

A. I. N° - 233080.0021/22-5
AUTUADO - DAILSON ELSON DE OLIVEIRA E CIA LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0186-04/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO. Elidida em parte a acusação. Infração parcialmente subsistente; **b)** MERCADORIAS ABARCADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Fato reconhecido. Acusação mantida; **c)** MERCADORIAS INCLUÍDAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Elidida em parte a acusação. Infração parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato não impugnado. Acusação mantida. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Item elidido em parte. Acusação parcialmente subsistente. 4. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Fato não impugnado. Infração 7 mantida. 5. FALTA DE RECOLHIMENTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS; **b)** OMISSÃO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÕES DE SAÍDAS ANTERIORES DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS; **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE TERCEIRO DESACOMPANHADA DE DOCUMENTO FISCAL; **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE PRÓPRIA. Refeitos os cálculos pelo autuante para efeito de exclusão de mercadorias não destinadas à revenda. Infrações 08, 09, 10 e 11 parcialmente subsistentes. 6. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA USO PRÓPRIO. Infração 12 elidida. 7. RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração 13 parcialmente elidida. 8. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. SAÍDAS TRIBUTADAS. MULTA PERCENTUAL. Acusação 14 parcialmente elidida. 9. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Fato não impugnado. Infração 15 mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 22/09/2022 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 67.590,37, mais multas, decorrente de 15 (quinze) imputações, a saber:

- **Infração 01 – 001.002.002:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 123,33. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso IX, “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 02 – 001.002.003:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material beneficiadas com isenção do imposto. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 1.794,63. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso IX, “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 03 – 001.002.006:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento do imposto por substituição tributária. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 4.914,47. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso IX, “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 04 – 001.002.040:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 615,73. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso IX, “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 05 – 002.001.003:** *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 26.172,40. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 06 – 003.002.002:** *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 664,09. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 07 – 003.002.004:** *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 1.294,50. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 08 – 004.005.002:** *“Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício fechado. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 2.844,25. Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96. Exercício de 2021.
- **Infração 09 – 004.005.005:** *“Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saídas de mercadorias, sendo apurado o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 10.463,94. Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96. Exercício de 2020.
- **Infração 10 – 004.005.008:** *“Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 4.823,42. Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 11 – 004.005.009:** *“Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido de mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente de omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição*

Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Conforme demonstrativos anexos". Valor lançado R\$ 4.213,76. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "d", da Lei nº 7.014/96.

- Infração 12 – 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. Conforme demonstrativos anexos". Valor lançado R\$ 40,58. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, "f", da Lei nº 7.014/96.*

- Infração 13 – 007.001.002: *"Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Conforme demonstrativos anexos". Valor lançado R\$ 1.059,25. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, "d", da Lei nº 7.014/96.*

- Infração 14 – 007.001.002: *"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. Conforme demonstrativos anexos". Penalidade aplicada no total de R\$ 7.690,31, com previsão no Art. 42, inciso II, "d", da Lei nº 7.014/96.*

- Infração 15 – 016.001.006: *"Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro fiscal. Conforme demonstrativos anexos". Penalidade aplicada no total de R\$ 873,72, com previsão no Art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.*

O autuado ingressou com Impugnação Parcial ao lançamento, fls. 27 a 39, onde, após efetuar considerações iniciais e descrever os fatos relacionados a autuação, declarou o reconhecimento integral das infrações 02, 04, 05, 07 e 15, que disse totalizarem R\$ 30.750,99, insurgindo-se, total ou parcialmente, quanto as demais.

Assim é que, em relação à infração 01, reconheceu como devido o valor de R\$ 17,17 referente a ocorrência do mês 08/2020, porém questionou as ocorrências do mês 04/2020 no valor de R\$ 25,82 e mês 09/2020 no valor de R\$ 82,34, sob a justificativa de que, no primeiro caso, houve a devolução da mercadoria mediante nota fiscal nº 8.109, anulando a operação, sem prejuízo do fisco, enquanto que, na segunda situação, se trata de aquisições de sacolas plásticas utilizadas para embalagens dos produtos comercializados.

No que tange à infração 03, no valor de R\$ 4.914,47, relacionada a aquisições de mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária, justificou que em relação ao mês de agosto/21 foi lançado na EFD, fl. 66, estorno de débito no montante de R\$ 2.140,46, valor superior ao exigido neste mês, por isso, sustentou que deve ser considerado como indevida a quantia de R\$ 1.443,45, ficando, assim, o débito reconhecido/reduzido para o valor de R\$ 3.471,02.

Em relação à infração 06, no valor de R\$ 664,09, por erro na aplicação de alíquotas, disse que apesar dos itens autuados com imposto inferior ao devido, houve, entretanto, alguns equívocos por parte do autuante, a saber:

- Milho verde: Apesar do autuante ter considerado como sendo a alíquota de 18%, trata-se de produto tributado pela alíquota de 07% (art. 16, I, "a", da Lei 7.014/96);

- SIDRA Líder 660ml s/álcool MAC: não está sujeito a tributação com alíquota de 27%, aplicável às bebidas alcoólicas;

- Massa de arroz Urbano 500g PAD e Integral: Disse se tratar de um tipo de macarrão feito à base de arroz, sem glúten, e que atende ao art. 16, I, "a", da Lei n 7.014/96, sujeito a alíquota de 07%.

Desta forma, disse não ser devida a quantia de R\$ 133,55, reconhecendo, assim, o débito na quantia de R\$ 530,54.

No que diz respeito a infração 08, no valor de R\$ 2.844,25, decorrente de omissão de saídas de mercadorias apuradas através de levantamento quantitativo de estoque. A este respeito sustentou que está sendo exigido imposto incidente sobre itens já constantes em auto de infração anterior, lavrado em 03/2020, ainda não julgado, não se podendo exigir cobrança em duplicidade do mesmo produto, citando exemplos.

Acrescentou que também está sendo exigido imposto em relação a produtos utilizados para consumo próprio e material de embalagem, a exemplo do Filme PVC, requerendo, assim, a insubsistência integral desta infração.

Naquilo que se relaciona a infração 09, no valor de R\$ 10.463,94, por omissão de entradas apuradas via levantamento quantitativo de estoque, por presunção de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, ponderou que do exame do levantamento fiscal, observou que os itens ali consignados se referem a material para uso e consumo próprio ou bens para o Ativo Imobilizado que, equivocadamente foram considerados no inventário final constante no seu arquivo do SPED, citando, por exemplo, camisas para funcionários, laje pré-moldada, prateleiras, ar condicionado, dentre outros.

Requeru a insubsistência da presente infração.

Quanto às infrações 10 e 11, defendidas em conjunto, nos valores respectivos de R\$ 4.823,42 (responsabilidade solidária – omissão de entradas) e R\$ 4.213,76 (falta de recolhimento do imposto por responsabilidade solidária), ambas decorrentes do levantamento quantitativo de estoque, destacou que as razões que elidem estas acusações já foram tratadas nas infrações 08 e 09, motivo pelo qual requereu a insubsistência de ambas.

No que tange à infração 12, no valor de R\$ 40,58, a título de diferença de alíquotas, disse não ser devida a exigência tendo em vista que houve devolução da mercadoria, no próprio mês, mediante a nota fiscal nº 8109, doc. 03.

Ao se reportar à infração 13, no valor de R\$ 1.059,25, referente a imposto pago a menos por antecipação tributária total, pontuou que, de acordo com a planilha doc. 06, é possível se verificar que o imposto quando não recolhido pelo fornecedor, fora antecipado por sua parte. Com isso justifica ser devido apenas a quantia de R\$ 49,60 referente as notas fiscais 61227 e 2631870.

Por fim, quanto a infração 14, no valor de R\$ 7.690,31, relacionada penalidade por falta de pagamento do imposto a título de antecipação parcial, disse ser indevida a exigência na medida em que realizou o pagamento da antecipação parcial nos meses indicados pela autuação, doc. 07, que pode ser comprovado através dos recolhimentos com código 2175, doc. 08.

Em conclusão requereu a procedência parcial do lançamento em discussão, bem como a redução ou afastamento das multas aplicadas em respeito aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco, e que, em caso de dúvida se interprete a norma jurídica mais favorável ao contribuinte, (art. 112 do CTN), além da produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 116 a 122, efetuando uma síntese dos argumentos defensivos, e, em seguida, passou a se posicionar sobre os mesmos, onde, em relação a infração 01, pontuou que da análise dos argumentos do autuado e documentos anexados, os acolheu, remanescendo como devido o valor de R\$ 17,17 referente ao mês 08/2020.

Naquilo que se relaciona a infração 03, disse que, por igual, esta infração fica reduzida para o valor de R\$ 3.471,02, situação idêntica ocorrendo em relação à infração 06, a qual reduziu para o valor de R\$ 530,54.

Ao se reportar as infrações 08, 09, 10 e 11, relacionadas a levantamentos quantitativos de estoque, disse que foi observado, rigorosamente, o previsto pela Lei nº 7.014/96, a Instrução Normativa SAT nº 56/2007, o RICMS/BA e as Portarias nºs 445/98 e 159/2019.

Disse que após a análise das argumentações defensivas, aliado aos demonstrativos embasadores da autuação, dos documentos fiscais e das informações constantes nos arquivos da EFD do autuado, constatou que no Auto de Infração nº 206897.0009/20-8 citado pela defesa, não existe débito reclamado para este tipo de infração, para o período abrangido pela Ordem de Serviço nº 501648/22.

Acrescentou que também verificou que diversas mercadorias adquiridas pelo autuado para imobilizado ou consumo foram indevidamente registradas em sua EFD como mercadorias para revenda, sendo que, em função disto, novos demonstrativos foram elaborados e anexados ao processo, com exclusão dessas mercadorias, resultando na modificação dos valores autuados na forma abaixo indicada:

- Infração 08 – Valor reduzido para R\$ 2.526,73;
- Infração 09 – Valor reduzido para R\$ 4.270,17;
- Infração 10 – Valor reduzido para R\$ 4.605,38;
- Infração 11 – Valor reduzido para R\$ 4.122,18.

No que tange a infração 12, no valor de R\$ 40,58 relacionada a diferença de alíquota, disse que acolhe o argumento defensivo.

Ao se reportar à infração 13, no valor de R\$ 1.059,25 observou que o autuado somente reconheceu como devidos o imposto referente as Notas Fiscais nºs 61227 e 2631870, no total de R\$ 49,60 sob a alegação de que os valores do ICMS antecipação tributária quando não recolhido pelo fornecedor fora por ele antecipado.

Entretanto, aduziu que analisando as memórias de cálculo anexadas pelo autuado e os DANFES nºs 69554, 71346, 73281 e 2631870, ora anexados, se verifica que nas memórias de cálculo do autuado, na coluna “Tipo da nota”, a informação “retido na nota fiscal”, porém, não consta nos DANFES o valor do ICMS substituído, assim não existe qualquer recolhimento a título de antecipação tributária.

Por outro lado, disse assistir razão ao autuado em relação a Nota Fiscal nº 3348757, cuja ST foi efetuada pelo fornecedor, acrescentando que o produto Flanela 29x39, registrado no mês 08/21, não está incluído no Anexo 1 do RICMS/BA, sendo, por isso, excluído da autuação.

Diante disto disse que elaborou novos demonstrativos do débito que remanesce no valor de R\$ 961,62.

Por fim, quanto a infração 14, no valor de R\$ 7.690,31, referente a multa percentual do ICMS antecipação parcial que deixou de ser paga, trouxe as seguintes ponderações:

- As Notas Fiscais nºs 1350517, 788815, 315851, 85722 e 27042, acobertam mercadorias para uso ou consumo e imobilizado, sendo, portanto, excluídas da autuação, que ficou reduzida para R\$ 4.491,78.
- O autuado não considerou na sua memória de cálculo as mercadorias arroz para cachorro, Notas Fiscais nºs 194352 e 88710, fragmento de arroz, Nota Fiscal nº 85737 e mistura para bolo e achocolatado, Nota Fiscal nº 246802, enquanto que todos os recolhimentos efetuados sob o código de receita 2175, elencados no doc. 08, constam do relatório de antecipação parcial recolhida a menor ou não recolhida que elaborou.

Concluiu solicitando a manutenção do auto de infração, com as modificações apresentadas.

Constam às fls. 131 e 132 Mensagem DT-e encaminhada ao autuado, anexando a informação fiscal, novos demonstrativos elaborados e mídia digital contendo os mesmos, com a concessão do prazo de 20 (vinte) dias para manifestação, porém, não consta dos autos que isto tenha ocorrido.

Por fim, consta à fl. 134, Relatório de Pagamento efetuado pelo autuado em 16/12/2022, no valor total de R\$ 41.975,60, emitido através do SIGAT.

VOTO

O Auto de Infração sob análise foi expedido para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 67.590,37, decorrente de 15 (quinze) imputações, todas já descritas no relatório que antecede o presente voto, tendo o autuado reconhecido integralmente o débito consignado nas infrações 02, 04, 05, 07 e 15, nos valores respectivos de R\$ 1.794,63, 615,73, R\$ 26.172,40, R\$ 1.294,50 e R\$ 873,72, as quais ficam mantidas, enquanto que o pagamento efetuado de acordo com o extrato de fl. 134 deverá ser homologado pelo setor competente.

Em relação às demais infrações, houve impugnação parcial ou total, que passo a analisá-las no bojo meritório, tendo em vista que não ocorreram questionamentos relacionados aos aspectos de formalização do lançamento, o qual atende ao disposto pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA e Art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

Assim é que, em relação a infração 01, no valor de R\$ 125,33, que trata de utilização indevida de créditos fiscais referentes a aquisições de materiais para uso ou consumo próprio, foi questionado pela defesa os valores de R\$ 25,82 referente ao mês abril/2020 e R\$ 82,34 relacionado ao mês de setembro/2020, acolhendo, porém, o valor de R\$ 17,17 pertinente ao mês de agosto/2020.

Foi alegado pela defesa que em relação ao mês 04/2020 que houve a devolução da mercadoria mediante nota fiscal nº 8.109, anulando a operação, dentro do próprio mês, sem prejuízo do fisco, enquanto que, na segunda situação, se trata de aquisições de sacolas plásticas utilizadas para embalagens dos produtos comercializados.

Tais argumentos foram analisados e acolhidos pelo autuante que as excluiu da autuação, mantendo, apenas, a exigência no valor de R\$ 17,17 referente ao mês de agosto/2020, com o que concordo.

Infração 02 parcialmente subsistente.

No que tange a infração 03, no valor de R\$ 4.914,47, relacionada a aquisições de mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária, foi alegado pela defesa que em relação ao mês de agosto/21 foi lançado na EFD, fl. 66, estorno de débito no montante de R\$ 2.140,46, valor superior ao exigido neste mês, por isso, sustentou que deve ser considerado como indevida a quantia de R\$ 1.443,45, ficando, assim, ao seu entender, o débito reconhecido/reduzido para o valor de R\$ 3.471,02.

Tal argumento foi analisado pelo autuante, que o acolheu, reduzindo o referido valor do lançamento relacionado ao mês de agosto/21 que passou de R\$ 1.534,99 para R\$ 91,54, com o que concordo. Com esse procedimento, os demais valores da infração 03 ficam mantidos e o total da infração fica reduzido para R\$ 3.471,02.

Infração 03 parcialmente subsistente.

A infração 06, no valor de R\$ 664,09, trata de erro na aplicação de alíquotas, foi alegado pelo autuado os seguintes equívocos no levantamento fiscal:

- i)* Milho verde: Apesar do autuante ter considerado como sendo a alíquota de 18%, trata-se de produto tributado pela alíquota de 07% (art. 16, I, “a”, da Lei 7.014/96);
- ii)* SIDRA Líder 660ml s/álcool MAC: não está sujeito a tributação com alíquota de 27%, aplicável às bebidas alcoólicas;
- iii)* Massa de arroz Urbano 500g PAD e Integral: Disse se tratar de um tipo de macarrão feito à base de arroz, sem glúten, e que atende ao art. 16, I, “a”, da Lei n 7.014/96, sujeito a alíquota de 07%.

Desta forma, alegou não ser devida a quantia de R\$ 133,55, pertinente as exigências relacionadas aos mencionados itens, reconhecendo como devido, entretanto, o débito na quantia de R\$ 530,54 pertinente aos demais itens desta infração.

O autuante, por sua vez, acolheu os argumentos defensivos, reduzindo a presente infração para o montante de R\$ 530,54 na forma pretendida pelo autuado.

Analisando os argumentos acima concordo com as alegações defensivas acima postas em relação aos itens “i” e “ii”, entretanto, divirjo em relação ao item “iii”, relacionado aos produtos Massa de Arroz Urbano 500g PAD e Integral, que, de fato, são tributados pela alíquota de 18%.

Objetivamente, vejo que este CONSEF em recentes julgados já se posicionou em relação aos produtos Massa Arroz Urbano Pene 500g e Massa de Arroz Urbano Parafuso 500g, através do Acórdão 0125-01/21-VD da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o qual foi mantido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal mediante Acórdão nº 0147-12/22, de onde se extrai:

(...)

Relativamente à infração 5, assiste razão ao autuante, haja vista que as mercadorias arroladas na autuação, no caso MASSA ARROZ URBANO PENE 500G, MASSA ARROZ URBANO PARAFUSO 500G são tributadas normalmente com a alíquota interna de 18%, descabendo, desse modo, falar-se em aplicação da alíquota de 7%. Infração subsistente.

No que tange à infração 05, a mesma diz respeito a recolhimento de ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Entende o sujeito passivo, que a alíquota correta para o caso seria a de 7% para as mercadorias “massa arroz Urbano Pena 500g” e “massa arroz Urbano parafuso 500g”, conforme disposições do art. 16, I, “a” da Lei nº 7.014/96. Neste caso, mais uma vez entendo assistir razão à decisão da 1ª JFF, pois além da mercadoria não poder ser confundida com o macarrão, apenas sendo uma massa de arroz em forma de penne e parafuso. A alíquota de 7% somente é aplicada às mercadorias que compõem a chamada “cesta básica”, cujas mercadorias autuadas não fazem parte. Assim, considero incapaz a alegação recursal de reformar a Decisão de piso em relação à infração 05.

(...)”

No mesmo sentido acima posto, mantenho a exigência relacionada aos itens Massa de Arroz Urbano 500g PAD e Integral, e, desta maneira, a infração 06 resta parcialmente subsistente no valor de R\$ 572,97, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO 06 - DEMONST. DO DÉBITO		
Mês/Ano	Vlr. Lançado	Vlr. Julgado
jan/20	7,69	7,69
fev/20	14,15	14,15
mar/20	24,10	20,10
abr/20	74,93	48,24
mai/20	43,63	43,63
jun/20	87,20	59,29
jul/20	76,82	76,82
ago/20	70,27	68,66
set/20	101,11	81,77
out/20	98,91	98,91
nov/20	47,48	47,48
dez/20	17,80	6,23
TOTAL	664,09	572,97

As infrações 08, 09, 10 e 11, estão relacionadas a levantamento quantitativo de estoque, exercícios de 2020 e 2021, e o autuante as defendeu na forma que segue.

A infração 08, no valor de R\$ 2.844,25 é decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de levantamento quantitativo de estoque. A este respeito sustentou o autuado que está sendo exigido imposto incidente sobre itens já constantes em auto de infração anterior, lavrado em 03/2020, ainda não julgado, não se podendo exigir cobrança em duplicidade do mesmo produto, citando exemplos.

Acrescentou que também está sendo exigido imposto em relação a produtos utilizados para consumo próprio e material de embalagem, a exemplo do Filme PVC, requerendo, assim, a insubsistência integral desta infração.

Naquilo que se relaciona a infração 09, no valor de R\$ 10.463,94, por omissão de entradas apuradas via levantamento quantitativo de estoque, por presunção de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, ponderou que do exame do levantamento fiscal, observou que os itens ali consignados se referem a material para uso e consumo próprio ou bens para o Ativo Imobilizado que, equivocadamente foram considerados no inventário final constante no seu arquivo do SPED, citando, por exemplo, camisas para funcionários, laje pré-moldada, prateleiras, ar condicionado, dentre outros, pugnando pela insubsistência da mesma.

Quanto às infrações 10 e 11, defendidas em conjunto, nos valores respectivos de R\$ 4.823,42 (responsabilidade solidária – omissão de entradas) e R\$ 4.213,76 (falta de recolhimento do imposto por responsabilidade solidária), ambas decorrentes do levantamento quantitativo de estoque, destacou que as razões que elidem estas acusações já foram tratadas nas infrações 08 e 09, motivo pelo qual requereu a insubsistência de ambas.

O autuante, por sua vez, assim se posicionou em relação as alegações defensivas acima postas: disse que foi observado, rigorosamente, o previsto pela Lei nº 7.014/96, a Instrução Normativa SAT nº 56/2007, o RICMS/BA e as Portarias nºs 445/98 e 159/2019 e que após a análise das argumentações defensivas, aliado aos demonstrativos embasadores da autuação, dos documentos fiscais e das informações constantes nos arquivos da EFD do autuado, constatou que no Auto de Infração nº 206897.0009/20-8 citado pela defesa, não existe débito reclamado para este tipo de infração, para o período abrangido pela Ordem de Serviço nº 501648/22.

Acrescentou que também verificou que diversas mercadorias adquiridas pelo autuado para imobilizado ou consumo foram indevidamente registradas em sua EFD como mercadorias para revenda, sendo que, em função disto, novos demonstrativos foram elaborados e anexados ao processo, com exclusão dessas mercadorias, resultando na modificação dos valores autuados na forma abaixo indicada:

- Infração 08 – Valor reduzido para R\$ 2.526,73;
- Infração 09 – Valor reduzido para R\$ 4.270,17;
- Infração 10 – Valor reduzido para R\$ 4.605,38;
- Infração 11 – Valor reduzido para R\$ 4.122,18.

Consoante extraído dos argumentos acima expostos, vejo que o levantamento quantitativo atende as determinações contidas nas Portarias nº 445/98 e 159/2019, não havendo nenhum argumento trazido pelo autuado em contrário. Também, sob o aspecto das quantidades, valores e determinação da base de cálculo nada foi questionado pelo autuado.

Desta forma, os argumentos defensivos quanto a infração 08, cingem-se a:

i) que está sendo exigido imposto incidente sobre itens já constantes em auto de infração anterior, nº 206897.0009/20-8, lavrado em 03/2020, ainda não julgado, não se podendo exigir cobrança em duplicidade do mesmo produto, citando a título de exemplo os produtos Manteiga Davaca 200g, Cerveja No Grau 350ml e Café Irecê 250g.

Tal argumento foi refutado pelo autuante sustentando que constatou que no Auto de Infração nº 206897.0009/20-8 citado pela defesa, não existe débito reclamado para este tipo de infração, o que me leva a acolher o posicionamento do autuante na medida em que o autuado não carrou aos autos elementos comprobatórios do seu argumento.

ii) O outro argumento trazido pelo autuado se relaciona a que também está sendo exigido imposto em relação a produtos utilizados para consumo próprio e material de embalagem, a exemplo do Filme PVC. Este é um argumento que, em princípio, caberia razão ao autuado, pois é sabido que esse material é também utilizado por estabelecimentos supermercadistas para embalar frios e produtos hortifrutigranjeiros. Ocorre, entretanto, que não foi trazido e comprovado pelo autuado o tratamento tributário que consignou em relação as aquisições destes produtos, se considerados

para uso próprio, sem utilização do crédito fiscal ou material de embalagem, neste caso com direito ao uso do crédito, tudo conduzindo para o fato de que as aquisições foram consideradas como compras para comercialização, com utilização do crédito fiscal e indicação do estoque final nos registros de inventário.

Apesar disto, entendo que este argumento defensivo foi acolhido pelo autuante na medida em que excluiu do levantamento todas as aquisições relacionadas a aquisições de bens para imobilizações e consumo próprio, razão pela qual acolho as exclusões levadas a efeito pelo autuante em relação as mencionadas aquisições, devidamente comprovados pelo autuante que, apesar de escrituradas incorretamente na EFD como materiais para revenda, foram excluídas do levantamento quantitativo.

Isto posto, julgo parcialmente subsistente a infração 08 no valor de R\$ 2.526,73 na forma consignada pelo autuante nos novos demonstrativos elaborados, entregues ao autuado que, apesar de cientificado, não consta nos autos que tenha se manifestado a respeito dos mesmos.

No que pertine a infração 09, foi alegado pela defesa que houve inclusão incorreta pelo autuante no levantamento quantitativo de itens não destinados à revenda, vez que se referem a material para uso e consumo próprio ou bens para o Ativo Imobilizado que, equivocadamente, foram considerados no inventário final constante no seu arquivo do SPED, citando, por exemplo, camisas para funcionários, laje pré-moldada, prateleiras, ar condicionado, dentre outros.

Tais argumentos foram analisados pelo autuante que processou as retificações julgadas pertinentes, tendo elaborado novo levantamento fiscal, que resultou em redução da presente infração para o valor de R\$ 4.270,17, cujo novos demonstrativos também foram entregues ao autuado que, apesar de cientificado, não consta nos autos que tenha se manifestado a respeito dos mesmos.

Isto posto, acolho os novos demonstrativos elaborados pelo autuante e julgo parcialmente subsistente a infração 09 no valor acima citado.

As infrações 10 e 11, são resultantes da infração 09, por isso, tal como acima consignado, acolho, pelas mesmas razões já expostas, as revisões elaboradas pelo autuante, e julgo parcialmente subsistentes ambas as infrações, sendo a infração 10 no valor de R\$ 833,55 para o ano de 2020 e R\$ 3.771,83 para o ano de 2021, totalizando o valor devido nesta infração na ordem de R\$ 4.605,38, e a infração 11, por igual, no valor de R\$ 79,64 para o ano de 2020 e R\$ 4.042,54 para o ano de 2021, totalizando o débito desta infração o valor de R\$ 4.122,18.

Observo, entretanto, em relação à infração 10, que a multa correta a ser aplicada é no percentual de 60% consoante previsão no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, ao invés da aplicada incorretamente pelo autuante no percentual de 100%, com base no inciso III, da mesma Lei, a qual fica aqui corrigida.

A infração 12, no valor de R\$ 40,58, a título de falta de pagamento de ICMS diferença de alíquota, foi alegado pela defesa não ser devida a exigência tendo em vista que houve devolução da mercadoria, no próprio mês, mediante a Nota Fiscal nº 8109, argumento este examinado pelo autuante com o devido acatamento, com o que concordo.

Infração 12 insubsistente.

A infração 13, no valor de R\$ 1.059,25, referente a imposto pago a menos por antecipação tributária total, foi pontuado pela defesa que de acordo com a planilha doc. 06, é possível se verificar que o imposto quando não recolhido pelo fornecedor, fora antecipado por sua parte. Com isso justifica ser devido apenas a quantia de R\$ 49,60 referente as Notas Fiscais nºs 61227 e 2631870.

Em sua análise, o autuante observou que o autuado somente reconheceu como devidos o imposto referente as Notas Fiscais nºs 61227 e 2631870, no total de R\$ 49,60 sob a alegação de que os valores do ICMS antecipação tributária quando não recolhido pelo fornecedor fora por ele antecipado.

Entretanto, aduziu que analisando as memórias de cálculo apresentadas pelo autuado e os DANFES nºs 69554, 71346, 73281 e 2631870, ora anexados, constatou que nas memórias de cálculo do autuado, na coluna “*Tipo da nota*”, a informação “*retido na nota fiscal*”, não consta nos DANFES o valor do ICMS substituído, assim como não existe qualquer recolhimento a título de antecipação tributária.

Por outro lado, disse assistir razão ao autuado em relação a Nota Fiscal nº 3348757, cuja ST foi efetuada pelo fornecedor, acrescentando que o produto Flanela 29x39, registrado no mês 08/21, não está incluído no Anexo 1 do RICMS/BA, sendo, por isso, excluído da autuação.

Diante disto disse que elaborou novos demonstrativos do débito remanescente no valor de R\$ 961,62, com o qual concordo, tendo em vista que o autuado, apesar de cientificado do resultado da informação fiscal, não se pronunciou.

Isto posto, voto pela subsistência parcial da presente infração no valor de R\$ 961,62 conforme demonstrativo abaixo:

INF. 13 - DEMONST. DO DÉBITO		
Mês/Ano	Vlr. Lançado	Vlr. Julgado
fev/21	59,56	59,56
mar/21	21,93	2,10
abr/21	119,28	119,02
mai/21	71,35	0,00
jun/21	60,58	60,58
jul/21	579,37	573,18
ago/21	143,51	143,51
set/21	3,67	3,67
TOTAL	1.059,25	961,62

Por fim, quanto a infração 14, no valor de R\$ 7.690,31, relacionada penalidade por falta de pagamento do imposto a título de antecipação parcial, o autuado alegou ser indevida a exigência na medida em que realizou o pagamento da antecipação parcial nos meses indicados pela autuação, doc. 07, que pode ser comprovado através dos recolhimentos com código 2175, doc. 08.

O autuante, após as análises que efetuou, apresentou as seguintes ponderações:

- As Notas Fiscais nºs 1350517, 788815, 315851, 85722 e 27042, acobertam mercadorias para uso ou consumo e imobilizado, sendo, portanto, excluídas da autuação, ficando o débito reduzido para R\$ 4.491,78.

- O autuado não considerou na sua memória de cálculo as mercadorias arroz para cachorro, Notas Fiscais nºs 194352 e 88710, fragmento de arroz, Nota Fiscal nº 85737 e mistura para bolo e achocolatado, Nota Fiscal nº 246802, enquanto que todos os recolhimentos efetuados sob o código de receita 2175, elencados no doc. 08, constam do relatório de antecipação parcial recolhida a menor ou não recolhida que elaborou.

Considerando que o autuado foi cientificado do resultado da informação fiscal, porém não se manifestou a respeito da mesma, acolho os novos levantamentos da lavra do autuante e julgo parcialmente subsistente a infração 14 no valor de R\$ 4.491,78, conforme demonstrativo abaixo:

Mês/Ano	Vlr. Lançado	Vlr. Julgado
mar/20	169,19	169,19
abr/20	26,34	13,78
jun/20	80,66	80,66
ago/20	434,65	237,89
out/20	156,73	0,00
dez/20	454,43	0,00
jan/21	1,81	0,00
fev/21	448,27	263,48
mar/21	466,54	0,00
mai/21	491,49	0,53

jun/21	506,36	32,20
jul/21	25,58	25,58
ago/21	533,19	109,43
nov/21	338,55	2,52
dez/21	3.556,52	3.556,52
TOTAL	7.690,31	4.491,78

Registro, finalmente, que em relação ao pedido do autuado para que, em caso de dúvida se interprete a norma jurídica que lhe for mais favorável, à luz do Art. 112 do CTN, não há como ser atendido visto que, ao meu entender, não remanescem dúvidas no presente julgamento.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 55.790,00, devendo ser homologado os valores já recolhidos, consoante demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO				
INFRAÇÃO	VALOR LANÇADO	VALOR JULGADO	MULTA	DECISÃO
01 – 001.002.002	125,33	17,17	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02 – 001.002.003	1.794,63	1.794,63	60%	PROCEDENTE
03 – 001.002.006	4.914,47	3.471,02	60%	PROCEDENTE EM PARTE
04 – 001.002.040	615,73	615,73	60%	PROCEDENTE
05 – 002.001.003	26.172,40	26.172,40	60%	PROCEDENTE
06 – 003.002.002	664,09	572,97	60%	PROCEDENTE EM PARTE
07 – 003.002.004	1.294,50	1.294,50	60%	PROCEDENTE
08 – 004.005.002	2.844,25	2.526,73	100%	PROCEDENTE EM PARTE
09 – 004.005.005	10.463,94	4.270,17	100%	PROCEDENTE EM PARTE
10 – 004.005.009	4.823,42	4.605,38	60%	PROCEDENTE EM PARTE
11 – 004.005.009	4.213,76	4.122,18	60%	PROCEDENTE EM PARTE
12 – 006.002.001	40,58	0,00	60%	IMPROCEDENTE
13 – 007.001.002	1.059,25	961,62	60%	PROCEDENTE EM PARTE
14 – 007.015.005	7.690,31	4.491,78	--	PROCEDENTE EM PARTE
15 – 016.001.006	873,72	873,72	--	PROCEDENTE
TOTAL	67.590,38	55.790,00		

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 **233080.0021/22-5**, lavrado contra **DAILSON ELSON DE OLIVEIRA E CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 50.424,50**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 43.627,60, e de 100% sobre R\$ 6.796,90, previstas no Art. 42, incisos VII, alínea “a”, II, alíneas “a”, e “d”, e III, e demais acréscimos legais, além das penalidades no montante total de **R\$ 5.365,50**, previstas nos incisos II, “d” e IX, do mesmo dispositivo legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA