

A. I. Nº - 293575.1201/10-4
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.
AUTUANTE - TELESSON NEVES TELES
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET 16.03.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0066-05/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. Comprovado tratar-se de mercadorias com saídas subsequentes com redução de base de cálculo, cabendo o estorno do crédito fiscal proporcional à redução da base de cálculo. Exigência subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS SAÍDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Trata-se de contribuinte, na condição de substituto tributário, cabendo-lhe destacar e recolher o ICMS normal, de responsabilidade do próprio autuado, quando da venda de açúcar. Exigência subsistente. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO. O autuado, na condição de substituto tributário, é responsável pela retenção e recolhimento do imposto, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas com açúcar. Exigência subsistente. 4. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação caracteriza-se como omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cabendo ao autuado provar a improcedência da presunção legal. Razões de defesa insuficientes para elidir a presunção. Exigência subsistente. 5. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS, SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO, NÃO REGISTRADAS NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Contribuinte não comprova a devida escrituração. Exigência subsistente. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MATERIAL DESTINADO AO ATIVO FIXO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não elidida. Comprovada a irregularidade. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 09/05/2011, exige o valor de R\$ 3.241.272,41, conforme documentos às fls. 22 a 515, inerentes aos exercícios de 2007 a 2009, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, no valor de R\$ 1.075.776,01, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução;
- 2 Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 1.189.191,07, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, uma vez que o contribuinte, sendo estabelecimento industrial, deixou de destacar o ICMS devido pelas saídas de açúcar;

- 3 Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$ 260.022,78, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas e subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado;
- 4 Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, com ICMS exigido de R\$ 597.396,96;
- 5 Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, resultando na exigência da multa de R\$ 104.294,69, correspondente a 10% do valor comercial da operação.
- 6 Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$ 14.590,90, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

O autuado, às fls. 522 a 529, apresenta defesa tempestiva, na qual aduz, em relação à primeira infração, se tratar de uma empresa sujeita a tributação normal e que exerce a função de fabricação de açúcar, nunca deixando de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativa às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo. Informa, ainda, que *“...não foi apropriado só o crédito das mercadorias mencionadas no alto, mas sim créditos fiscais do açúcar que não foram citados cabendo assim estes créditos serem apurados e feito uma dedução dos valores apontados conforme o regulamento do ICMS em vigor.”* (sic).

Quanto à segunda imputação, diz que o açúcar comprado foi totalmente pago o ICMS através de antecipação tributária, o isentando assim de qualquer pagamento na saída deste produto, sob pena de se tornar bitributação.

Inerente a terceira acusação, afirma que nunca deixou de recolher seus impostos, principalmente o ICMS substituição tributária, apenas fazia seu recolhimento nas entradas das mercadorias e não nas saídas dos produtos comercializados.

No que diz respeito à quarta infração, diz que o autuante se equivocou, pois, em momento algum ocorreu a alegada omissão nas saídas das mercadorias, visto que na auditoria de caixa foi citado saldo inicial sem nenhum valor, sem considerar o capital social da empresa de R\$ 40.000,00, integralizado, registrado na Junta Comercial do Estado da Bahia, em 21 de julho de 2008, sendo inexistente a omissão de venda apurada.

No tocante à quinta ocorrência, diz que jamais efetuou compras de mercadorias sem dar as devidas entradas nos livros fiscais, não sabendo se estas notas fiscais, realmente, lhe pertencem.

Quanto à sexta infração, aduz que as mercadorias foram adquiridas para o ativo fixo com substituição tributária, o isentando de qualquer tipo de pagamento de diferença de alíquota.

Afirma que não teve respeitado o direito à ampla defesa e ao contraditório, pois não foi intimado para se manifestar, valendo-se da presente defesa administrativa, a fim de afastar a dívida irregular e abusivamente cobrada em valor extremamente excessivo, devendo ser revisto e extinto o Auto de Infração e, caso diverso, requer que sejam refeitos os cálculos com a retirada de juros, taxas e demais encargos para que possa negociar e pagar seu débito, assim como, caso o CONSEF entenda necessária, que seja designada audiência para instrução da alegada dívida.

O autuante, ao realizar a informação fiscal, às fls. 533 a 536 dos autos, inicialmente, diz que o contribuinte de forma evasiva requer a nulidade/improcedência integral do PAF. Esclarece que se trata de um estabelecimento industrial e comercial, o qual promove o refino e venda de açúcar e o comércio atacadista de diversos outros produtos na região, configurando-se no maior distribuidor de açúcar cristal e refinado e num dos maiores atacadistas da região, com histórico contumaz de evasão e sonegação fiscal, inclusive com diversas ocorrências na INFIP, com pífio recolhimento de ICMS, considerando a atividade e o porte do contribuinte.

Em seguida, em relação à primeira infração, o autuante salienta que o contribuinte, na condição de atacadista, comercializa mercadorias que gozam do benefício da redução de base de cálculo, quais sejam: arroz, feijão, charque, margarina, óleo de soja e leite em pó. Sendo assim, o crédito fiscal do ICMS, relativo às aquisições destas mercadorias, deve ser proporcional a redução prevista. Porém, se creditou integralmente do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição, deixando de efetuar o estorno do valor proporcional à redução, conforme previsto no art. 100, II, combinado com o art. 124, ambos do RICMS/BA. Assim, entende que deve ser mantida a infração.

Quanto à segunda infração, a qual exige o ICMS próprio devido nas saídas de açúcar, diz que a atividade principal do contribuinte, de fato e de direito, é a moagem, refino e venda de açúcar, CNAE 1072-4/01 – Fabricação açúcar de cana refinado. Assim, deve destacar e recolher o ICMS devido nas saídas, o que não vinha sendo feito pelo contribuinte, já que, esporadicamente, o mesmo recolhia o ICMS pela entrada do açúcar (antecipação) e quando o fazia era por força da fiscalização. Diz que, no levantamento fiscal, calculou todo o ICMS próprio devido pelas saídas de açúcar e compensou (subtraiu) o valor anteriormente pago pelo contribuinte pelas entradas de açúcar, conforme previsto nos artigos 2º, 50, 111, inciso I, e 124, inciso I, do RICMS. Mantém a infração.

Inerente à terceira infração, diz que, na qualidade de substituto tributário, o contribuinte deveria proceder com a retenção e o recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, o que não vinha acontecendo, conforme previsto nos artigos 353, inciso II e 126, inciso I, c/c o art. 61 do RICMS. Mantém a infração.

No tocante à quarta infração, a qual reclama omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, diz que o levantamento foi todo realizado com as informações (documentos) disponibilizadas pelo contribuinte à época da ação fiscal, considerando-se todas as vendas como sendo a vista e as compras de acordo com as datas de vencimento informadas nas notas fiscais fatura, deixando de considerar, por falta de informação precisa, diversas outras despesas correntes do estabelecimento, como impostos federais, energia elétrica, aluguéis, etc., de forma a não prejudicar o contribuinte. Salienta que na apuração dos valores finais de ICMS devido, calculou a proporção da omissão apurada devida a cada mercadoria comercializada pelo contribuinte, no sentido de considerar o tratamento tributário aplicável (redução da base de cálculo ou substituição tributária), do que concluiu que o levantamento foi revestido de todo rigor e cuidados necessários a um procedimento de ofício, exaltando sempre a máxima *in dubio pro reo*. Afirmar não possuir, à época da ação fiscal, a informação sobre o saldo inicial do caixa, apesar de inúmeras intimações realizadas, ao contrário do que afirma o autuado, e que ainda não possui, pois o contribuinte continua sem apresentar a declaração de IRPJ ou a escrita contábil da empresa. Destaca que, para absorver o estouro de caixa apurado nos três exercícios, seria necessário um saldo inicial de caixa em 2007 de mais de cinco milhões de reais. Mantém a infração.

Quanto à quinta infração, relativa à multa em razão de aquisições de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, diz que as notas fiscais anexadas aos autos foram capturadas no trânsito de mercadorias no Estado da Bahia (CFAMT), do que ressalta que se considerassem as informações constantes do sistema SINTEGRA (opção – notas fiscais emitidas por terceiros para o contribuinte), a omissão de registros na escrita fiscal do contribuinte seria consideravelmente maior.

Inerente à sexta infração, o autuante reafirma que todas as mercadorias constantes das notas fiscais elencadas no demonstrativo que instrui a infração (fls. 415/463) são destinadas ao ativo do estabelecimento, a exemplo de CLP (controlador lógico programável), diferenciais, servo conversor, compressor, diversas peças de caminhão, etc. Mantém a infração.

Registra ser inverídica a afirmação do defendente de que não foi chamado a se manifestar em relação ao levantamento realizado, visto ser procedimento de rotina da Inspeção de Jequié a solicitação do comparecimento do contribuinte à repartição ao final dos trabalhos, a fim de esclarecer todos os pormenores da ação fiscal, dirimir dúvidas e permitir a manifestação do contribuinte antes mesmo da lavratura do Auto de Infração. Diz ter tentado inúmeras vezes agendar reunião com o contribuinte, porém sem sucesso.

Em pauta suplementar, de 22/11/2011, esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência para que fosse o contribuinte intimado, reabrindo o prazo de defesa, fornecendo-lhe sob recibo cópia das notas fiscais constantes às fls. 464 a 515 dos autos, para, querendo, se pronunciar sobre a quinta infração, como também apresentar cópia autenticada da escrita contábil (livro Caixa ou Diário), Declaração do IRPJ ou outro documento que comprovasse o saldo da conta Caixa em 31/12/2006 (saldo inicial do exercício de 2007), assim como apresentar cópia autenticada do Contrato Social consignando o capital social da empresa de R\$ 40.000,00, conforme alegado em suas razões de defesa.

Foi consignado, ainda, que: *“Posteriormente, deve o PAF ser encaminhado ao autuante para apresentar nova informação fiscal, de forma a relevar os documentos e alegações apresentados, se pertinentes, ou, caso o contribuinte nada tenha comprovado, deverá nessa oportunidade documentar o saldo inicial considerado “zero”, através de informações econômico-fiscais etc.”*

Às fls. 547 e 548 dos autos, consta intimação ao sujeito passivo consignando as determinações acima, como também o comprovante do recebimento da mesma por preposto do autuado, contudo inexistente qualquer manifestação do contribuinte e até mesmo do autuante, conforme solicitado.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 3.241.272,41, relativo a seis irregularidades, sendo todas impugnadas pelo sujeito passivo.

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração, sugestionado pelo autuado, sob a alegação de cercear o direito de defesa ao afirmar, quanto à quinta infração, que *“...não sabendo ao certo se estas notas fiscais pertence realmente a nossa empresa.”* (sic), como também, de forma genérica, a asseverar que *“O contribuinte nem sequer foi chamado pelo auditor fiscal para que o mesmo lhe desse qualquer explicação sobre o Auto de Infração que estava sendo lavrado...”*.

E rejeito a suposta preliminar de nulidade, pois o processo administrativo fiscal foi devidamente saneado com a realização de diligência, tendo nessa oportunidade, conforme documentos às fls. 547 e 548 dos autos, sido reaberto o prazo de defesa ao sujeito passivo e lhe fornecido cópia de todas as notas fiscais que fundamentaram a quinta acusação fiscal, arroladas às fls. 262 a 264 e constantes às fls. 464 a 515 dos autos, ensejando ao contribuinte todas as possibilidades para o pleno exercício do seu direito de defesa, apesar de o mesmo manter-se silente.

Já em relação à segunda alegação, não há previsão na legislação para que o contribuinte receba explicação sobre a iminente lavratura do Auto de Infração, sendo tal expediente uma política administrativa e de gestão, porém, não ensejando em cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, cujo direito ocorre com a impugnação ao lançamento de ofício no prazo de trinta dias contados da intimação da ciência do Auto de Infração, conforme previsto no art. 123 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao pedido para que fosse designada audiência para instrução da alegada dívida, o mesmo foi prejudicado com a inércia do contribuinte em não atender a diligência determinada por esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, no sentido de apresentar cópia de documento comprovando o saldo da conta Caixa em 31/12/2006, como também do alegado aumento do capital social da empresa.

Em consequência, vislumbro que o processo administrativo fiscal foi devidamente saneado com a realização de diligência, tendo nessa oportunidade sido reaberto o prazo de defesa ao sujeito passivo e lhe fornecido cópia de todas as notas fiscais que fundamentaram a quinta acusação fiscal, ensejando ao contribuinte todas as possibilidades para o pleno exercício do seu direito de defesa, apesar de o mesmo não ter se manifestado. Portanto, o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte.

No mérito, quanto à primeira infração, os demonstrativos de fls. 22 a 35 dos autos, comprovam de forma analítica, individualizado por documento fiscal, os valores proporcionais dos créditos fiscais do ICMS que o contribuinte deixou de estornar, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, não tendo o defendente comprovado numericamente qualquer falha do levantamento fiscal, limitando-se, apenas, a negar a infração.

Contudo, da análise dos aludidos papéis de trabalho, observo que, de acordo com a redução da base de cálculo de cada produto, objeto de operação de venda, o autuante apurou o valor do crédito do ICMS indevidamente apropriado pelo contribuinte, ao não estornar proporcionalmente a redução da base de cálculo, quando das operações de vendas. A título de exemplo, à fl. 23 dos autos, cito a nota fiscal de nº 5933, no valor de R\$ 40.000, com ICMS destacado a alíquota de 12%, no valor de R\$ 4.800,00, inerente ao produto “feijão”, o qual tem redução de 100% da base de cálculo na operação de venda, o que implica no estorno total do crédito fiscal grafado no documento fiscal de aquisição.

Assim, diante de tais considerações, subsiste na íntegra a primeira infração.

Inerente às infrações 2 e 3, as quais exigem os respectivos valores de ICMS de R\$ 1.189.191,07 e de R\$ 260.022,78, por ter praticado operações de saídas tributáveis de açúcar como não tributáveis, como também por não proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, alega o defendente que o ICMS do açúcar adquirido foi totalmente pago através de antecipação tributária, o isentando, assim, de qualquer pagamento na saída deste produto, sob pena se tornar bitributação, como também que nunca deixou de recolher seus impostos, principalmente o ICMS substituição tributária, apenas fazia seu recolhimento nas entradas das mercadorias e não nas saídas dos produtos comercializados.

Devo ressaltar que o artigo 353, inciso II, item 12, do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, prevê que:

Art.. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

12 - açúcar de cana cristal, demerara e mascavo, inclusive açúcar refinado (mesmo em tabletes) NCM 1701.11.00 e 1701.99.00;

Observo, ainda, que o preposto fiscal, às fls. 38 a 251 dos autos, relacionou todas as notas fiscais de vendas de açúcar, emitidas pelo autuado sem débito do imposto, apurando o valor do ICMS próprio da operação, devido pelo autuado, assim como o valor do ICMS substituição tributária, cuja retenção é de responsabilidade do contribuinte alienante, na condição de sujeito passivo por substituição, objeto da terceira infração, e os compilou à fl. 37 dos autos, deduzindo-os dos valores do ICMS recolhidos, sob código 1145, apurando, assim, os valores exigidos nas aludidas infrações.

Diante de tais considerações, cabe razão ao autuante, sendo subsistentes as infrações 2 e 3.

No tocante à quarta infração, na qual exige o ICMS de R\$ 597.396,96, apurado através da constatação de saldo credor de caixa, conforme demonstrativos às fls. 253 a 360 dos autos, o defendente nega a ocorrência de omissão de saídas sob a alegação de que na auditoria de caixa foi citado saldo inicial sem nenhum valor, sem considerar o capital social da empresa de R\$ 40.000,00, integralizado, registrado na Junta Comercial do Estado da Bahia, em 21 de julho de 2008.

A constatação de saldo credor da conta Caixa, por presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, caracteriza-se como omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cabendo ao autuado provar a improcedência da presunção legal.

No caso presente, quando da ação fiscal e da diligência efetuada, o autuado foi intimado a comprovar, através de sua escrita contábil ou outro documento o saldo existente na conta Caixa em 31/12/2006 (saldo inicial do exercício de 2007), como também a comprovar o capital social de R\$ 40.000,00, conforme alegado em suas razões de defesa, contudo, não o fez.

Por outro lado, passou despercebido pela funcionária da repartição fiscal de Jequié o cumprimento da segunda parte da diligência, na qual se determina o encaminhamento dos autos ao autuante para documentar, através de informações econômico-fiscais, o saldo inicial considerado “zero”, devolvendo o PAF ao CONSEF para julgamento, conforme despacho às fls. 550 dos autos.

Contudo, apesar de o sujeito passivo não ter comprovado o saldo inicial da aludida conta Caixa, inerente ao exercício de 2007, considerado “zero” pelo autuante no levantamento fiscal, à fl. 254, não tem pertinência a alegação defensiva de que a omissão de saída detectada através da auditoria de caixa decorreu da não consideração do valor do capital social de R\$ 40.000,00, uma vez que, no referido exercício de 2007 restou consignado, e não contestado pelo autuado, o desembolso financeiro de R\$ 7.774.471,54 contra o ingresso de R\$ 4.924.233,75, resultando o estouro de caixa (desembolso sem suporte de receita) de R\$ 2.850.237,79. Portanto, o valor do capital social, caso considerado, não eliminaria a omissão de saída constatada.

Porém, por ser inaceitável a atribuição do valor “zero” como saldo inicial da conta Caixa, atribuído pelo autuante sem a devida comprovação, há de se considerar o alegado valor de R\$ 40.000,00 como capital social, mesmo não comprovado pelo autuado, conforme alegado em sua defesa, de forma a beneficiar o contribuinte e encerrar futura querela. Sendo assim, a base de cálculo da omissão de saídas que era de R\$ 2.850.237,79, passa a ser de R\$ 2.810.237,79.

Entretanto, ao compulsar a planilha de fl. 253 dos autos, verifico que o autuante indevidamente aplicou, para cálculo do imposto devido, a proporcionalidade às mercadorias beneficiadas com redução da base de cálculo de 58,825% (resultando a carga tributária correspondente à alíquota de 7%), relativo às mercadorias charque, margarina e leite (fl. 22), assim como o óleo, com redução de base de cálculo de 29,41 % (resultando a carga tributária correspondente à alíquota de 12%), como também ao açúcar, cuja operação de venda pelo autuado é sujeita ao ICMS normal, cabendo-lhe a retenção do imposto relativo às operações subsequentes, na condição de substituto tributário.

Sendo assim, nos termos da Instrução Normativa 56/2007, emitida pelo Superintendente de Administração Tributária, considerando as decisões reiteradas do CONSEF, no sentido de excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art. 2º do RICMS/97, com matriz no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações *isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária*, não cabe a aplicação da proporcionalidade sobre as operações relativas às mercadorias sujeitas à incidência do ICMS, independentemente da alíquota aplicada, mas, sim, apenas às operações que não incidam o imposto, ou seja, isentas ou com fase de tributação encerrada.

Portanto, no caso presente, as operações com charque, margarina e leite, com carga tributária correspondente à alíquota de 7%; com óleo, com carga tributária correspondente à alíquota de 12%, e com açúcar, com carga tributária de 17%, a qual, simultaneamente, o imposto relativo às *operações subsequentes* é retido pelo remetente, na condição de substituto tributário, não se enquadram na condição de operações *isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária*.

Em conclusão, da análise da planilha à fl. 253 dos autos, cabe a aplicação da proporcionalidade apenas para as operações com arroz e feijão, cujas mercadorias sofrem uma redução de base de cálculo de 100%, ou seja, sem carga tributária do ICMS, o que equivale à saída com isenção.

Como a participação das vendas dessas mercadorias (arroz e feijão) corresponde, respectivamente, a 7,1% e 20,4% do faturamento do exercício de 2007, equivalente a R\$ 199.526,88 e R\$ 573.288,50, tais valores devem ser excluídos da base de cálculo omissa apurada de R\$ 2.810.237,79 (já considerado o saldo inicial de R\$ 40.000,00), o que resulta na base de cálculo omissa proporcional às mercadorias tributadas de R\$ 2.037.422,41, que a alíquota de 17% apura-se o *ICMS devido de R\$ 346.361,80*.

Considerando que o valor originalmente exigido no Auto de Infração, relativo à quarta infração e ao exercício de 2007, é de R\$ 284.232,23 e que o valor correto seria de R\$ 346.361,80, conforme acima descrito, deve-se manter o valor original lançado e, nos termos do art. 156 do RPAF, representar à autoridade fiscal para instaurar novo procedimento fiscal, em razão do agravamento da infração.

O mesmo se sucede em relação aos exercícios de 2008 e 2009 da quarta infração, em relação à aplicação indevida da proporcionalidade às mercadorias beneficiadas com redução da base de cálculo e ao açúcar, cuja operação se sujeita à incidência normal do imposto.

Assim, da análise da planilha à fl. 255 dos autos, relativa ao exercício de 2008, verifica-se que cabe a aplicação da proporcionalidade apenas para as operações com arroz e feijão, cujas mercadorias sofrem uma redução de base de cálculo de 100%, ou seja, sem carga tributária do ICMS, o que equivale à saída com isenção, cuja participação das vendas dessas mercadorias corresponde, respectivamente, a 6,17% e 13,85% do faturamento do exercício de 2008, equivalente a R\$ 40.980,49 e R\$ 92.063,38, devendo tais valores ser excluídos da base de cálculo omissa apurada de R\$ 664.567,88, conforme apurado às fls. 256 e 257, o que resulta na base de cálculo omissa proporcional às mercadorias tributadas de R\$ 531.524,01, que a alíquota de 17% apura-se o *ICMS devido de R\$ 90.359,08*, contra R\$ 71.116,72, exigido no Auto de Infração, do que represento à autoridade fiscal para instaurar novo procedimento fiscal, em razão do agravamento da infração.

Da mesma forma, da análise da planilha à fl. 258 dos autos, relativa ao exercício de 2009, verifica-se que a participação das vendas de arroz e de feijão corresponde, respectivamente, a 6,5% e 17,04% do faturamento do exercício de 2009, equivalente a R\$ 128.110,46 e R\$ 335.820,65, devendo tais valores ser excluídos da base de cálculo omissa apurada de R\$ 1.970.833,77, conforme apurado às fls. 259 e 260, o que resulta na base de cálculo omissa proporcional às mercadorias tributadas de R\$ 1.506.902,66, que a alíquota de 17% apura-se o *ICMS devido de R\$ 256.173,45*, contra R\$ 242.048,01 exigido no Auto de Infração, do que represento à autoridade fiscal para instaurar novo procedimento fiscal, em razão do agravamento da infração.

Assim, diante de tais considerações, concluo ser subsistente, na íntegra, a quarta infração.

Em relação à quinta infração, na qual se exige a multa no valor de R\$ 104.294,69, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas à tributação entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, tendo o defendente arguido que jamais efetuou compras de mercadorias sem dar as devidas entradas nos livros fiscais, não sabendo se estas notas fiscais, realmente, lhe pertencem. Contudo, conforme provam os documentos às fls. 547 e 548 dos autos, quando da diligência determinada por esta JJF, foi reaberto o prazo de defesa ao contribuinte e lhe fornecido cópia das notas fiscais constantes às fls. 464 a 515 dos autos, as quais foram relacionadas às fls. 262 a 264, cuja planilha fundamenta a referida infração, saneando a falha processual e ensejando ao contribuinte todas as possibilidades para o pleno exercício do seu direito de defesa, não tendo o mesmo, nessa oportunidade, apresentado qualquer alegação que viesse a contrapor a acusação fiscal. Assim, diante destas considerações, subsiste a quinta infração.

Por fim, no que tange à sexta infração, a qual exige o ICMS de R\$ 14.590,90, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, em razão da aquisição de mercadorias em outros Estados, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, consoante demonstrativos às fls. 266 a 269 dos autos, tendo o defendente aduzido que as mercadorias foram adquiridas para o ativo fixo com substituição tributária, o isentando de qualquer tipo de pagamento de diferença de alíquota, verifico que, da análise das notas fiscais constantes às fls. 416 a 463 dos autos, se trata de aquisição de mercadorias destinadas a uso e consumo ou ao ativo fixo do estabelecimento e, ao contrário do que afirma o defendente, não sofreram substituição tributária, sendo legítima a exigência do ICMS da diferença entre as alíquotas. Exigência subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293575.1201/10-4**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.136.977,72**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.539.580,76 e 70% sobre R\$597.396,96, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e”, “f”; VII, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$104.294,69**, prevista no inciso IX, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA