

A. I. Nº - 222468.0009/22-2
AUTUADO - GMSS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO DE TARSO DE ALMEIDA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12/03/2024

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0025-03/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. O Autuado logra êxito em elidir parcialmente a autuação. Infração parcialmente subsistente; **b)** MERCADORIAS COM SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. Infração reconhecida; **c)** MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O Autuado logra êxito em elidir parcialmente a autuação. Infração parcialmente subsistente; **d)** DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA. Infração reconhecida; **e)** VALOR SUPERIOR AO CONSTANTE DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Infração reconhecida; **f)** DESTAQUE A MAIS DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL. Descaracterização da autuação pelo próprio Autuante em sede de Informação Fiscal. Infração insubsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Infração reconhecida; **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O Autuado logra êxito em elidir parcialmente a acusação fiscal. Infração parcialmente subsistente. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO E O INFORMADO EM DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS; **b)** ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO FISCAL. O Autuado logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infrações insubsistentes. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. **a)** MATERIAL DESTINADO AO USO E CONSUMO. Acusação elidida parcialmente. Infração parcialmente subsistente; **b)** MERCADORIAS DESTINADAS A ATIVO FIXO E/OU CONSUMO. Infração reconhecida. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. Infração reconhecida. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES DE VENDAS INTERNAS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. O sujeito passivo não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. 7. MULTA. ENTRADA DE MERCADORIAS OU SERVIÇO TOMADO. FALTA DE REGISTRO. O sujeito passivo elide parcialmente acusação fiscal. Infração subsistente. Decretada de ofício redução da multa de 100% para 60%

(art. 42 II, “f”), referente a infração 07, tendo em vista que não se constatou no presente processo o registro de fatos que comprovem a existência de elementos para caracterizar que houve dolo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/06/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 41.705,33 em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 001.002.002. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 4.964,65, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 001.002.003. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, nos meses de janeiro a março, julho agosto e novembro de 2016. Exigido o valor de R\$ 160,99, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 001.002.006. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 9.145,05, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 001.002.011. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo, no mês de dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 50,76, acrescido da multa de 100%;

Infração 05 - 001.002.040. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documento fiscal, no mês de janeiro de 2018. Exigido o valor de R\$ 290,41, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - 001.002.041. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a mais em documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 10.512,12, acrescido da multa de 60%;

Infração 07 - 003.002.005. Falta de recolhimento nos prazos regulamentares de ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro e março de 2018. Exigido o valor de R\$ 56,48, acrescido da multa de 100%;

Infração 08 - 002.001.003. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 8.650,31, acrescido da multa de 60%;

Infração 09 - 003.001.004. Recolhimento a menos do ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou em arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 2.280,48, acrescido da multa de 60%;

Infração 10 - 003.002.002. Recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no mês de setembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 344,69, acrescido da multa de 60%;

Infração 11 - 006.002.001. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre às alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinados ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, junho, outubro e dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 1.758,18, acrescido da multa de 60%;

Infração 12 - 006.005.001. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre às alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de abril e maio de 2018. Exigido o valor de R\$ 230,62, acrescido da multa de 60%;

Infração 13 - 007.015.003. Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga 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, nos meses de março, maio, junho, outubro e dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 868,58, decorrente da multa de 60% sobre o valor do imposto não pago tempestivamente;

Infração 14 - 008.035.001. Falta de recolhimento de ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro, junho e outubro de 2018. Exigido o valor de R\$ 109,97, acrescido da multa de 100%;

Infração 15 - 016.001.006. Entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 2.282,04, decorrente da aplicação da multa de 1%, sobre o valor das mercadorias ou serviços.

O Autuado impugna o lançamento fls. 105 a 115, alinha suas razões de Defesa a seguir sintetizadas.

Preliminarmente ressalta que os demonstrativos elaborados pelo fisco contemplam o período de apuração 02/2019, porem os valores apurados para este período não foram cobrados no Auto de Infração, que se referiu apenas aos períodos de apuração de 01 a 12/2018.

Infração 01 - Assinala que os produtos inclusos no levantamento, elencados na planilha que acosta às fls. 107 e 108, não se caracterizam como para uso/consumo.

Destaca que o valor cobrado relativamente a esses produtos soma R\$ 3.081,31, devendo ser excluído do lançamento. Afirma resta R\$ 1.883,34, conforme relatórios “excluídos” e “remanescentes”.

Registra que a Infração fica resumida, “Planilha: 01.02.02-CredIndevConsumo_ResDeb”, comparada que colaciona à fl. 108.

Infração 02 - Informa que, pelo valor cobrado reconhece como devido, por economia processual.

Infração 03 - Referindo-se ao exercício de 2018, vários produtos foram incluídos indevidamente no levantamento por terem sido excluídos do regime de substituição tributária em exercícios anteriores, conforme: a) iogurte; b) cadeado; c) produtos de limpeza.

Destaca outros produtos que nunca estiveram inclusos no regime de substituição tributária e que não se enquadram nos itens do Anexo 1, do RICMS-BA/12: a) objetos para uso domésticos: ex: Açucareiro, Amassador Batata, Assadeira, Bacia, Balde, Cuscuzeiro, Escorredor, Escumadeira, Tigela, Tabua, Talheres, Pratos... B) Biscoito de Polvilho (não de Farinha de Trigo); c) Suplemento para Atleta (não é Bebida Energética); d) Calda de Caramelo, Canjiquinha, Cereal Matinal, Doce de Leite, Cremogema, Creme Nutela, Cobertura para Sorvete, Chocolate em Pó, Farofa, Gelatina; e) Pó para Sorvete; Sustagem, Leite Moça Brigadeiro e Beijinho; f) Pão de Queijo (de Polvilho e Não de Farinha de Trigo) g) Mistura para Bolo; e outros;

Menciona que, retirados os referidos produtos restam remanescentes os créditos indevidos conforme planilha “Infração 03 - Remanescente, no valor de R\$ 1.116,15.

Infração 04 - Pelo valor cobrado reconhece como devido, por economia processual.

Infração 05 - Pelo valor cobrado reconhecemos como devido, por economia processual.

Infração 06 - Frisa que no demonstrativo que embasa a infração estão listados produtos tributados de diversas formas, cujo fisco glosa parte do crédito, pelos seguintes motivos:

- a) Tributados a 27 - Refere-se a aquisição de colônia, produto regularmente tributado com a alíquota majorada (25%) mais 2% (fundo pobreza) que eleva a alíquota para 27%. Não procede o entendimento do fisco de que a alíquota deve ser de 18%;

- b) Tributados a 20% - Refere-se a aquisição de cosméticos, tributados a 18% mas majorada a alíquota para 20% com a inclusão de mais 2% referente ao Fundo pobreza. – Acetona, Ampola Pantene, Ativador de Cachos, Cera Depilatória, Condicionador, Creme e Gel para Cabelo, Tintura para Cabelo, Máscara, Defrizador, Desodorante, Esmalte, Óleo Corporal, Removedor, Queratina;
- c) Charque. Neste caso, tributado a 18% sobre a base de cálculo reduzida para que resulte em carga tributária de 12%. O autuante partiu da base de cálculo já reduzida como se fosse o valor da operação e reduziu novamente a base de cálculo, gerando a diferença indevida. O crédito está corretamente escriturado, conforme planilha que acosta à fl. 110;
- d) Óleo de soja – Também tributado a 18% sobre a base de cálculo reduzida para que resulte em carga tributária de 12%. O autuante partiu da base de cálculo já reduzida como se fosse o valor da operação e reduziu novamente a base de cálculo, gerando a diferença indevida. O crédito está corretamente escriturado, conforme planilha que colaciona à fl. 111.
- e) Produtos que o autuante listou como tributados à alíquota “0”, sem qualquer justificativa, pois regularmente tributados. Achocolatado, Adoçante, Bebida Láctea e de Soja, Chantily, Chiclete, Farinha Láctea, proteína de Soja e Refresco em Pó.

Arremata frisando que estornados os valores indevidos a infração fica “zerada” consequentemente improcedente.

Infração 07 - Pelo valor cobrado afirma reconhecer como devida a exigência por economia processual.

Infração 08 - Afirma que vários produtos inclusos no levantamento, conforme sintetizado a seguir, estavam, no exercício de 2018, inclusos no Regime de Substituição Tributária, conforme Anexo 1, do RICMS-BA/12, vigente à época dos fatos.

Ainda, um único produto, “Semente”, isento conforme previsão no RICMS-BA/12, foi também incluso indevidamente no levantamento, consoante tabela que acosta à fl. 112.

Assevera que após as exclusões, fica remanescente o valor de R\$ 902,69, conforme demonstrativo em anexo.

Infração 09 - Afirma que a cobrança é efetivada sobre documentos fiscais emitidos com o CFOP 5.929 - Nota fiscal emitida em substituição a Nota Fiscal de Venda a consumidor eletrônica.

Observa que o costume de o consumidor solicitar nota fiscal em substituição a cupom fiscal e a identificação por contribuintes e consumidores da Nota Fiscal de Venda a Consumidor Eletrônica como sendo Cupom Fiscal, até pela semelhança, levou à solicitação e emissão de tais documentos, mantendo a tradição de muito tempo.

Revela que tamanho o entendimento popular levou os Estados a alterar, pelo AJUSTE SINIEF 27/19, o Convênio s/nº/1970, para permitir a partir de 01/02/20, que a emissão da nota fiscal modelo 55 fosse emitida em substituição a documentos fiscais emitidos para vendas no varejo, especialmente, a nota fiscal modelo 65.

5.929 - Lançamento efetuado em decorrência de emissão de documento fiscal relativo a operação ou prestação também acobertada por documento fiscal do varejo.

Classificam-se neste código os registros relativos aos documentos fiscais emitidos em operações ou prestações que também tenham sido acobertadas por documento fiscal do varejo.

Registra que, logo após, o Ajuste SINIEF 40/20, revogou tal permissão, voltando à condição inicial, de substituição apenas a Cupom Fiscal.

Lembra que os contadores, contribuintes, fornecedores de *software* para fins fiscais, pessoal de informática e especialmente consumidores, não “deletaram” de seus conceitos aquele que relaciona a NFC-e ao CF.

Observa que o Guia Prático da EFD, ao instruir sobre o lançamento desses documentos no Registro C 100, assim se refere:

Exceção 4: Notas Fiscais emitidas por regime especial ou norma específica (campo COD_SIT igual a “08”). Para documentos fiscais emitidos com base em regime especial ou norma específica, deverão ser apresentados os registros C100 e C190, obrigatoriamente, e os demais registros “filhos”, se estes forem exigidos pela legislação fiscal. Nesta situação, para o registro C100, somente os campos REG, IND_OPER, IND_EMIT, COD_PART, COD_MOD, COD_SIT, NUM_DOC e DT_DOC são de preenchimento obrigatório.

Sustenta ser indevido é o lançamento quanto a esta infração, sob pena de dupla tributação sobre as operações listadas.

Infração 10 - Afirma se tratar de uma devolução feita através da Nota Fiscal nº 1488, chave de acesso nº 29180906163079000158550020000014881000018213, emitida para devolução de mercadorias, com identificação da operação pelo CFOP 5.202. Se referia a devolução de mercadorias com diversas formas de tributação (substituição tributária e tributadas). Portanto, o valor do imposto destacado deve ser idêntico ao constante no documento fiscal originário. Assevera que o Autuante se equivocou na apuração dos valores.

Infração 11 - Apresenta planilha à fl. 114, para frisar que, com exceção de um dos produtos listados (que valida a cobrança de R\$ 2,54 para a competência 10/18), todos os demais não se enquadram na condição de material para uso/consumo.

Arremata destacando que reconhece o valor de R\$ 2,54 como devido.

Infração 12 - Informa que pelo valor cobrado reconhecemos como devido, por economia processual.

Infração 13 - Informa que pelo valor cobrado reconhecemos como devido, por economia processual.

Infração 14 - Destaca que o demonstrativo “08.35.01-CruzNF_IcmsStMenorQueDestacadoAnalitico” não esclarece o objetivo do autuante. Ademais, na condição de comercial exclusivamente varejista não se pode vislumbrar a hipótese de retenção do ICMS por substituição tributária, tampouco o recolhimento daquilo que sequer foi retido. Afirma não conhecer a forma de apuração pela deficiência no demonstrativo e na identificação da suposta infração. Arremata requerendo a nulidade, de acordo com o inciso IV, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Infração 15 - Assinala que diversas notas fiscais emitidas por terceiros em 2018 foram recebidas no exercício seguinte, escrituradas no mês de janeiro/2019, conforme consta dos arquivos EFD regularmente apresentados e em poder da SEFAZ, o que possibilita a aferição do que demonstramos em anexo, se necessário.

Devem ser retirados os seguintes valores das multas: 11/2018 - R\$ 105,40 e 12/2018 - R\$ 778,71.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração

O Autuante presta Informação Fiscal, fls. 144 a 146, nos termos resumidos a seguir.

Assinala que iniciada as razões da defesa com o reconhecimento parcial da Infração 01, o Impugnante afirma contestar parcialmente do valor exigido de R\$ 4.964,65 o valor de R\$ 3.081,31 sem apresentar provas. Frisa a alegação de que os produtos listados e inclusos no levantamento fiscal, no seu entender não se caracterizam como para uso/consumo devido a “Destinação” para uso na produção tributável, para revenda e material de embalagem. Destaca que, diferentemente da classificação CFOP 2.556 dada pelo adquirente podia ao menos ter juntado uma cópia de nota fiscal de revenda ou de uso na embalagem de produtos para revenda, ou do produto final produzido. Pondera que, conforme preconizado no art. 143, do RPAF-BA/99, a mera negativa da infração não desonera o sujeito passivo de elidir o cometimento da infração. Não obstante isso, embora tenha dada destinação diferente de uso e consumo (CFOP 2.556), assevera que o Defendente não juntou prova de pagamento do DIFAL nem de antecipação parcial.

Infração 02 - Informa que o Impugnante não contestou, reconhecendo expressamente o cometimento da infração.

Infração 03 - Registra que Impugnante reconhece parcialmente o cometimento da Infração 03 até o valor que chama de remanescente R\$ 1.116,15. Quanto aos demais alega sem prova (art. 143, do RPAF-BA/99) que os produtos listados deixaram a substituição tributária em 2018 e que outros produtos nunca estiveram na ST. Menciona que, inobstante isso, não apresentou demonstrativo por ocorrência onde esses fatos ocorreram. Reafirma que, conforme art. 143, do RPAF-BA/99 a mera negativa da infração não desonera o sujeito passivo de elidir o cometimento da infração.

Infração 04 - Informa que o Impugnante não contestou, reconhecendo expressamente o cometimento da infração.

Infração 05 - Informa que o Impugnante não contestou, reconhecendo expressamente o cometimento da infração.

Infração 06 - Menciona que, nesta parte, a Defesa apresenta itens de a) a e). Verificado os elementos da parametrização não houve dúvida em relação a aplicação da alíquota por parte deste auditor inobstante isso a alíquota interna foi considerada pelo aplicativo para todo a base de cálculo e desconsiderou que já havia sido objeto da aplicação da redução da base de cálculo e aplicou no total, de modo que em assiste razão a defesa com a exclusão dos equívocos e refazimento dos demonstrativos de débito por alteração dos valores acabou por zerar a infração.

Infração 07 - Informa que o Impugnante não contestou, reconhecendo expressamente o cometimento da infração.

Infração 08 - Observa que o Autuado reconhece parcialmente o cometimento desse item da autuação no valor de R\$ 902,69. Afirma que após exame das correções acata os demonstrativos da defesa, fls. 122 e 123.

Infração 09 - Assevera que confirmado no aplicativo que os documentos emitidos de fato se referem a CFOP 5.929. Por isso, requer a improcedência dessa infração.

Infração 10 - Assinala que confirmado no aplicativo que os documentos emitidos de fato se referem a devolução; autuante requer a improcedência dessa infração.

Infração 11 - A defesa contesta parcialmente o valor reclamado original sem apresentar provas alegou que os produtos listados por ela e inclusos no levantamento, no seu entender não se caracterizam como para uso/consumo devido a “justificativa”, “material de embalagem”, “indevido - material de consumo” e “para aplicação produção”. Observa que na planilha às fls. 75 a 80 os produtos ditos não para consumo e uso do estabelecimento são sacolas, bobinas, etiquetas, e bandejas entre outros. Diferentemente da classificação CFOP 2.556 dada pelo adquirente podia ao menos ter juntado uma cópia de nota fiscal de revenda ou de uso na embalagem de produtos para revenda, ou do produto final produzido. Conforme determina o art. 143, do RPAF-BA/99, a mera negativa da infração não desonera o sujeito passivo de elidir o cometimento da infração. Não obstante isso, embora tenha dada destinação diferente de uso e consumo (CFOP 2.556), assinala que o Defendente não juntou prova de pagamento do DIFAL, nem de antecipação parcial.

Infração 12. Informa que o Impugnante não contestou, reconhecendo expressamente o cometimento da infração.

Infração 13. Informa que o Impugnante não contestou, reconhecendo expressamente o cometimento da infração.

Infração 14. Afirma que a planilha, fl. 92 é assaz esclarecedora. Assevera que as Notas Fiscais de nºs 1367, 1448, 1453 e 1502 foram emitidas com destaque de ICMS ST na nota fiscal eletrônica e escriturada na EFD sem destaque do imposto.

Infração 15 - Assinala que menoscabe a transferência de encargo. Revela caber a defesa, conforme previsto no § 5º, do art. 123, do RPAF-BA/99, fazer a apresentação da prova documental, mesmo porquê esta fiscalização não tem acesso aos documentos do contribuinte fora do período de fiscalização que compreende de 01/04/2018 a 31/12/2018, conforme documento de fls. 15 e fls. 17, por conta disso afirma impugnar as planilhas de fls. 124 a fls. 134. Arremata registrando a Infração 15 é integralmente subsistente.

Em pauta suplementar, essa 3ªJF converte os Autos em diligência, fls. 147 e 148, para que fosse:

Intimado o Autuado, a apresentar em relação às Infrações 01 e 11, a comprovação documental de quais produtos, elencados no levantamento fiscal, foram destinados i) -a venda tributada, ii) – como insumo na fabricação de produtos tributáveis e, iii) - à utilização como material de embalagem. E, no que se refere à Infração 15, que apresente comprovação das notas fiscais escrituradas no ano seguinte em sua EFD. Deverá ser indicado o prazo de dez para atendimento. Caso sejam atendidas as solicitações e sendo comprovadas as alegações defensivas deverão ser efetuados os ajustes cabíveis e elaborados novos demonstrativos, nos quais deverão, em relação à Infração 03, constar a exclusão de todas as mercadorias que não estejam elencadas no Anexo 1, do RICMS-BA/12.

Autuado se manifesta às fls. 156 e 157, nos termos que se seguem.

Destaca, em relação às Infrações 01 e 11, que são cobrados créditos indevidos e DIFAL sobre aquisições para uso/consumo, especialmente Sacolas *Smart*. Esclarece que são sacolas para embalagem de mercadorias, portanto material de embalagem. Ressalta não haver necessidade de maiores comentários sobre o produto, pois são de conhecimento público(todos recebem nos supermercados) e é um produto contestado pela poluição causada no descarte. Apresenta planilha às fls. 156 e 157, para justificar o uso e informar o débito ocorrido por ocasião das saídas no exercício dos produtos elencados e conforme notas fiscais devidamente lançadas na EFD.

O Autuante apresenta o resultado da diligência, fls. 178 a 181, destacando que em relação à Infração 03 o Autuado não atendeu às solicitações e não foram comprovadas as alegações defensivas de modo que descabe a elaboração de novos demonstrativos ou exclusão de quaisquer mercadorias, eis que todas estão elencadas no Anexo 1, do RICMS-BA/12, com a respectiva NCM. Por isso, afirma restar mantido o valor lançado.

No que se refere às Infrações 01 e 11, destaca que foi solicitado a apresentação da comprovação documental de quais produtos elencados no levantamento fiscal foram destinados à venda tributada, como consumo na fabricação de produtos tributáveis e que foram utilizados como material de embalagem. Registra que, segundo seu entendimento, o Autuado não conseguiu se desincumbir da exigência, uma vez que apresentou os mesmos argumentos desprovidos da prova material, ou seja, a documentação material, chegando a confessar a destinação “para uso”.

No que concerne à Infração 15, informa que a Defesa apresentou a EFD do período de 01/01/2019 a 31/12/2019. Destaca que as ocorrências envolvem os meses de janeiro a dezembro de 2018 e que acolhe a apresentação da EFD de janeiro de 2019, onde se encontram lançadas as Notas Fiscais de nºs 497529, 82, 6156, 7311, 160901, 160902, 160903, e assim por diante. Registra que em relação ao mês de dezembro de 2018 a exigência é zero. Sustenta que quanto às demais ocorrências ficam mantidas a exigência.

Em nova diligência solicitada por essa 3ª JF, fl. 186 e 187, determinou-se que fosse:

Intimado o Autuado, mediante recibo a ser acostado aos autos, a apresentar em relação às Infrações 01 e 11, a comprovação documental (fiscal e contábil) de quais produtos, elencados no levantamento fiscal, foram destinados i) - a venda tributada e saída tributada por perda, ii) - como insumo na fabricação de produtos tributáveis e, iii) - à utilização como material de embalagem. Caso atendidas as solicitações e sendo comprovadas as alegações defensivas, efetuados os ajustes cabíveis e elaborados novos demonstrativos;

Em relação à Infração 03, refeito o demonstrativo indicando qual item se enquadra a mercadoria do Anexo 1, do RICMS-BA/12, vigente no período fiscalizado, procedidas as exclusões das operações em

que não ocorrer a coincidência entre a descrição da mercadoria, o NCM e o correspondente item constante do Anexo I, do RICMS-BA/12;

O Impugnante se manifesta às fls. 195 e 196, em relação à Infração 11, destaca o seu entendimento de que, por não ter sido intimado novamente, suas respostas dadas por ocasião da intimação em 02/23 foram suficientes. Acerca da Infração 01, se manifesta da forma a seguir sintetizada.

- a) - Venda tributada e saída tributada por perda - as saídas nesta modalidade foram feitas pelas 26 notas fiscais que relaciona às fls. 195 e 196, já identificadas na defesa pela chave de acesso, disponíveis para quaisquer consultas, portanto desnecessário a anexação dos referidos Danfes;
- b) - Uso como insumo na fabricação de produtos tributáveis - os produtos identificados na tabela à fl. 196v, foram adquiridos para comercialização. Afirma que as notas fiscais registradas com CFOP específico e não se caracterizam como destinados a consumo, conforme regularmente escriturados na EFD - inclusive um produto de nome diferenciado - Zarpan - consta como produto comercializável, conforme consulta na *internet* que colaciona *print*;
- c) - Utilizados como embalagem - Afirma não ser preciso especificar ante a inexistência de CFOP específico para produtos destinados a embalagem. Desataca que a empresa os escriturou como produtos para comercialização porque o crédito fiscal, conforme o inciso I, do art. 309, do RICMS-BA/12. Colaciona tabela discriminando as notas fiscais e assinala não vislumbrar qualquer possibilidade de caracterização como material de consumo.

O Autuante apresenta o resultado da diligência, fls. 197 e 198, nos termos que se seguem.

Assinala que compulsando os Autos verifica que a planilha denominada “Infração 03 Remanescentes”, fls. 120 e 121, apresentada pelo Autuado nos quais reconhece expressamente a dívida que chama de remanescente dessa Infração 03, fls. 108 e 109, “Retirado todos os produtos restam remanescentes os créditos indevidos conforme planilha “Infração 03 - Remanescentes no valor de R\$ 1.116,15”. Informa que acolhe o demonstrativo apresentado pelo Autuado, que elide parcialmente a exação conforme demonstrativo de débito que colaciona à fl. 197.

No que se refere às Infração 01, depois de examinar o atendimento da Intimação pelo Impugnante, destaca que, as solicitações foram atendidas e comprovadas as alegações defensivas através das planilhas informadas acostadas às fls. 195, 196 e 196v em confronto com as planilhas constantes às fls. 116 e 117. Informa que acolhe as planilhas denominadas “Infração 01 Remanescentes”, fls. 118 e 119, no valor de R\$ 1.883,34, conforme demonstrativo que colaciona à fl. 198.

VOTO

No tocante à formalização do PAF, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, fls. 25 a 98 - CD à fl. 99, e comprovante de recebimento, via Dt-e às fls. 101 e 102.

Em suma, o presente processo está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação de regência, precipuamente nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudessem inquirir de nulidade o presente lançamento.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de 15 Infrações à legislação do ICMS baiano, consoante descrição pormenorizada no preâmbulo do relatório.

Em sua impugnação, o Autuado reconheceu expressamente as Infrações 02, 04, 05, 07, 12 e 13, logo, ante a inexistência de lide ficam mantidos esses itens da autuação.

A Infração 01 imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Em sua Impugnação, o Autuado alegou que foram incluídos no levantamento fiscal produtos que não se caracterizam como material para uso/consumo do estabelecimento, conforme tabela que acosta às fls. 107 e 108, os quais devem ser excluídos do levantamento resultando na redução da exigência desse item da autuação para R\$ 1.883,34 consoante demonstrativo à fl. 108.

Em decorrência de diligência solicitada por essa 3ª JF depois de examinar a alegações apontadas pela Defesa, o Autuante declara que as alegações da defesa restaram comprovadas e que acolhe os valores constantes do demonstrativo apresentado pelo Impugnante, às fls. 118 e 119, reduzindo o montante remanescente da exigência para R\$ 1.883,34.

Depois de examinar os elementos que compõem o contraditório acerca desse item da autuação, constato que o demonstrativo acostado aos autos à fl. 198, corresponde, efetivamente, à exclusão dos itens que não se caracterizam como material de uso/consumo.

Assim, restando evidenciado nos autos que não mais existe lide em relação a esse item da autuação pelo que deve subsistir sua caracterização parcial.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 01 no valor de R\$ 1.883,34.

A Infração 03 cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Em sua Defesa o Autuado apontou diversos itens que foram incluídos no levantamento fiscal sem, no entanto, estarem elencados no Anexo 1, do RICMS-BA/12, identificando esses itens, fls. 109, e apresentando demonstrativo, fls. 120 e 121, com a exclusão desses itens e apurando o valor do débito remanescente no montante de R\$ 1.116,15.

O Autuante, no atendimento de diligência dessa 3ª JF, fl. 197, depois de examinar as alegações da Defesa e as correspondentes comprovações, declara expressamente que acolhe o demonstrativo apresentado pelo Impugnante com as exclusões das operações incluídas no levantamento fiscal e que não estão elencadas no Anexo 1, do RICMS-BA/12, reduzindo o débito exigido para o valor de R\$ 1.116,15, de acordo com demonstrativo de débito acostado à fl. 197.

Ao compulsar as peças que integram e compõem esse item da autuação, verifico que, com as exclusões das operações com mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária e que constavam no demonstrativo original elaborado pelo Autuante, restou caracterizada parcialmente a exigência no valor de R\$ 1.116,15.

Por isso, acolho o demonstrativo acostado à fl. 197, pelo Autuante reduzindo o valor do débito para R\$ 1.116,15.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 03.

A Infração 06 cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a mais em documentos fiscais.

Em sede de Defesa o Autuado destacou que no demonstrativo de apuração da infração estão listados produtos tributados de diversas formas, glosadas pelo fisco por diversos motivos equivocados que elenca, fls. 109 a 111. Explicou que estornados os valores indevidos constantes no demonstrativo elaborado pela fiscalização a infração resta zerada.

Ao proceder a informação fiscal o Autuante reconheceu que as alegações do Defendente são procedentes, uma vez que a alíquota interna foi considerada pelo aplicativo para toda a base cálculo e desconsiderou que parte dela já havia sido objeto de redução de base de cálculo e aplicou no total. Asseverou que, com a exclusão dos equívocos e refazimento dos demonstrativos de débito por alteração dos valores acabou por zerar a exigência dessa infração.

Verifico que, consoante a explicação prestada pelo próprio Autuante ocorrera que o aplicativo da SEFAZ ao realizar o levantamento considerou a redução da base de cálculo para período da autuação em que já havia sido aplicada a redução da base de cálculo.

Nos termos expendidos, acolho a explicação do Autuante tendo em vista a comprovada descaracterização da autuação.

Concluo pela insubsistência da Infração 06.

Em relação às Infração 07, o percentual da penalidade aplicada deve ser retificado para 60%, conforme previsto na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, aplicável para todo e qualquer caso em que se configurar infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importar descumprimento de obrigação tributária principal, **não havendo dolo**. Portanto, decretada de ofício redução da multa de 100% para 60% (art. 42 II, “f”), tendo em vista que não se constatou no presente processo o registro de fatos que comprovem a existência de elementos para caracterizar que houve dolo.

A Infração 08 trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas

Em sua Impugnação o Defendente identificou vários produtos incluídos no levantamento fiscal sujeitos ao regime de substituição tributária conforme constam elencados no Anexo 1, RICMS-BA/12, assinalando que com a exclusão desses produtos o valor do débito remanescente é R\$ 902,39, consoante demonstrativo que acosta às fls. 122 e 123.

O Autuante depois de examinar as alegações do Impugnante afirma que acata as correções efetuadas e acolhe o demonstrativo acostado às fls. 122 e 123.

Ao compulsar os elementos que constituem esse item da autuação, verifico que, de fato, a exclusão efetuada no demonstrativo acostado às fls. 122 e 123, se referem a mercadorias constantes do Anexo 1, do RICMS-BA/12. Por isso, acolho o referido demonstrativo.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 08, no valor de R\$ 902,39.

A Infração 09 cuida do recolhimento a menos do 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 em arquivos eletrônicos

Em sede de Defesa o Autuado sustentou que a cobrança é efetivada sobre documentos fiscais emitidos com o CFOP 5.929 - Nota fiscal emitida em substituição a Nota Fiscal de Venda a consumidor eletrônica.

Ao proceder a informação fiscal o Autuante reconheceu que procedem as alegações do Defendente, uma vez que confirmou no aplicativo que os documentos emitidos e arrolados no levantamento fiscal, de fato, se referem a operações CFOP 5.929 e requereu a improcedência dessa infração.

Ao compulsar os autos, constato efetivamente que as operações se referem a documentos emitidos em substituição a Nota Fiscal de Venda a consumidor eletrônica. Nesses termos, acolho o entendimento do Autuante e considero descaracterizada a Infração 09.

Concluo pela insubsistência da Infração 09.

A Infração 10 cobra o recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Em sede de Defesa o Autuado esclareceu que os documentos arrolados no levantamento fiscal se trata de operação de devolução de mercadorias CFOP 5.202 e que o Autuante se equivocou, uma vez que o valor do imposto destacado deve ser idêntico ao constante no documento fiscal originário.

Ao proceder a informação fiscal o Autuante reconheceu a insubsistência da autuação, uma vez que, de fato, as operações se referem a devolução.

Acolho o entendimento apresentado pelo Autuante, eis que resta demonstrado que realmente se trata de operações de devolução.

Concluo pela insubsistência da Infração 10.

A Infração 11 trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre às alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinados ao consumo do próprio estabelecimento.

Em sua Defesa o Impugnante explicou que, com exceção de um dos produtos listados (que valida a cobrança de R\$ 2,54 para a competência 10/18), todos os demais não se enquadram na condição de material para uso/consumo.

O Autuante explicou que, diferentemente da classificação CFOP 2.556 dada pelo adquirente, podia o Autuado, ao menos, ter juntado uma cópia de nota fiscal de revenda ou de uso na embalagem de produtos para revenda, ou do produto final produzido. Sustentou que, embora tenha alegado a destinação diferente de uso e consumo (CFOP 2.556), o Defendente não juntou prova de pagamento do DIFAL, nem de antecipação parcial.

Depois de examinar as peças com compões esse item da autuação constato que assiste razão parcial ao Autuado no que concerne à exclusão do item “Sacola Smart” que, por se constituírem em material de embalagem devem ser excluídos do levantamento fiscal.

Assim, remanesce a parcialmente a cobrança no valor de R\$ 27,52, sendo no mês de outubro, o valor de R\$ 2,54 e, no mês de dezembro o valor de R\$ 24,98.

Logo, resta parcialmente caracterizada a autuação.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 11.

A Infração 14 imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento de ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O Defendente aduziu que, na condição de seu estabelecimento comercial exclusivamente varejista, não se pode vislumbrar a hipótese de retenção do ICMS por substituição tributária, tampouco o recolhimento daquilo que sequer foi retido. Afirmou também não conhecer a forma de apuração pela deficiência no demonstrativo e na identificação da suposta infração.

O Autuante manteve a autuação asseverando que o demonstrativo acostado à fl. 92, explicita claramente que as notas fiscais nele constantes foram emitidas com destaque de ICMS-ST na nota fiscal eletrônica e devidamente escriturada na EFD sem destaque do imposto.

Depois de examinar os elementos que lastreiam esse item da autuação, constato que assiste razão ao Autuante, uma vez que os documentos fiscais tiveram o imposto destacado e não foram escriturados na EFD.

Concluo pela subsistência da Infração 14.

A Infração 15 trata da entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal.

A Defesa rejeitou parcialmente a autuação alegando que diversas notas fiscais emitidas em 2018 foram recebidas no exercício seguinte e escrituradas no mês de janeiro/2019.

O Autuante manteve parcialmente a autuação não acatando a alegação defensiva por não ter sido apresentado a prova documental.

Em diligência solicitada por essa 3ª JF o Autuante declarou que acolhe a apresentação da EFD de janeiro de 2019, onde se encontram lançadas as Notas Fiscais de nºs 497529, 82, 6156, 7311, 160901, 160902, 160903, e assim por diante, asseverando que em relação ao mês de dezembro de 2018 a exigência é zero.

Concordo com a intervenção do Autuado no atendimento da diligência em que depois de examinar a EFD de janeiro/2019 excluiu do levantamento fiscal as notas fiscais registradas em janeiro de 2019 zerando a exigência atinente ao mês de dezembro. Por isso, entendo restar configurada a irregularidade, e por isso, deve ser parcialmente mantida a autuação.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 15, no valor de R\$ 1.462,30.

Na forma supra expendida, concluo pela subsistência parcial da autuação na forma discriminada no demonstrativo seguir.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO

Infrações	AUTO DE INFRAÇÃO	INF. FISCAL DIL	JULGAMENTO	MULTA	DECISÃO
01	4.964,65	1.883,34	1.883,34	60%	ROC. EM PARTE
02	160,99	160,99	160,99	60%	PROCEDENTE
03	9.145,05	1.116,15	1.116,15	60%	ROC. EM PARTE
04	50,76	50,76	50,76	100%	PROCEDENTE
05	290,41	290,41	290,41	60%	PROCEDENTE
06	10.512,12	0,00	0,00	60%	MPROCEDENTE
07	56,48	56,48	56,48	60%	ROC. EM PARTE
08	8.650,31	902,39	902,39	60%	ROC. EM PARTE
09	2.280,48	0,00	0,00	60%	MPROCEDENTE
10	344,69	0,00	0,00	60%	MPROCEDENTE
11	1.758,18	1.758,18	27,52	60%	ROC. EM PARTE
12	230,62	230,62	230,62	60%	PROCEDENTE
13	868,58	868,58	868,58	60%	PROCEDENTE
14	109,97	109,97	109,97	100%	PROCEDENTE
15	2.282,04	2.282,04	1.462,29	1%	ROC. EM PARTE
TOTAIS	41.705,33	9.709,91	7.159,50		

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 222468.0009/22-2, lavrado contra **GMSS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.828,63**, acrescidos das multas de 60%, sobre R\$ 4.667,90 e de 100% sobre R\$ 160,73, previstas nas alíneas “a”, do inciso VII, “j”, do inciso IV, “a”, “d” e “f”, do inciso II, e “a”, do inciso V, e nos incisos III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 2.330,87**, previstas na alínea “d” do inciso II, e no inciso IX, do mesmo artigo da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR