, seja pela previsão do art. 269, X, “a”, o que assiste razão, assim, o autuante também entendeu dessa e ajustou a autuação para o valor correto.

Infração 03 - Recolhimento a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O autuante analisou o que foi apresentado na defesa às fls. 139 a 141, e concluiu que as mercadorias são isentas, sujeitas ao regime de substituição tributária, têm redução de base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 12%, assim fez o ajuste necessário no demonstrativo da autuação.

Infração 04 - Recolhimento a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escriturada.

O autuado arguiu os seguintes pontos:

- i. notas fiscais com CFOP 5.927, de baixa de estoque, não há tributação;
- ii. as notas fiscais de reclassificação de mercadoria de “para comercialização” para “uso da loja”, que não são consideradas saídas tributadas;
- iii. notas fiscais de transferência entre estabelecimento da mesma empresa, com aplicação da Súmula CONSEF Nº 08; e
- iv. venda de ativo com mais de um ano de uso.

Os autuantes excluíram do cálculo da infração as Notas Fiscais-es de nºs 3482, 4033, 4379 e 4383 que se referiam as operações de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, CFOP 5.152, bem como excluíram as NF-es de baixa de estoque em virtude de perda relacionadas do quadro de fls. 141 e 142, CFOP 5.927. E por fim, excluiu a Nota Fiscal-e nº 4432, relativa à venda de ativo imobilizado com mais de um ano de uso.

Infração 05 - 04.05.01. Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2019.

Nessa infração o autuado apenas pediu pelo agrupamento dos itens semelhantes tais como o de código R-23, o que foi reconhecido e acatado pelo autuante, restando acertada a infração conforme demonstrativo acostado à fl. 307 e CD, fl. 308.

A infração 06, não sofreu redução, não sendo motivo desse recurso.

Infração 07 - 06.01.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O autuado pediu pela nulidade tendo em vista que nos demonstrativos faltavam informações, o autuante ao analisar observou que o único item que faltava era o NCM do produto, mas ainda assim decidiu refazer como de fato refizeram, entretanto, com essa ação constataram que por falha do SIAF os itens base c/ alojamento p/ comunicação e carga baterias no mês de outubro e conj ind p/ produto frio variável no mês de dezembro foram calculados sem considerar a redução de carga tributária da alíquota interna. Assim, a infração foi corrigida sofrendo as devidas reduções.

Infração 08 - 07.12.15.03. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

O autuante acatou a argumentação do contribuinte pois havia lançamento equivocado no demonstrativo original, especificamente na coluna relativa ao valor do ICMS que deveria ser pego como base de cálculo quando o correto seria lançar os valores da coluna valor da multa de 60% sobre a diferença entre o valor que deveria ser pago e o valor que foi efetivamente recolhido, constatado o erro, a correção foi feita, ocasionando a redução no valor da infração.

Assim, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Em relação ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF, em relação as infrações 04 e 06, abaixo descritas.

Infração 04 - 03.02.02. Recolhimento a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 28.114,41, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - 05.05.01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no mês de dezembro de 2019. Exigido o valor de R\$ 28.670,97, acrescido da multa de 100%;

Na **infração 04** a recorrente insiste que as notas fiscais remanescentes são de reclassificação de mercadoria de “para comercialização” para “uso da loja”, e que a alegação do auditor fiscal de que “a intenção do legislador é considerar que nestas situações se o próprio contribuinte consome o produto e o produto é tributado ocorre a incidência do ICMS” não está condizente com a legislação.

Alegou que a emissão de NF-e para reclassificação do produto adquirido para comercialização para a condição de produto para uso/consumo é certo. Concorro com a afirmação, entretanto, como bem frisou, se a mercadoria vier a ser consumida no próprio estabelecimento, esta deve registrar a reclassificação de sua condição de comercialização para uso/consumo, procedendo o estorno do crédito anteriormente apropriado (art. 312, III do RICMS/BA), o que realmente não restou comprovado.

Ocorre que, a infração imputada foi “Recolhimento a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”, quando deveria ter sido a falta de estorno de crédito, como prevê a legislação:

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

Do exposto, acato as alegações da recorrente, voto pela nulidade da mesma em função da incongruência entre a descrição e cometimento da infração.

Já em relação a **infração 06**, a recorrente alegou que a presunção legal arguida não é absoluta e, sim relativa. Pontuou que para alcançar a tributação do ICMS bastaria haver receita omitida capaz de arcar com o ônus das compras omitidas de lançamentos contábil/fiscal.

Entendo ter razão a recorrente pois essa autuação foi efetivamente alcançada pela infração 05 que cobrou a omissão de saída com tributação sobre receita omitida cuja base de cálculo foi calculada em R\$ 842.247,50. Assim sendo, as receitas omitidas foram suficientes para arcar com o ônus pelas compras (entradas) indicadas na infração 06.

Dessa forma, resta a improcedência da infração.

Por fim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, restando assim liquidado.

Infração	Autuação	JJF	CJF	Decisão
----------	----------	-----	-----	---------

1	985,46	49,28	49,28	Proc.em Parte/N.Provido
2	14.605,14	2.662,04	2.662,04	Proc.em Parte/N.Provido
3	23.279,41	4.084,59	4.084,59	Proc.em Parte/N.Provido
4	28.114,41	10.345,91	0,00	Nula/N.Prov.-Provido
5	151.604,55	105.174,88	105.174,88	Proc.em Parte/N.Provido
6	28.670,97	28.670,97	0,00	Improcedente/N.Prov.-Provido
7	74.205,98	66.122,29	66.122,29	Proc.em Parte/N.Provido
8	3.906,42	1.005,70	1.005,70	Proc.em Parte/N.Provido
Totais	325.372,34	218.115,66	179.098,78	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299130.0019/20-5**, lavrado contra **CASCALHEIRA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 178.093,08**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$ 72.918,20 e de 100% sobre R\$ 105.174,88, previstas na alínea “a”, do inciso VII, nas alíneas “a” e “d” do inciso II, e no inciso III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$ 1.005,70**, prevista na alínea “d”, do inciso II do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2024.

RUBENS DE BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS