

**A. I. N.º** - 128862.0021/06-5  
**AUTUADO** - INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS MARATÁ LTDA.  
**AUTUANTE** - AGNALDO SÉRGIO RAMOS ROCHA  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 14/05/2008

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N.º 0140-03/08**

**EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. a)** DESENCONTRO ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS E RECOLHIDOS. RECOHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado reconheceu o ilícito tributário apontado pelo autuante, recolhendo o imposto correspondente. Infração comprovada. **b)** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração imputada não se coaduna com a descrição dos fatos apurados. Infração nula. **2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Autuado reconheceu o ilícito tributário apontado pelo autuante, recolhendo o imposto correspondente. Infrações comprovadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/09/2006, reclama ICMS no valor de R\$232.536,50, com aplicação das multas de 50%, 60% e 70%, pelas seguintes irregularidades:

Infração 01- Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Total do débito: R\$101.611,84, com aplicação da multa de 60%.

Infração 02- Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Total do débito: R\$54.122,95, com aplicação da multa de 50%.

Infração 03- Falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior aos das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, considerando para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Total do débito: R\$34.581,78, com aplicação da multa de 70%.

Infração 04- Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Total do débito: R\$42.219,93, com aplicação da multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação, às folhas 46/52, discorrendo inicialmente sobre a infração 02, e o seu enquadramento legal. Entende que o representante do fisco antes de autuar deveria intimar o contribuinte por escrito, para prestar em prazo razoável todos os esclarecimentos necessários, da origem ou causa das diferenças apuradas, sendo tal medida imperativa em face do princípio do contraditório insculpido na Constituição Federal. Diz que impetrou no ano de 2005, Mandado de Segurança de nº 688954-9/2005, por intermédio do qual foi concedida a segurança pretendida, no sentido de poder comercializar os seus produtos em condições de igualdade com as empresas que produzem café torrado e moído dentro do Estado da Bahia, não só com relação à incidência do tributo, quanto no tocante à proibição de se submeterem ou sofrerem autuações. Acrescenta que a sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça da Bahia, por meio do Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível de nº 43.747-9/2005, através do qual ficou determinado que para o cálculo do imposto deveria ser utilizada a alíquota de 7%, para a comercialização do café no Estado da Bahia, diante da inconstitucionalidade flagrante contida no artigo 87, XIV do RICMS-BA, que concede redução de base de cálculo apenas para estabelecimentos industriais situados neste Estado. Salienta que o Convênio ICMS 128/94, expedido pelo CONFAZ, autoriza a redução de carga tributária para a alíquota de 7%, para os produtos que compõem a cesta básica, e a vedação ínsita no RICMS-BA, fere o princípio constitucional da isonomia. Entende que como conseqüência da aplicação da alíquota reduzida, tem de fato, um crédito de imposto, e que os referidos créditos decorrem da aplicação correta da alíquota autorizada. Discorre sobre o caráter confiscatório da multa aplicada, entendendo que fere o princípio da proporcionalidade, violando a um só tempo os artigos 145, §1º e 150, IV da CF/88. Cita e transcreve, ensinamentos de Luis Emigdio F. da Rosa Junior, Ives Gandra Martins, Sacha Calmon Navarro Coelho e José Orlando Rocha de Carvalho, além de citar os artigos 163 e 186 do CTN. Finaliza, requerendo a nulidade do Auto de Infração e expurgada a multa fiscal.

O autuante, por sua vez, presta informação fiscal à folha 107, dizendo que a empresa já reconheceu e pagou parte do Auto de Infração, contestando, apenas a infração 02, sob a alegação de que por força de liminar a alíquota a ser aplicada na comercialização de café no Estado da Bahia seria de 7%. Aduz que esta infração diz respeito à diferença encontrada na sua Conta Corrente Fiscal, no valor de R\$54.122,95, e que não houve descumprimento à decisão judicial. Salienta que o autuado não trouxe qualquer documento ou levantamento para elidir o valor apurado pela fiscalização. Conclui, mantendo integralmente a exigência fiscal para esta infração.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal, decidiu converter o presente processo em diligência à PGE/PROFIS, solicitando que seja informada a real situação da demanda judicial objeto do Mandado de Segurança 688954-9/2005 (fls. 58/61) e Apelação Cível de nº 43747-9/2005 (fls. 62/64).

A Procuradora do Estado Adriana L. Viana D. Andrade, se pronunciou através de Despacho à folha 122, dizendo que o Mandado de Segurança 688954-9/5005, se encontra em fase de recurso de Agravo de Instrumento pelo Estado da Bahia, vez que a sentença proferida em desfavor do Estado da Bahia, foi confirmada pelo TJ-BA.

Consta à folha 126, extrato do Sistema SIGAT, indicando o pagamento do valor principal de R\$178.413,55, correspondente as infrações 1,2,1 e 4.

## **VOTO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigência de ICMS relativo a quatro irregularidades já descritas no relatório.

Da análise das peças processuais verifico que o autuado não impugnou as infrações 01, 03 e 04, por isso, considero procedentes as infrações não contestadas por inexistência de controvérsias. Com relação à infração 02, observo que o autuado ajuizou Mandado de Segurança de nº 688954-9/2005 (fls. 58/61), julgada em desfavor do Estado da Bahia pela 3ª Vara de Fazenda Pública, sendo confirmada a segurança pelo TJ na Apelação Cível de nº 43747-9/2005 (fls. 62/64). Em tal demanda o impugnante insurge-se contra a redação prevista no artigo 87, XIV, do RICMS-BA, que permite o benefício de redução da base de cálculo em 58,825% nas operações internas de café torrado ou moído, apenas para as indústrias estabelecidas no Estado da Bahia. Aduz que as operações com os referidos produtos devem ser tributadas pela alíquota de 7%. Tal dispositivo legal reproduzo abaixo:

Art. 87 (...)

*XIV - das operações internas com café torrado ou moído, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado, desde que por ele produzido, calculando-se a redução em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 7% (sete por cento).*

Entende no seu arrazoado que tal discriminação tributária fere o princípio da isonomia previsto no artigo 152 da Constituição Federal, argumento acolhido pelo Judiciário baiano. Verifico, ainda, que o Estado da Bahia interpôs Recurso Especial ao STJ e Recurso Extraordinário ao STF contra a decisão exarada, sendo negado o provimento aos recursos. Através de Agravo de Instrumento, a Procuradoria Fiscal- Profis recorreu desta decisão, conforme informação acostada aos autos à folha 122.

Constato que o autuante elaborou demonstrativo à folha 17, reconstituindo a Conta Corrente do ICMS do autuado. Deduzo que este levantamento fiscal foi elaborado a partir do mês de julho de 2005, pois a acusação fiscal não está clara, o autuante estornou os créditos fiscais relativos à aplicação da alíquota de 7%, decorrente da decisão proferida pela 3ª Vara de Fazenda Pública. Tal estorno de crédito fiscal está previsto no artigo 100, II, do RICMS-BA, e ratificado por decisão do STF quando do julgamento do RE 174.478-SP, no dia 17/03/05, considerando que a redução de base de cálculo do ICMS equivaleria a isenção, mais precisamente, a isenção "parcial". O Plenário do Supremo entendeu que o mecanismo que reduz a base de cálculo do ICMS na saída de produtos industrializados e, em contrapartida, prevê o estorno, na mesma proporção, dos créditos do imposto recolhido na entrada de insumos, estaria perfeitamente de acordo como espírito do tributo, que é o de sujeição ao princípio da não-cumulatividade.

*EMENTA. TRIBUTO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS. ICMS. Créditos relativos à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução de base de cálculo. Caso de isenção fiscal parcial. Previsão de estorno proporcional. Previsão de estorno proporcional. Constitucionalidade reconhecida. Segurança denegada. Improvimento ao recurso. Aplicação do art. 155, § 2º, II, letra “b”, da CF.*

Entretanto, a acusação fiscal descrita no Auto de Infração, não se coaduna com a infração efetivamente apurada ferindo, com isso, o princípio do contraditório e da ampla defesa eis que o autuado não compreendeu a exigência fiscal perpetrada no lançamento de ofício.

Observo que o autuante descreve no Auto de Infração que o sujeito passivo “deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios”,

sendo tal infração relativa ao mês de julho de 2005, no valor de R\$54.122,95. Constatado que o autuado acostou ao processo cópias das páginas 14 e 15 do livro Registro de Apuração do ICMS (folhas 88/89), e não se verifica a escrituração do referido valor como saldo devedor do ICMS, eis que no mês de julho 2005, indica a ocorrência de saldo credor no valor de R\$8.346,47. Também não enquadra corretamente a infração imputada, citando o dispositivo legal descumprido relativo à falta de estorno proporcional do crédito fiscal. No corpo do lançamento de ofício o autuante indica como dispositivo infringido o artigo 124, I do RICMS-BA, que estabelece as datas de recolhimento do imposto.

Nessa esteira, entendo que o autuante poderia ter exigido o imposto por falta de estorno proporcional do crédito fiscal em razão de saídas subsequentes com redução de base de cálculo, com base no artigo 100, II, do RICMS-BA, evitando a decadência do crédito tributário, eis que tal matéria encontra-se *sub judice* na esfera do STF e STJ.

*Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:*

*I - forem objeto de operação ou prestação subsequente isenta ou não tributada, sendo essa circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;*

*II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;*

A nulidade processual se verifica nesta infração em razão da falta de segurança para se determinar a infração imputada consoante disposto no artigo 18, IV, “a” do RPAF-BA, e nos termos do artigo 21 do mencionado diploma legal, recomendo à autoridade administrativa a repetição dos atos a salvo de falhas e incorreções, com o objetivo de evitar a decadência do crédito tributário, permanecendo com sua exigibilidade suspensa até o trânsito em julgado da demanda.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO N.º	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	101.611,84
02	NULA	-
03	PROCEDENTE	34.581,78
04	PROCEDENTE	42.219,93
TOTAL		178.413,55

## 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- **128862.0021/06-5**, lavrado contra **INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS MARATÁ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$178.413,55**, acrescido das multas de 70%, sobre R\$34.581,78, e de 60% sobre R\$143.831,77, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “b” e “e”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos. Recomendação para que seja renovado o procedimento fiscal em relação a segunda infração, julgada nula.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2008.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA