

PROCESSO	- A. I. N° 147771.0002/09-1
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. (HIPER G. BARBOSA)
RECORRIDOS	- G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. (HIPER G. BARBOSA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0070-04/11
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 22/09/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0262-11/11

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **a)** PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. **a.1)** DOCUMENTOS FISCAIS CAPTURADOS DO CFAMT. **a.2)** DOCUMENTOS FISCAIS REGISTRADOS NO SINTEGRA. Acusações afastadas em parte, pois o sujeito passivo logrou demonstrar a devolução de algumas mercadorias objeto dos lançamentos. Infrações 1 e 4 parcialmente elididas. **b)** MULTA. 10% SOBRE O VALOR DAS MERCADORIAS. Computadas, no levantamento fiscal, notas relativas a contribuinte distinto do fiscalizado. Infração descaracterizada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Não é pertinente a extensão do benefício previsto para produtos derivados do leite (art. 87, XXVIII do RICMS/BA), conforme deseja o sujeito passivo. O comando regulamentar é explícito ao determinar a redução da base de cálculo nas operações internas com produtos derivados do leite realizadas por fabricantes situados neste Estado, requisito não preenchido pelo autuado, que é estabelecimento de comércio, e não produtor. Infração parcialmente elidida após revisão fiscal. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado que alguns dos produtos objeto do lançamento não estavam – à época dos fatos – sujeitos ao regime de substituição tributária. Infração parcialmente descaracterizada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Fato demonstrado nos autos. Infração caracterizada. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Não procede o argumento do impugnante de que esta infração é absorvida pela anterior, visto que o imposto que foi lançado na infração 09 diverge daquele da infração 08. Isso porque trata de ICMS por antecipação incidente nas operações sujeitas ao regime de substituição, cujo tributo devido, de responsabilidade solidária, relativo à entrada sem documentos fiscais, foi calculado através de levantamento quantitativo de estoques. Infração 09 parcialmente elidida após revisão fiscal. Indefe-

rido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recursos de Ofício e Voluntário apresentados contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0070-04/11, que julgou Procedente em Parte o presente processo, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 9 infrações, sendo objeto do Recurso Voluntário as infrações descritas nos itens 8 e 9, e objeto do Recurso de Ofício as infrações previstas nos itens 1, 3, 4, 5, 6 e 9:

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas. Notas fiscais não lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, coletadas no sistema CFAMT (Controle Fiscal de Mercadorias em Trânsito, fls. 14e 15 e 200 a 226). Valor exigido de R\$ 39.360,72. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 – Entradas de mercadorias tributáveis no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais de transferências de mercadorias de outras unidades da Federação não lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, coletadas no sistema CFAMT (Controle Fiscal de Mercadorias em Trânsito, fls. 14e 15, 200 a 226 e 263). Multa de 10% sobre o valor das operações omitidas (R\$ 1.144,56), prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas. Documentos fiscais de entradas não lançados no livro próprio, apurados através das vias de fls. 227 a 250, constantes do SINTEGRA (Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias). Demonstrativo às fls. 16, 17 e 263. Valor exigido de R\$ 21.511,53. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 – Recolhimento a menor do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível. Saídas através de equipamentos emissores de cupons fiscais (ECF). Demonstrativo às fls. 18, 24 e 263. Valor exigido de R\$ 53.312,86. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 – Utilização indevida de crédito fiscal, referente a mercadorias adquiridas sujeitas ao regime de substituição por antecipação ou à isenção. Demonstrativos às fls. 25 a 31e documentos às fls. 251 a 263. Valor exigido de R\$ 5.921,49. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 8 – Falta de recolhimento do tributo relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado. Exercício de 2006. Demonstrativos às fls. 181 a 189 e 263. Valor exigido de R\$ 226.715,14. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96 e;

INFRAÇÃO 9 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas à substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado. Demonstrativos às fls. 76 a 180 e 263. Exercício de 2006. Valor exigido de R\$ 40.093,55. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Em sede de Primeira Instância, a JJF inicialmente consignou que as infrações descritas nos itens 2 e 7 foram expressamente acatadas pelo sujeito passivo, não havendo lide em relação as mesmas, ao tempo que rechaça as arguições de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, asseverando que o “*..autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico*”, ainda não havendo qualquer violação ao

princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros princípios, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

No mérito, assim se manifestou o Relator da JJF quanto às infrações objeto dos presentes Recursos de Ofício e Voluntário, em síntese:

INFRAÇÃO 1:

“...com relação à primeira infração, o autuante apresentou demonstrativo de débito às fls. 14 e 15, bem como notas fiscais às fls. 200 a 226, todas originais, com exceção daquelas de fls. 205, 206 e 213, que dizem respeito a transferências entre unidades de Feira de Santana e Alagoinhas e o estabelecimento autuado. O contribuinte entende que a infração é nula e improcedente. Nula em função da dupla exigência do imposto referente à nota fiscal número 750.892 (fl. 212), nas duas primeiras infrações. Improcedente devido aos supostos fatos de que foram escrituradas algumas das notas fiscais apontadas no levantamento e das devoluções de produtos a fornecedores, conforme explicitou às fls. 278 / 279 (notas fiscais números 175.959, 5.373, 6.748, 8.742 e 5.597). Com relação à nota fiscal 750.892 (fl. 212), não merece abrigo a argüição de nulidade do lançamento de ofício, de vez que o que se exige é o ICMS decorrente da presunção da omissão de receita empregada no pagamento da aquisição de mercadoria não registrada (na infração 01), e ICMS por substituição, com base na margem de valor adicionado de 35%, na infração 02, nos termos dos cálculos apostos à fl. 14. A nota fiscal 175.959 não foi objeto de autuação nessa infração, consoante se depreende da análise do respectivo levantamento, de fls. 14 e 15. Os argumentos relativos às notas fiscais 5.373, 6.748 e 8.742 foram acatados pelo autuante, em virtude da prova do não recebimento das mesmas. Não ficou comprovada a devolução da nota fiscal nº 5.597. Com efeito, o documento anexado à defesa (doc. 05), uma mera declaração, não é suficiente para demonstrar de forma intransponível a devolução das mercadorias, além do que não comprova o cumprimento do quanto exigem os artigos 651 a 654 do RICMS/97. Assim, acato o levantamento de fl. 984, elaborado pelo autuante na informação fiscal, de maneira que o imposto exigido na infração 01 fique reduzido de R\$ 39.360,72 para 27.346,87.”.

INFRAÇÃO 3:

“O autuante acolheu as razões de impugnação e a infração 03 restou afastada após a informação fiscal, uma vez que o contribuinte logrou demonstrar que as notas fiscais de números 348.604 e 348.652 foram destinadas a outros estabelecimentos. Infração 03 descaracterizada.”.

INFRAÇÃO 4:

“...o autuado comprovou que as mercadorias constantes da nota fiscal 6.174 não ingressaram em seu estabelecimento, tendo retornado ao remetente, conforme documento de devolução emitido pelo fornecedor (doc. 07 da impugnação, fl. 426, campo “Dados Adicionais”). Também ficou comprovada a escrituração da nota fiscal 175.959 (doc. 03, fl. 407). Registre-se que, apesar de as informações terem sido originadas do sistema SINTEGRA, o sujeito passivo não negou as operações de aquisição. Em face do exposto, acato o levantamento realizado pelo autuante à fl. 985, de modo que o imposto exigido nessa infração reste modificado de R\$ 21.511,53 para R\$ 13.491,76. Infração 04 parcialmente elidida.”.

INFRAÇÃO 5:

“... entendo que não é pertinente a extensão do benefício previsto para produtos derivados do leite (art. 87, XXVIII do RICMS/BA), conforme deseja o sujeito passivo. O comando regulamentar é explícito ao determinar a redução da base de cálculo nas operações internas com produtos derivados do leite realizadas por fabricantes situados neste Estado, requisito não preenchido pelo autuado, que é estabelecimento de comércio, e não produtor. Não há que se falar em agressão ao princípio da isonomia, com relação ao entendimento acima expandido, pois o mencionado cânones constitucional visa à equiparação daqueles que não são equiparados sob o prisma social e econômico. Não se pode colocar em um mesmo patamar os produtores rurais, em regra, hipossuficientes, e as grandes redes de supermercados. Quanto às demais argumentações defensivas, todas foram acatadas pelo autuante, a exemplo daquelas relativas aos produtos “Espetinho Aurora” e “Espetinho Boni”, sujeitos ao regime de substituição tributária. Nessa linha, também foram acatadas as alegações defensivas de que o produto “Leite de Soja” está enquadrado na redução da base de cálculo para 58,825%, resultando na carga tributária de 7%, nos termos do artigo 87, inciso XXI, RICMS/BA. Dessa maneira, acolho o levantamento realizado pelo autuante à fl. 986, onde a exigência foi alterada de R\$ 53.312,86 para R\$ 46.953,41. Infração 05 parcialmente elidida.”

INFRAÇÃO 6:

“...concluo, assim como o auditor fiscal, que assiste razão ao contribuinte ao aduzir que, quando dos fatos geradores que ensejaram a respectiva obrigação (janeiro a dezembro de 2006), os produtos “Algodão Jhonsen” e “Água de Coco” não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária. Este último devido à revogação do

item 07 do art. 353 do RICMS/97, promovido pela alteração número 66 (Decreto 9.547, de 20/09/2005, publicado no Diário Oficial do Estado em 21/09/2005). O “Algodão Jhonson” também não está sujeito à exigência, consoante demonstra o documento acostado pelo contribuinte à fl. 434. Isto posto, acato o levantamento realizado pelo autuante à fl. 987, onde a exigência foi alterada de R\$ 5.921,49 para R\$ 5.564,03. Infração 06 parcialmente elidida.”.

INFRAÇÃO 8:

“...aduz o sujeito passivo que o levantamento quantitativo de estoques restou distorcido devido a equívocos procedimentais ao operar a máquina emissora de cupons fiscais e ao escriturar o livro Registro de Inventário, além de furtos, extravios etc. De acordo com o critério do agrupamento de mercadorias por similaridade, que afirma ser acatado neste Conselho, as omissões apontadas deveriam ser reduzidas ou até mesmo anuladas. Assiste razão ao autuante no seu argumento de que, no caso de saída de um item com código de outro, deve ser procedida a devolução do item que saiu indevidamente e processada a saída daquele que efetivamente saiu do estoque. No caso de registro de entrada de uma determinada mercadoria com o código de outra, nada impede que a correção pertinente seja efetuada, para o fim de ajustar o estoque. Ajuste que também deve ser levado a efeito nos casos de furtos, extravios etc. Ou seja, se houve perdas ou furtos, a sociedade empresária deve emitir nota fiscal de saída destes produtos e estornar o crédito correspondente. A diligência solicitada – conforme o que já foi exposto no Relatório – de acordo com todos os fundamentos acima expendidos, que não repetirei para não tornar enfadonho o presente texto, não encontrou qualquer falha no que se refere a esta infração, pelo que resta manizada. Infração 08 caracterizada.”

INFRAÇÃO 9:

“... o diligente da ASTEC manifestou o entendimento – com o qual me alinho - de que não procede o pedido do impugnante, visto que o imposto que foi lançado nesta diverge daquele da infração 08. Isso porque trata de ICMS por antecipação incidente nas operações sujeitas ao regime de substituição, cujo tributo devido, de responsabilidade solidária, relativo à entrada sem documentos fiscais, foi calculado através de levantamento quantitativo de estoques. Efetuou ajustes às fls. 1.097 a 1.121, que acato, de modo que o imposto fique reduzido de R\$ 40.093,55 para R\$ 29.698,92. A parte relativa à margem de valor adicionado, no montante de R\$ 10.394,63 (fl. 1.121), não pode ser lançada neste PAF, por não estar contida na peça inicial, mas pode ser objeto de ação fiscal futura. Infração 09 parcialmente elidida, de R\$ 40.093,55 para R\$ 29.698,92.”.

Ao final do voto, a JJF recorre de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário, onde requer a reforma do Julgado quanto às infrações descritas nos itens 8 e 9, aos seguintes argumentos, já apresentados na defesa, em síntese:

- I. que é necessária a conversão do processo em diligência para que seja efetuada revisão do levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, porque padece de distorção diante de produtos com entrada por um determinado código e saída por código diferente, o que acabou gerando diferença na apuração do levantamento quantitativo;
- II. que, ainda, é necessária a diligência para que seja aplicado o critério da similaridade, conforme vem sendo reconhecido pelo CONSEF em outros autos de infração lavrados contra a mesma empresa, através de deferimentos de diligências realizadas pela ASTEC, corroboradas nos julgamentos através dos Acórdãos 0122-05/06 e 0392-12/07 e 0157/11-08, todos anexados na defesa, conjuntamente com os Pareceres exarados pela ASTEC nos referidos processos;
- III. que elaborou demonstrativo, também anexado na peça defensiva, comparando as omissões de entrada e de saída agrupando produtos similares, que resultam em redução ou anulação nas quantidades omitidas;
- IV. que as perdas e extravios, normais na atividade comercial exercida pelo recorrente geram distorções no levantamento quantitativo, e como o custo correspondente a tais desvios são agregados ao preço final dos produtos a exigência fiscal se caracterizará como bitributação, uma vez que o imposto exigido mediante o levantamento quantitativo em apreço é também recolhido nas vendas de tais produtos;

V. que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu direito à manutenção de crédito do ICMS por uma rede de supermercados nos casos de perda, deterioração, extravio ou quebra das mercadorias relacionadas ao regular exercício das suas atividades, portanto tais perdas devem ser consideradas no levantamento quantitativo, reiterando a necessidade de diligência também para tal fim.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo, manifesta-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, consignando que a ASTEC procedeu à realização de diligência fiscal nas infrações objeto do Recurso Voluntário, por deliberação da 5ª JJF, com o objetivo de aferir o critério de similaridade das mercadorias e o cálculo adotado no lançamento tributário, esclarecendo a impossibilidade da adoção do critério da similaridade em decorrência das mercadorias nas quais se verificaram omissões possuírem características distintas das demais, com códigos específicos atribuídos pela própria empresa.

VOTO

Inicialmente, quanto ao Recurso Voluntário, de logo devemos rejeitar o pedido de diligência do recorrente, já que atendido o pleito ainda em sede de Primeira Instância, visto que o processo foi encaminhado em diligência a ASTEC – vide fl. 1.069 - para que fosse verificado se as mercadorias elencadas na defesa guardam entre si alguma similaridade, conforme excerto da diligência a seguir reproduzido: “*verificar se as mercadorias elencadas pelo sujeito passivo na impugnação guardam entre si alguma similaridade, de maneira que, de acordo com o entendimento já esposado pela 2ª instância desde Conselho (agrupamento de mercadorias similares no levantamento quantitativo de estoques) as quantias lançadas possam ser diminuídas ou até mesmo afastadas\anuladas, ou uma infração possa absorver outra...*”.

Por outro lado, na forma do art. 147 do RPAF/BA, incisos I e II, abaixo transcrito, os elementos constantes dos autos são suficientes para a convicção desta relatora quanto à matéria objeto do presente Recurso Voluntário, e ainda pelo fato de que a diligência solicitada destina-se a verificar fatos vinculados à sua escrituração, bem como análise em documentos que estão em sua posse, que poderiam ter sido simplesmente anexados aos autos, o que não foi feito até o presente momento.

Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I- de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

Ressalte-se que o Parecer exarado pela ASTEC – Parecer ASTEC nº 167/2010 - em cumprimento à referida solicitação de diligência, inicialmente consignou que há diferenças entre o presente caso e os que foram objeto dos Pareceres exarados pela ASTEC, asseverando que nos processos anteriores foram apresentadas provas documentais, comprovando registro de mesmas mercadorias do gênero alimentício em diferentes códigos bem como outros equívocos, o que não ocorreu no presente caso, já que embora intimado pelo diligente para apresentar tais provas o recorrente não o fez até o presente momento.

Portanto, o argumento recursal de que em outras autuações restaram comprovados os equívocos apontados e que na presente autuação estes se repetiram, deve ser rechaçado, porquanto naqueles foram anexados aos autos respectivos as provas do fato arguido – qual seja ocorrência de registro de mesmas mercadorias em códigos distintos, erros de codificação por parte da empresa, etc. - o que não ocorreu no presente caso, como expressamente consignou o Parecer da ASTEC.

Assim, como atestado pela diligência realizada, não há qualquer irregularidade ou incorreção no levantamento quantitativo levado a efeito pelo autuante, à exceção da inadequação da exigência fiscal descrita no item 9 em relação às regras estabelecidas pela Portaria nº 445/98, que foi objeto de ajuste pelo diligente, acatada pela JJF, e que implicou no julgamento pela procedência em parte deste item, desoneração esta que também acatamos, por estar devidamente embasada no ato normativo citado.

Registre-se, ainda, como bem ressaltado pelo autuante em sua informação fiscal – fl. 989 - que no demonstrativo apresentado pelo sujeito passivo ainda na defesa – fls. 296 a 366 - este apenas imprimiu parte da descrição dos produtos, omitindo as diferenças nas descrições dos produtos para evidenciar que se trataria de produtos distintos, além do que as mercadorias listadas no referido demonstrativo como similares têm de fato descrição específica, com identificação do tipo, marca, modelo, capacidade, tamanho, características que permitem evidenciar que se trata de produtos distintos, inexistindo, assim, possibilidade de que tenham entrado com um código e saído com outro, como alega, sem prova, o contribuinte autuado.

Por fim, o argumento das perdas como forma de bitributação – tributação na saída dos produtos em cujo custo estariam incluídas as perdas e a exigência do imposto mediante o levantamento quantitativo – não merece a mínima guarida. O tratamento tributário a ser dispensado às perdas, furtos e extravios encontra-se previsto na legislação – estorno de crédito – e nada influí na exigência do imposto apurado mediante levantamento quantitativo de estoques.

Assim, à míngua de comprovação documental por parte do recorrente da efetiva existência dos equívocos apontados desde a defesa no levantamento quantitativo de estoque realizado pelo autuante, e que embasa as exigências fiscais dos itens 8 e 9, objetos da irresignação recursal - frisando que foi o contribuinte intimado a apresentar tal comprovação e não o fez - somos pela manutenção da Decisão recorrida.

Quanto ao Recurso de Ofício, cabível em relação à desoneração por parte da Primeira Instância dos valores pertinentes às infrações descritas nos itens 1, 3, 4, 5, 6 e 9, entendemos que não merece reforma a Decisão recorrida, porquanto as reduções efetuadas tiveram como lastro a legislação pertinente e o acatamento às provas materiais trazidas pelo sujeito passivo em sede defensiva, o que foi corroborado pelo fiscal autuante.

E de fato, nas infrações descritas nos itens 1 e 4 - onde foi imputado ao sujeito passivo omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas, com lastro na presunção legal expressa no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 – consta na autuação que as notas fiscais não registradas foram obtidas pelo autuante no sistema CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito) – item 1 – e no SINTEGRA – item 2 - e estão arroladas nos demonstrativos de fls. 14 a 15 e 16 a 17, e acostadas em cópia às fls. 200 a 226 e 227 a 250, respectivamente.

Na defesa, o sujeito passivo comprovou que, em relação às Notas Fiscais de nºs 5373, 6748 e 8742 (objeto de exigência do item 1), as mercadorias nelas constantes foram objeto de retorno ao remetente, porquanto recusadas pelo estabelecimento autuado, conforme declarações do emitente dos referidas documentos, constantes às fls. 409, 411 e 413; também comprovou, em relação à exigência fiscal do item 4, que a Nota Fiscal nº 17595 foi devidamente registrada, conforme cópia do seu livro Registro de Entradas, fl. 407, anexada aos autos pela defesa, e que as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 6174 não ingressaram em seu estabelecimento, tendo sido devolvidas ao remetente, conforme nota fiscal de entrada emitida pela fornecedora/remetente, tendo como natureza da operação Devolução de Venda, de nº 001730, acostada aos autos pela defesa à fl. 426, todos estes fatos devidamente corroborados pelo fiscal autuante em sua informação fiscal e que levou ao julgamento pela procedência em parte das referidas exigências fiscais, nos valores respectivos de R\$27.347,87 e R\$13.491,75.

No pertinente à exigência fiscal descrita no item 3 – onde se imputa ao sujeito passivo entradas de mercadorias tributáveis no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, exigência fiscal embasada em notas fiscais de transferências de mercadorias de outras unidades da Federação não lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, coletadas no sistema CFAMT – restou comprovado, com a juntada pelo autuado de cópias dos livros Registro de Entrada de outros estabelecimentos da mesma empresa – fls. 420, 422 e 424, que as Notas Fiscais nºs 348604, 348652 e 403627, objeto da autuação, se destinaram e foram devidamente registradas naqueles estabelecimentos, o que torna indevida a exigência fiscal, julgada corretamente improcedente pela JJF.

Em relação à exigência fiscal descrita no item 5 – onde se imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menor do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível – restou comprovado pelo sujeito passivo, o que foi acatado pelo autuante, a utilização correta da alíquota relativa ao produto leite de soja, cuja redução de base de cálculo disposta no art. 87, inciso XXI importa na carga tributária de 7% e aplica-se indistintamente a leite em pó, alcançando, portanto, o leite de soja em pó. Também comprovou o recorrente que os produtos Espetinho Boni e Aurora são produtos sujeitos à sistemática de substituição tributária, inseridos no item 9 do art. 353 do RICM/BA, portanto com as saídas subsequentes com fase de tributação encerrada. Tais exclusões, devidamente corretas conforme dispositivos regulamentares citados, torna procedente em parte a exigência fiscal, no valor de R\$49.953,41, conforme consignado pela JJF.

Quanto à exigência fiscal descrita no item 6 – onde se imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal, referente a mercadorias adquiridas sujeitas ao regime de substituição por antecipação ou à isenção – comprovou o sujeito passivo que alguns produtos não estão incluídos na sistemática da substituição tributária, como algodão Johnson Multi-uso – NCM 1701.9100 - e Água de coco, este último que constou no regime da ST até 30/09/2005, portanto não alcançando os fatos geradores objeto desta autuação (que se referem ao exercício de 2006), estando correta a Decisão recorrida, baseada na legislação posta, que importou corretamente na exclusão dos valores glosados pertinentes a tais produtos, e no julgamento pela procedência em parte deste item.

Por fim, quanto ao item 9, também objeto do Recurso Voluntário e cuja apreciação consta no início deste voto, é objeto de apreciação através de Recurso de Ofício por conta da desoneração de parte do valor lançado neste item em decorrência do ajuste da exigência fiscal às regras da Portaria nº 445/98, que determina, em seu art. 10, abaixo transscrito, que no caso da constatação de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária deve ser exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal, e o imposto devido por antecipação tributária, calculado sobre a omissão de entrada, com agregação de margem de valor (MVA) e dedução do crédito do imposto calculado por solidariedade.

Tal ajuste registre-se, foi efetuado pela Assessoria Técnica deste Conselho de Fazenda a pedido da JJF, visando adequar a exigência fiscal às normas legais pertinentes, e o seu resultado foi devidamente científico ao sujeito passivo, estando, portanto, correta a Decisão recorrida ao julgar pela Procedência em Parte da exigência fiscal em tela.

“Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), observando o seguinte:

1 - a base de cálculo é o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (art. 60, II, "b");

2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%);

b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, "d")".

Registre-se, ainda, que com fulcro no art. 156 do RPAF/BA, deve a autoridade competente providenciar a renovação da ação fiscal para exigência do imposto devido a título de antecipação tributária, na forma do dispositivo acima transcrito, antes do decurso do prazo decadencial.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 147771.0002/09-1, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$521.747,69**, acrescido das multas de 70% sobre R\$297.252,69 e 60% sobre R\$224.495,00, previstas no art. 42, incisos III e II, alíneas "a" e "d" e VII, alíneas "a" e "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS