

A. I. N° - 299130.0021/22-6
AUTUADO - ALIANÇA FORT COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12/02/2025

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0014-03/25-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO; **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; **c)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA; **d)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. 2. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 3. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. 4. OMISSÃO DE RECEITAS. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM REGISTRO FISCAL OU CONTÁBIL. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. O Autuado apresenta elementos com o condão de ilidir a irregularidade imputada, acolhidos parcialmente na informação fiscal reduzindo o valor originalmente lançado. Infrações parcialmente procedentes. Não acolhida nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 07/12/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 30.127,82, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. - 001.002.003 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a abril, junho a agosto, outubro a dezembro de 2018, janeiro, março a agosto, outubro e dezembro de 2019, no valor de R\$ 1.313,32, acrescido de multa de 60%;

Infração 02. – 001.002.006 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2018 e janeiro a dezembro de 2019, no valor de R\$ 2.889,65, acrescido de multa de 60%;

Infração 03. – 001.002.028 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, em razão de ter cometido erro na determinação da alíquota, nos meses de janeiro a dezembro de 2018, janeiro a março e julho de 2019, no valor de R\$ 1.483,52, acrescido de multa de 60%;

Infração 04. – 001.002.040 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is), nos meses de janeiro a dezembro de 2018 e janeiro a dezembro de 2019, no valor de R\$ 4.911,67, acrescido de multa de 60%;

Infração 05. – 002.001.003 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de abril, agosto, setembro e novembro de 2018, janeiro e março a novembro de 2019, no valor de R\$ 1.875,33, acrescido de multa de 60%;

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, nos meses de julho, setembro, novembro e dezembro de 2018, janeiro, fevereiro, junho, outubro a dezembro de 2019, no valor de R\$ 2.167,57, acrescido de multa de 60%;

Infração 07. – 005.005.001 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Deixou de registrar a entrada de mercadorias na escrita fiscal e na escrita contábil, levando à presunção de que omitiu saídas, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2018, janeiro a março, maio e julho a dezembro de 2019, no valor de R\$ 15.486,76, acrescido de multa de 100%.

O autuado impugna o lançamento fls.78/80 (verso). Afirma que vem, por meio de seus advogados, apresentar suas razões de defesa para o auto de infração em referência.

Infração 01

Afirma que os produtos: *preservativos, sal grosso temperado, sal rosa, sal da himalaia, sal lebre light, sal grosso temperado, arroz parabolizado, feijão carioca*, são tributados e devem ser excluídos do lançamento.

Infração 02

Os produtos *Nescau, energaizer, frango assado, milho de galinha, salgadinho galinha caipira, mini disketi de chocolate, recheado chocolate Adinor*, são tributados, e devem ser excluídos do lançamento.

Infração 03

Frisa que os produtos que descreve são tributados e estão com a carga tributária correta.

Infração 04

Afirma que nas operações realizadas, conforme relaciona, foram apurados créditos com base no percentual de 12% e se referem a aquisições de indústrias do Simples Nacional.

Infração 05

Aduz que as operações com CFOP que se referem a *devolução* são mercadorias sujeitas à substituição tributária, cuja entrada não houve apropriação de crédito. Explica que as operações com CFOP 5927 se referem a *baixa de estoque por perda*.

Afirma que as operações com os produtos que relaciona foram realizadas com *CFOP 5949*, tendo a própria autuada como destinatária, referem-se a *outras saídas* destinadas à produção no próprio estabelecimento. As operações com os produtos arrolados que foram realizadas com *CFOP 5949*, tendo a própria autuada como destinatária, referem-se a *outras saídas para uso/consumo no estabelecimento*. Não é fato gerador do ICMS.

Infração 06

Diz que as operações com CFOP 5927 se referem a *baixa de estoque por perda*. As operações com CFOP 5949, tendo a própria autuada como destinatária, referem-se a *outras saídas* destinadas à produção no próprio estabelecimento. Não é fato gerador do ICMS.

Infração 07

Afirma que as notas fiscais que relaciona foram escrituradas no mês de janeiro de 2020. Devem ser excluídas do lançamento.

Requer pela análise das razões da impugnação que as julgue procedentes.

O Autuante presta informação fiscal fls.92/102. Diz que, em razão da lavratura do Auto de Infração foi elaborada peça defensiva contestando os lançamentos efetuados.

Sobre a **Infração 01**, o atuado diz que os produtos a seguir são tributados e devem ser excluídos do lançamento: *Arroz Parb Arroz cão 5kg, Feijão Carioca Fugini Sh 250g, Sal Grosso Lebre Himalaia Gourmet 500g, Sal Grosso Temperado Filadélfia 300g, Sal Lebre Light Refinado 500g, Sal Rosa Himalaia, Sal Rosa Vovó Nize 200g.*

Declara que os itens questionados foram acatados, sendo assim, o valor da infração 01 fica alterado de R\$ 1.313,32 para R\$ 786,01, conforme demonstrativo anexo.

A respeito da **Infração 02**, a atuada afirma que os produtos a seguir são tributados e devem ser excluídos do lançamento: *Nescau Cereal Matinal Sachet 30g, Fita Empacotadora 45 Mmx45m El*

Energaizer Max; Meu Frango Assado Knorr Alho e Cebola 25g, Milho Galinha Caipira 100g, Salgadinho Mikao Galinha Caipira, Mini Disqueti Chocolate 80g, Recheado Choco Adinor 4kg.

Destaca que os itens questionados foram acatados, ficando o valor da infração 02 alterado de R\$ 2.889,65 para R\$ 2.603,52.

No que tange a **Infração 03** a defesa alega que os produtos a seguir são tributados e estão com a carga tributária correta: *Achol Mana Kim 200ml, Amendoim Poligrãos 500 G; Chocolate em Pó Sabor Beneditino 200g, Chocolate Pó Beneditino 200g; Óleo Infantil Muriel Baby Menino 100ml, Podes colorante Trad. Yama 20g, Achoc Pó 3 Corações Chocolatto 200g; Achocolatado Em Pó Claralate 200g, Nescau Light Nestle 200ml, Chocolate em Pó Nescau 2.0 A Nestle 200g, Tempero Mais Sabor Kitano Legumes 60g, Óleo Johnson 200ml, Cond Creme Pentear Queratina Nutri Hair, Chocolate em Pó Solúvel Dr. Oetker 200g, Chocolate Ovo Maltine 190g, Óleo Infantil Muriel Baby Menina 100ml, Achoc 3 Corações Chocolatto 300g, Achocolatado 3 Corações 300g, Umidificante Bebe Fofura Kids 390ml, Gelatina salon Line N/S/D/M/Cabeça 550g, Amendoim Rio Imperial 500g, Amendoim Yoki 500g, Choc Pó Decoração 0,7 Cacau Dr. Oetker 200g - Leite Estilizador Coco Novex 250ml.*

Comenta que em análise dos itens relacionados, conclui pela procedência quanto aos itens arrolados a seguir, que retira do levantamento: *Achacol Mana Kim 200ml, Amendoim Poligrãos 500 G; Podes colorante Trad. Yama 20g, Achoc Pó 3 Corações Chocolatto 200g; Achocolatado Pó Clara late 200g; Nescau Light Nestle 200ml; Tempero Mais Sabor Kitano Legumes 60g; Cond Creme Pentear Queratina Nutri Hair, Chocolate Em Pó Solúvel Dr. Oetker 200g, Achoc 3 Corações Chocolatto 300g, Achocolatado 3 Corações 300g, Gelatina salon Line /Cabeça 550g, Amendoim Rio Imperial 500g, Amendoim Yoki 500g, Leite Estilizador Coco Novex 250 ml.*

Quanto aos itens a seguir, não concorda com a argumentação de que a carga tributária ou alíquotas estão corretas, tendo em vista os fatos e fundamentos legais listados para cada produto:

- a) *Chocolate em Pó Sabor Beneditino 200g* - toda cobrança se refere a 2018. Neste ano, o produto estava na substituição tributária, Item 11.2 do Anexo I do RICMS;
- b) *Óleo Infantil Muriel Baby Menino 100ml* – a descrição do Prod/NCM não se enquadra na Instrução Normativa 05/2016 - NCM 3305.9;
- c) *Chocolate em Pó Nescau 2.0 Nestle 200g* - toda cobrança se refere a 2018. Neste ano, o produto estava na substituição tributária, Item 11.2 Anexo do RICMS;
- d) *Óleo Johnson 200 ml* – descrição do Prod/NCM não se enquadra na Instrução Normativa 05/2016 - NCM 3305.9;
- e) *Chocolate Ovo Maltine 190g* - toda cobrança se refere a 2018. Neste ano, o produto estava na substituição tributária, Item 11.2 Anexo I do RICMS;
- f) *Óleo Infantil Muriel Baby Menina 100 m* - descrição do Prod/NCM não se enquadra na Instrução Normativa 05/2016 - NCM 3305.9;
- g) *Umidificante Bebe Fofura Kids 390 ml* - descrição do Prod/NCM não se enquadra na Instrução Normativa 05/2016 - NCM 3305.9;

h) *Choc Pó Decoração 0,7 Cacau Dr. Oetker 200g* - toda cobrança se refere a 2018. Neste ano, o produto estava na substituição tributária, Item 11.2 Anexo do RICMS;

Sendo assim, o valor da infração 03 fica alterado de R\$ 1.483,52 para R\$ 1.206,44, conforme demonstrativo anexo.

Relativamente a **Infração 04**, o Autuado afirmou que nas operações que discrimina foram apurados créditos com base na alíquota de 12% nas aquisições em indústrias do Simples Nacional.

Esclarece que em análise desta alegação, constata que o direito ao crédito fiscal existe quanto aos itens relacionados às fls.79, 79v. e 80, exceto quanto aos itens a seguir relacionados, cujas justificativas elabora, conforme comprovam NF-e de nº 59, 22940, 6722, 733, 797, 723, 778, 821 cujas cópias dos DANF-e estão em anexo. Sendo assim, o valor da infração 04 fica alterado de R\$ 4.911,67 para R\$ 444,47, conforme demonstrativo que anexa.

No que tange a **infração 05** - a impugnante diz que as operações com CFOP 5927 se referem a *baixa de estoque por perda*. Diz ainda, que as operações com os produtos que relaciona foram realizadas com CFOP 5949, tendo a própria autuada como destinatária. As operações referentes a *Outras Saídas* destinadas à produção no próprio estabelecimento, não seria fato gerador do ICMS.

Cita os produtos: *Mistura Bolo Coco Dona Maria Produção, Mistura Bolo Neutro Dona Maria Produção, Mistura Bolo Chocolate Dona Maria Produção, Bolo Milho Bunge Produção, Mistura Para Bolo Milho D Maria Produção, Mistura p Pão de Queijo Adinor Produção e Mistura Bolo Chocolate Dona Maria Produção.*

Por fim, o defendente diz que as operações com os produtos a seguir arrolados foram realizadas com CFOP 5949, tendo a própria autuada como destinatária, referem-se a *Outras Saídas* para uso/consumo no estabelecimento. Relaciona: *Suco Necta da Fruta Laranja Pet, Achocolatado Todynho 200ml, Suco Frutas Cítricas Tampico Gf, Suco Marata Uva 200ml, Tapioca 450g, Bebida Láctea Olá Uht 1l, Nescau Prontinho 200ml, Ponta de Agulha Kg, Citros Laranja Frutas Cítricas.*

Explica que em relação às operações com CFOP 5927, acata alegação da defesa de que se referem a *baixa de estoque por perda* e retira os itens com o referido CFOP do demonstrativo de cálculo. No tocante às operações em que o contribuinte diz que se referem a *saídas destinadas à produção* no próprio estabelecimento, esclarece que, nestes casos, o Autuado se caracteriza como um adquirente dos produtos para industrialização e posterior revenda, as saídas destes itens deveriam ocorrer com destaque do imposto, isto porque o contribuinte se creditou na aquisição de todos os referidos itens. Além disso, verificando suas saídas não consta tributação de bolos ou de pães.

Sustenta que o mesmo raciocínio se aplica às saídas que, segundo a defesa, se referem a *outras saídas para uso/consumo no estabelecimento*. Nestes casos, a empresa está na mesma posição de qualquer outro destinatário final da mercadoria. A este respeito, cita o Parecer DITRI nº 6863 de 25/03/2013, que transcreve.

Sendo assim, não acolhe as alegações quanto ao CFOP 5949 e o valor da **infração 05** fica alterado de R\$ 1.875,33 para R\$ 1.075,70, conforme demonstrativo anexo.

Sobre a **Infração 06** – o contribuinte afirma que as operações com CFOP 5927 se referem a *baixa de estoque por perda*. As operações com CFOP 5949, tendo a própria autuada como destinatária, referem-se a *outras saídas* destinadas à produção no próprio estabelecimento.

Salienta que no tocante às operações com CFOP 5927, como na infração anterior, acata a alegação de que se refere a *baixa de estoque por perda* e retira os itens com o referido CFOP do demonstrativo de cálculo. No que se refere a operações de *saídas destinadas à produção* no próprio estabelecimento do contribuinte, vale o entendimento já manifestado anteriormente na infração 05. Estas saídas devem seguir os mesmos trâmites das demais saídas, ou seja, a dos itens para a formação do *kit*, transformação dentro do estabelecimento etc. deverá ser documentada mediante a emissão de nota fiscal eletrônica emitida em seu próprio nome, com o CFOP 5.926,

documento que deve, necessariamente, ser emitido em consonância com as disposições contidas no Convênio SINIEF S/Nº/70, art. 19 e RICMS -BA/12, art. 96. A este respeito, cita, mais uma vez, o Parecer DITRI nº 6863 de 25/03/2013, conforme transcreve.

Conclui que o valor da **infração 06** fica reduzido de R\$ 2.167,57 para R\$ 1.286,54, conforme demonstrativo em anexo.

Sobre a **Infração 07** – a Autuado afirma que as notas fiscais que relaciona foram escrituradas no mês de janeiro de 2020 e devem ser excluídas do lançamento.

Diz que a alegação defensiva foi acatada, sendo as notas lançadas em 2020 excluídas do demonstrativo, implicando redução de R\$ 3.898,61, conforme tabela que elabora. Assim, conclui que o valor da **infração 07** fica reduzido de R\$ 15.486,76 para R\$ 11.588,15, conforme demonstrativo que anexa.

Conclui que diante das contestações da autuado e das contra argumentações apresentadas, o novo demonstrativo de débito do Auto de Infração é procedente em parte conforme tabela que elabora.

Retorna o presente auto ao órgão preparador para intimar o contribuinte, a fim de que tome ciência da Informação Fiscal no prazo estabelecido na legislação.

O autuado volta a se manifestar fls. 158/159, diz que vem apresentar suas razões de defesa para o auto de infração em referência.

Diz que em relação a Infração 01, o auditor acatou suas alegações.

Sobre a Infração 02, alegações defensivas também acatadas.

No que tange a Infração 03, o auditor acatou parcialmente suas alegações. Quanto à parte não acatada, diz que mantém sua posição pela respectiva fundamentação. Os produtos *Chocolate em Pó Sabor Beneditino*; *Chocolate em Pó Nescau 2.0 Nestle 200G*; *Chocolate Ovo Maltine*; *Choc Pó Decoração 0,7 Cacau D. Oetker 200G*, são produtos achocolatados. Não estão inseridos no item 11.2 ou no item 11.4 do Anexo 1 do RICMS;

Os produtos: *Óleo Infantil Muriel Baby Menino 100ml*, *Óleo Johnson 200ML*, *Óleo Infantil Muriel Baby Menina 100ML*; *Umidificante Bebe Fofura Kids 390ml*, se enquadram no NCM 3304.99.90.

No que diz respeito a **Infração 04**, aduz que o auditor acatou parcialmente suas alegações. Quanto à parte não acatada, mantém sua posição, pois o direito ao crédito é *presumido*, não havendo necessidade de indicação do ICMS no campo de *informações complementares* ou que o ICMS informado seja inferior ao crédito presumido de 12%. É crédito presumido.

Sobre a **Infração 05**, o auditor acatou parcialmente suas alegações. Quanto à parte não acatada, mantém sua posição, pois não ocorreu fato gerador do ICMS.

A respeito da **Infração 06** afirma que o auditor acatou parcialmente suas alegações. Quanto à parte não acatada, mantém sua posição, pois não ocorreu fato gerador do ICMS.

Relativamente a **Infração 07**, diz que o auditor acatou parcialmente suas alegações e excluiu do demonstrativo as NF-e inicialmente indicadas.

Sobre o novo demonstrativo apresentado, tem a considerar:

a) o cálculo da proporcionalidade (IN nº 56/2007), em seu entendimento, está errado, pois deve considerar tão somente as operações que se refiram à efetiva saída; logo, deve-se considerar somente os CFOP 5102, 5405 e 5910;

b) a apuração do percentual de proporcionalidade deve considerar o período de apuração mensal, e no demonstrativo foi utilizado um único percentual para todos o período de apuração lançado na infração 07.

Assim, requer a análise das razões de impugnações e ao final as julgue procedentes.

O Auditor Fiscal presta uma nova informação fiscal fls.165/166. Informa que com referência ao questionamento da recorrente quanto ao critério empregado no cálculo da proporcionalidade da **infração 07**, modifica o critério de cálculo, e passa a adotar os CFOP de saídas, calculados mensalmente e aplicados sobre as mesmas notas não escrituradas, conforme planilhas de fls. 167/173. Assim, o valor da **infração 07** fica reduzido de R\$ 15.486,76 para R\$ 11.569,12 conforme demonstrativos que anexa.

Diante das contestações da autuado e das contra argumentações apresentadas, o novo demonstrativo de débito do Auto de Infração conforme tabela que elabora deve ser acolhida.

O contribuinte volta a intervir no processo, fl. 182, afirma que o auditor fiscal modificou a sistemática de cálculo da proporcionalidade, porém ainda considerada operações que entende não devem ser consideradas.

Aponta que o cálculo da proporcionalidade (IN nº 56/2007), no seu entendimento está errado, pois deve considerar tão somente as operações que se refiram à efetiva saída; logo, deve-se considerar somente os CFOP 5102, 5405 e 5910.

O Autuante se manifesta novamente, fl. 185. Anota que ciente da manifestação do contribuinte observa, no entanto, que, no tocante ao cálculo da proporcionalidade, a instrução normativa nº 56/2007 não faz nenhuma referência aos CFOP a serem considerados no cálculo, portanto o entendimento do contribuinte está equivocado.

Retorna o auto ao órgão preparador para encaminhamento ao CONSEF.

Cabe registrar na sessão de julgamento, a presença de Dr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos, OAB/BA nº 26.397, que realizou a sustentação oral.

VOTO

Após analisar as peças componentes do presente PAF, verifico que o lançamento de ofício se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Os aspectos formais de todas as infrações registradas pela fiscalização foram devidamente atendidos e as irregularidades apuradas estão formalmente caracterizadas. O Autuado tomou ciência de que seria fiscalizado conforme Termo de Início da Ação Fiscal fl. 16, demonstrativos que dão suporte as infrações fls. 22/65, entrega dos arquivos ao Autuado fl. 66 e Ciência do Auto fl. 73. Dessa forma, foi oportunizado ao defendente o contraditório e a ampla defesa, sem qualquer cerceio ao seu direito constitucional.

Nessa esteira, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração. Encontram-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para que se decrete sua nulidade.

No mérito, a **infração 01** trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. A **infração 02** refere-se utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária.

Ante a defesa apresentada com os respectivos elementos comprobatórios, o Autuante acolheu os argumentos defensivos e ajustou o levantamento fiscal, reduzindo estas infrações para os valores de R\$ 786,01 e R\$ 2.603,52 respectivamente. Considerando que cessou a lide a respeito desses itens, as infrações 01 e 02 são parcialmente subsistentes, nos termos do levantamento fiscal ajustado.

A **infração 03** acusa o Autuado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, em razão de ter cometido erro na determinação da alíquota.

O defendente afirmou, que analisando o levantamento fiscal uma série de produtos conforme relacionou, constam ali de forma indevida visto que tais itens não se encontravam enquadrados no regime de substituição tributária.

Em sede de informação fiscal, o Autuante afirmou, que em análise dos itens relacionados, concluiu pela procedência parcial da defesa, excluindo do demonstrativo de débito aqueles em que a alegação defensiva se encontra em consonância com a legislação vigente a época dos fatos. Quanto aos itens que relacionou, não concorda com a argumentação de que a carga tributária ou alíquotas estão corretas, tendo em vista os fatos e fundamentos legais listados para cada produto. São eles: *Chocolate em Pó Sabor Beneditino 200g*, *Chocolate em Pó Nescau 2.0 Nestle 200g*, *Chocolate Ovo Maltine 190g*, *Choc Pó Decoração 0,7 Cacau Dr. Oetker 200g* - toda cobrança se refere ao exercício de 2018. Neste ano, tais produtos estavam na substituição tributária, item 11.2 do Anexo I do RICMS. Sobre os produtos: *Óleo Infantil Muriel Baby Menino 100ml*, *Óleo Johnson 200 ml*, *Óleo Infantil Muriel Baby Menina 100 ml*, *Umidificante Bebe Fofura Kids 390 ml*, as descrições desses Prod/NCM não se enquadram nas disposições da Instrução Normativa 05/2016 - NCM 3305.9. Portanto, o uso do crédito foi indevido.

Ajustou o demonstrativo excluindo as mercadorias cujos argumentos defensivos foram acatados e o valor da **infração 03** ficou alterado de R\$ 1.483,52 para R\$ 1.206,44.

Assim, acato os argumentos do Autuante, visto que estão em acorde com a legislação de regência, portanto, esta infração é parcialmente procedente conforme demonstrativo elaborado quando da informação fiscal.

A **Infração 04** refere-se a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is).

O defendente apresentou entendimento de que nesta infração, teria direito a se creditar de 12%, para as notas que tratam de aquisições em indústrias do Simples Nacional.

O Autuante esclareceu que em análise desta alegação, constatou que o direito ao crédito fiscal, de fato, existe quanto aos itens relacionados às fls. 79, 79v. e 80, exceto quanto as mercadorias consignadas dos documentos fiscais, NF-e de nº 59, 22940, 6722, 733, 797, 723, 778, 821 cujas cópias dos DANF-e estão em anexo. Sendo assim, o valor da infração 04 ficou alterado de R\$ 4.911,67 para R\$ 444,47, conforme demonstrativo que anexou.

Acolho o levantamento ajustado pelo Autuante e declaro essa infração parcialmente procedente.

A **Infração 05** acusa o contribuinte de falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Na **Infração 06** o Autuado recolheu a menos ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Nas duas infrações, o Autuado alegou que as operações com CFOP 5927 se referem a *baixa de estoque por perda*. As operações com CFOP 5949, teve a própria autuada como destinatária. As operações referentes a *Outras Saídas* foram destinadas à produção no próprio estabelecimento, não seria fato gerador do ICMS. Citou os produtos.

Na informação fiscal o Autuante explicou, que em relação às operações com CFOP 5927, acatou alegação da defesa de que se referem a *baixa de estoque por perda* e retirou os itens com o referido CFOP do demonstrativo de cálculo.

No tocante às operações em que o contribuinte disse que se referem a *saídas destinadas à produção* no próprio estabelecimento, esclareceu que, nestes casos, o Autuado se caracteriza como um adquirente dos produtos para industrialização e posterior revenda, as saídas destes itens deveriam ocorrer com destaque do imposto, isto porque o contribuinte se creditou na aquisição de todos os referidos itens. Além disso, verificando suas saídas não consta tributação de bolos ou de pães.

Informou que o mesmo raciocínio se aplica às saídas que, segundo a defesa, se referem a *outras saídas para uso/consumo no estabelecimento*. Nestes casos, a empresa está na mesma posição de qualquer outro destinatário final da mercadoria. A este respeito, citou o Parecer DITRI nº 6863 de 25/03/2013. Não acolheu as alegações quanto ao CFOP 5949 e o valor da **infração 05** fica alterado de R\$ 1.875,33 para R\$ 1.075,70, conforme demonstrativo anexo.

Sobre a **Infração 06** no tocante às operações com CFOP 5927, como na infração anterior, acatou a alegação de que se refere a *baixa de estoque por perda* e retirou os itens com o referido CFOP do demonstrativo de cálculo. No que se refere a operações de *saídas destinadas à produção* no próprio estabelecimento do contribuinte, afirmou que vale o entendimento já manifestado anteriormente na infração 05. Explicou que estas saídas devem seguir os mesmos trâmites das demais saídas, ou seja, a dos itens para a formação do *kit*. A transformação dentro do estabelecimento, deverá ser documentada mediante a emissão de nota fiscal eletrônica emitida em seu próprio nome, com o CFOP 5.926, documento que deve, necessariamente, ser emitido em consonância com as disposições contidas no Convênio SINIEF S/Nº/70, art. 19 e RICMS -BA/12, art. 96. Sobre o tema citou o Parecer DITRI nº 6863 de 25/03/2013. Assim, disse que o valor da **infração 06** fica reduzido de R\$ 2.167,57 para R\$ 1.286,54, conforme demonstrativo que anexou.

Da análise dos elementos que compõem estas infrações, reproduzo trecho do Parecer DITRI nº 6863 de 25/03/2013, para maior clareza:

“Quanto às saídas dos kits realizadas dentro das dependências do Consulente, a informação é que devem seguir os mesmos trâmites das demais saídas, apenas, como se tratam de várias mercadorias, os documentos fiscais relativos a essas vendas, devem, necessariamente, ser emitidos em consonância com as disposições contidas no Convênio SINIEF S/Nº/70, art. 19, inciso IV, alínea “d”, ou seja, com a inserção no campo “Dados do Produto”, de todos os elementos de identificação de cada item que forma o kit, indicados nos referidos dispositivos, inclusive a unidade de medida utilizada para a quantificação; a quantidade dos produtos; o valor unitário; e os respectivos códigos NCM. Assim sendo, a empresa deverá cadastrar no ECF cada componente do “kit” na forma acima referida.”

É importante registrar, que conforme determina a legislação de regência, no caso das infrações 05 e 06, quando da baixa de estoques, no que se refere a operações de saídas destinadas à produção na própria empresa, o contribuinte deve emitir a nota fiscal destinada ao próprio estabelecimento e fazer constar no corpo do documento, a informação descritiva da operação indicando o estorno de crédito lançado quando da entrada das mercadorias. Verifico que não consta deste processo elementos que comprovem que o defendente tenha tomado esta providência.

Neste cenário, acolho os novos demonstrativos elaborados pela fiscalização, pois estão de acordo com a legislação que rege a matéria. Dessa forma, as infrações 05 e 06 são parcialmente subsistentes, conforme demonstrativo ajustado pelo Autuante.

Por fim, a **infração 07** acusa o Autuado de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Deixou de registrar a entrada de mercadorias na escrita fiscal e na escrita contábil, levando à presunção de que omitiu saídas de mercadorias tributadas.

Sobre esta infração, o sujeito passivo apontou algumas notas fiscais que estariam registradas no ano seguinte àquele fiscalizado e por isso deveriam ser excluídas do levantamento fiscal.

Quando da informação fiscal, o Autuante após verificar a veracidade da alegação defensiva, excluiu as notas apontadas do demonstrativo de débito.

Ao tomar ciência desses ajustes, o defendente questionou o cálculo da proporcionalidade (IN nº 56/2007). Disse que em seu entendimento, deve-se considerar, tão somente as operações que se refiram à efetiva saída, portanto, somente os CFOP 5102, 5405 e 5910. Além disso, afirmou que a apuração da proporcionalidade deveria considerar o período de apuração mensal, e no

demonstrativo foi utilizado um único percentual para todos os períodos de apuração da infração 07.

O Autuante concordou com a alegação defensiva e modificou o critério de cálculo, passando a adotar os CFOP de saídas, calculados mensalmente e aplicados sobre as mesmas notas não escrituradas, conforme planilhas de fls. 167/173. Assim, o valor da **infração 07** ficou reduzido de R\$ 15.486,76 para R\$ 11.569,12 conforme demonstrativos que anexou.

Considerando que a conclusão do Autuante está em consenso com a contestação e provas apresentadas pelo Autuado, acato o novo demonstrativo ajustado pelo Autuante e esta infração é parcialmente procedente.

Nesta esteira, o lançamento de ofício adquiriu a seguinte configuração:

Infrações	Vl. Lançado	Após julgamento	Decisão
Infração 01	1.313,32	786,01	Procedente Parte
Infração 02	2.889,65	2.603,52	Procedente Parte
Infração 03	1.483,52	1.206,44	Procedente Parte
Infração 04	4.911,67	444,47	Procedente Parte
Infração 05	1.875,33	1.075,70	Procedente Parte
Infração 06	2.167,57	1.286,54	Procedente Parte
Infração 07	15.486,76	11.569,12	Procedente Parte
TOTAL	30.127,82	18.971,80	

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE 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 299130.0021/22-6, lavrado contra **ALIANÇA FORT COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.971,80**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$ 7.402,68 e 100% sobre R\$ 11.569,12, previstas no inciso VII, alínea “a”, inciso II, alíneas “a” e “f” e inciso III, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2025.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR