

PROCESSO - A. I. Nº 293872.0001/10-8
RECORRENTE - MIX IDEAL ATACADO E DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0115-05/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 16/05/2014

2ª CÂMARA DE ULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0113-12/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal de mercadoria enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Tal diferença constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documento fiscal. Razões de defesa elidem parcialmente a imputação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 22/09/2010, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 92.576,24, pelo cometimento de três irregularidades à norma tributária deste Estado. No entanto somente fazem parte do Recurso Voluntário as seguintes:

INFRAÇÃO 1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 4.122,63, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária;

INFRAÇÃO 3. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$79.722,53, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado, mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o valor de maior expressão monetária – o das saídas tributáveis.

A 5ª JJF prolata a seguinte Decisão:

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir o débito no total de R\$ 92.576,24, relativo as três infrações.

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade arguido pelo defendente, sob alegação de cerceamento de defesa, em relação à infração 03, uma vez que, ao contrário do que afirma o apelante, os levantamentos referentes à entrada dos produtos, objetos de auditoria de estoque, foram sim entregues ao contribuinte, por meio de mídia eletrônica (“CD AUTENTICADO”), conforme “Recibo de Arquivos Eletrônicos”, à fl. 11 dos autos, o qual foi subscrito pelo preposto do autuado, com cargo de “Gerente Fiscal”, o qual recebeu, também, o Auto de Infração e os demais demonstrativos.

No mérito, quanto à infração 1, a qual exige o crédito fiscal do ICMS utilizado indevidamente, referente às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, consoante demonstrado às fls. 15 a 35 do PAF, verifica-se que o autuado se insurge quanto aos produtos:

1. “ARROZ INT CATETO NATUSG 50 e ARROZ CARRETEIRO MAGGI 15”, sob a alegação de que são

tributados normalmente, pois o primeiro é de uso para animal e o segundo vem temperado da indústria;

2. *“AÇÚCAR LIGHT LOWCUC FEFIL”, por se tratar de adoçante e, conseqüentemente, tributado;*

3. *“ÁLCOOL SÓLIDO LUMIX 85G C/4”, utilizado para churrasco, com tributação normal*

4. *“NESCAU BARRA CHOCOLATE 30”, por se tratar de barra de cereal, tributado normalmente.*

Conforme bem ressaltou o autuante, em sua informação fiscal, o art. 78-A do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, prevê que “É reduzida em 100% (cem por cento) a base de cálculo das operações internas com arroz e feijão”, logo, o benefício fiscal é genérico ao arroz e feijão e, em consequência, nos termos do art. 29, § 4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, é vedado o crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.

Já o álcool, tanto para uso não automotivo ou carburante, o produto está sujeito ao regime de substituição tributária, consoante art. 353, incisos II, item 33, e IV, do RICMS, não sendo permitido o crédito fiscal relativo às entradas.

Igual sorte coube aos produtos açúcar e barra de chocolate, que também estão enquadrados no regime de substituição tributária, não tendo o autuado se desincumbido de comprovar documentalmente sua alegação de que se tratam, respectivamente, de adoçante e de barra de cereal.

Assim, diante de tais considerações, subsiste a infração 1 em sua integridade.

[...]

Por fim, em relação à infração 3, a qual exige o imposto decorrente da constatação de omissão de saídas apurado através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, cujo levantamento se baseou nos dados fornecidos pelo próprio contribuinte através dos arquivos magnéticos SINTEGRA, estando a aludida auditoria de estoque fundamentada em levantamentos de estoques iniciais e finais, entradas e saídas por espécie de mercadorias, consoante diversos demonstrativos e levantamentos apensados aos autos, cujas cópias foram entregues ao sujeito passivo, verifico que, apesar de o contribuinte ter reconhecido R\$ 63.865,19 do montante exigido de R\$ 79.722,53, os argumentos defensivos são insuficientes para elidir a imputação fiscal, quanto à parte não acolhida, visto ser inconcebível sua alegação de que a suposta falta de recolhimento de saídas se deu pela existência de procedimento de troca, como também de que, em algumas situações, ocorrem equívocos no cadastro de entrada dos produtos, a exemplo de “CALDO VIRMONT CARNE 24X19G” (CÓD. 1623478) e “CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G” (CÓD. 1650335).

Quanto à aludida existência de troca, caberia ao contribuinte o cumprimento do quanto determina a legislação tributária, emitindo a documentação necessária da entrada do produto e respectiva saída, de forma a comprovar a operação.

No tocante ao exemplo citado sobre equívocos no cadastro de entradas dos produtos, o único palpável, não merece ser acolhido, pois, conforme apurou o autuante em sua informação fiscal, à fl. 286 dos autos, após as devidas correções, o valor se agravaria. Tais cálculos decorreram da aplicação da quantidade de caixas, constantes da Nota Fiscal de nº 9862, ínsita no arquivo do Levantamento de Entradas (fls. 32 e 33 do CD), pela quantidade de tabletes (24), apurando o total das cartelas entradas, quanto ao referido documento fiscal, conforme pretendido pelo autuado, e somado à quantidade apurada na Nota Fiscal de nº 9873, corretamente lançada no SINTEGRA, procedendo da mesma forma quanto aos Documentos de Saídas de nos 3453, 3573 e 3735 (fls. 164 e 168 do Levantamento de Saídas no CD), cujos cálculos o autuado teve ciência (fl. 288).

Do exposto, voto PROCEDENTE EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 83.845,16, mantendo-se, integralmente, as exigências relativas às infrações 1 e 3, devendo homologar as importâncias já recolhidas.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 321/330). Noticiando sobre a Decisão prolatada pela 5ª JJF, passa a atacar a infração 1. Afirma que o autuante se equivocou acerca do enquadramento das mercadorias, não observando a sua classificação fiscal, consignada no documento fiscal e não as suas embalagens ou nomes fantasia. Observa que esta classificação é realizada através do Sistema Harmonizado (NCM) em vigência no Mercosul.

E pautando-se na argumentação exposta, diz que a fiscalização e a JJF se equivocaram acerca do enquadramento das mercadorias, ora entendendo isentas de tributação e ora as entendendo, equivocadamente, como mercadorias sob regime da substituição tributária, como indica:

NESCAU BARRA DE CHOCOLATE 30 - trata de barra de cereal, conforme disposto na nota fiscal,

estando sujeita à tributação normal, com direito à utilização do crédito fiscal, pois o RICMS prevê a substituição tributária para barra de chocolate.

ARROZ INT CATETO NATUSG 50 e ARROZ CARRETEIRO MAGGI 15 – o art. 78-A, do RICMS/97 trata da redução em 100% da base de cálculo para o arroz e feijão comum, ou seja, sem qualquer manipulação, já que esta isenção decorre das suas naturezas “essenciais”, inclusive fazendo parte da cesta básica. O arroz temperado, condimentado, manipulado ou arroz animal tem tributação normal, não estando enquadrado nas isenções nem, tampouco, na substituição tributária, com direito à utilização do crédito fiscal.

ALÇÚCAR LIGHT LOWCUC FEFIL - nada mais é do que um adoçante, e, assim sendo, a tributação é em regime normal com o consequente direito ao crédito fiscal, visto que, no RICMS, o açúcar comum é que é tributado por substituição tributária. Demonstrando as NCM's dos “açúcar” que se encontram no regime da antecipação tributária, reafirma ser a mercadoria em questão um adoçante.

ÁLCOOL SÓLIDO LUMIX 85 G C/4 - álcool utilizado para churrasco, com fins claramente carburantes com tributação normal e, por óbvio, com direito à utilização do crédito fiscal.

Afora tais fatos, afirma que procedeu à devida tributação quando das saídas destes produtos, e, em decorrência, o máximo que se poderia supor seria a desobediência a uma obrigação acessória, já que não houve prejuízo ao fisco, tendo em vista o recolhimento do tributo nas saídas das mercadorias, do que pede a improcedência da aludida infração.

Em relação à infração 3, preliminarmente requer a sua nulidade por cerceamento de defesa, sob a alegação de que não lhe foi disponibilizado o demonstrativo de levantamento referente à entrada dos produtos, uma vez que no “CD AUTENTICADO” só constavam os demonstrativos dos cálculos das supostas omissões de saída referentes aos períodos da autuação.

No mérito, ressalta de que sua impugnação se prende ao valor de R\$16.000,00 não reconhecido e referente aos produtos que, como informado na defesa, foram objeto de trocas ou foram equivocadamente cadastrados quando de suas entradas.

Quanto ao equívoco no cadastro de entrada dos produtos, apresenta a mercadoria “CALDO VIRMONT CARNE 24X19G” e CALDO VIRMONT FRANGO 24X19G (Nota Fiscal de Entrada nº 9873 e 9862 e de Venda nº 3453 e 5453) e explica o equívoco cometido através da movimentação de entradas e saídas dos referidos produtos. E textualmente diz: *“Embora o acórdão não tenha abordado detalhadamente a questão das entradas e saídas, observa-se que a impugnação não foi aceita pelo cálculo apresentado pelo auditor fiscal na sua manifestação, que sugeriu um inexistente aumento no valor da infração. Neste sentido, é de se observar que o cálculo não condiz com a realidade, tendo o fiscal incorrido em erro de fácil percepção. E que, quando calculou a tributação de entrada, o fiscal considerou, para fins de cálculo, a **unidade** do produto e, por outro lado, ao calcular a tributação de saída, o mesmo considerou produto por **caixas**, não por unidades. Percebe-se, então, que se efetuado o cálculo corretamente, considerando a mesma medida para a entrada e a saída, chegar-se-á a conclusão de que a infração é improcedente, como demonstrado”*.

Diante do que expôs, afirma que este CONSEF deve reconhecer a necessidade de reforma do Acórdão ora combatido.

Requer que a infração 1 seja julgada improcedente e a infração 3, nula ou totalmente improcedente.

No seu opinativo da lavra do n. Procurador José Augusto Martins Junior (fls. 335/337), a PGE/PROFIS assim se posiciona:

Em relação a infração 01, a tese recursal se ampara no argumento do erro de classificação das mercadorias listadas no Auto de Infração, que segundo o recorrente não estariam sujeitas ao regime da substituição, sendo

possível, portanto, o devido creditamento.

Insurge-se o recorrente, de forma pontual, contra a classificação definida pela fiscalização para os seguintes produtos: a) arroz; b) álcool sólido; c) nescau em barra chocolate; d) adoçante.

Em relação ao produto arroz, alega o autuado que a classificação do produto fincada no art. 78-A do RICMS/BA, refere-se ao arroz comum, não abraçando outros tipos de arroz

Pois bem, não há como se acolher a tese recursal, pois tratando-se a norma em testilha de norma definidora de benefício fiscal, em espécie a redução de base de cálculo, a legislação estabelece uma interpretação restritiva, assim, por conseguinte, não haveria como se expurgar do conceito aberto de “arroz” às espécies com manipulação como quis induzir o recorrente.

Não fosse isto, inexistente uma previsão legal específica sobre o mesmo, conforme aduziu o recorrente, inexistiria definição de base impositiva para o arroz com manipulação, impossibilitando, a princípio, a cobrança do imposto por falta de previsão legal para imposição tributária.

No que se refere ao produto AÇUCAR LIGHT LOWCUC, a tese recursal de enquadrá-lo como adoçante merece sufrágio, porquanto tratar-se verdadeiramente o produto em destaque numa espécie de adoçante, conforme se observa da ficha técnica do produto acostado aos autos.

Quanto ao produto Nescau barra Chocolate não há como se emprestar guarida a tese recursal, uma vez que se trata de apenas um chocolate com flocos de arroz, não se podendo equipará-lo, por óbvio, a uma barra de cereal.

Por derradeiro, no que tange o produto álcool sólido lumix 850 C/4, também não merece suporte a tese recursal, pois, cediço, o álcool em apreço não se presta para fins carburantes, ou seja, não é empregado para produção de energia mecânica, aplicando-se o regime da substituição tributária.

Em relação a o suposto cerceamento ao direito de defesa, em face da falta de entrega do CD com informações das entradas de mercadorias, não é possível receber abrigo, pois, conforme mezinheiro conhecimento da auditoria de estoque, o levantamento é realizado tendo como suporte os documentos fornecidos pelo próprio contribuinte. Portanto, não há como se alegar prejuízo ao ônus de defesa.

No que se refere ao suposto erro no cadastro de entrada, falece suporte a tese recursal, pois, conforme exposto acima, o levantamento quantitativo de estoque segue uma linha de escrituração de mercadorias feita pelo próprio contribuinte, não havendo, assim, qualquer erro na análise dos produtos.

Opina pelo Provimento Parcial da autuação.

Em despacho a d. Procuradora Assistente da PGE/Profis ratifica o Parecer exarado e encaminha os autos para julgamento (fl. 338).

Em pauta suplementar do dia 19/12/2012, esta 2ª CJF encaminhou os autos à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito tomasse as seguintes providências (fls. 341/342):

1. Infração 1: elaborasse demonstrativo mensal dos seguintes produtos: NESCAU BARRA DE CHOCOLATE 30, ARROZ INT CATETO NATUSG 50, ARROZ CARRETEIRO MAGGI 15, AÇÚCAR LIGHT LOWCUC FEFIL e ÁLCOOL SÓLIDO LUMIX 85 G C/4.
2. Infração 3: solicitasse à empresa cópia da nota fiscal de entrada nº 9862 e de saída nº 5453 indicadas no seu Recurso. Analisasse se existia procedência as razões recursais em termos das notas fiscais apresentadas (aquelas de nº 9873, 3453, 9862 e 5453). Analisasse, igualmente, ser, ou não, pertinente o argumento recursal sobre o equívoco cometido pelo fiscal autuante em relação a falta de identidade nas medidas consideradas nas entradas e nas saídas das mercadorias CALDO VIRMONT CARNE 24X19G” e “CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G”. Caso pertinentes as razões recursais, considerasse no levantamento quantitativo as correções porventura apuradas, apresentando o novo débito a ser exigido.

Às fls. 345/353 foi apensado aos autos o valor do imposto relativamente à infração 03 reconhecido pelo recorrente e que foi parcelado. Este valor é o mesmo que consta às fls. 303/305 dos autos, ou seja, R\$63.865,19, valor original.

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 12/2004 (fls. 356/358) a diligente fiscal após as devidas providências apensou aos autos os demonstrativos das mercadorias NESCAU BARRA DE

CHOCOLATE 30 e ARROZ CARRETEIRO MAGGI 15 elaborados pela empresas. Os demais, conforme solicitação que fez, não foram apresentados pelo recorrente.

Quanto a infração 03 assim conclui: “*Exercício de 2006 - No confronto e análise das Notas fiscais 9873 (fl. 365), 9862 (fl. 367), 3453 (fl. 366), 3573 (fl. 261) e 3735 (fl. 259), apresentadas e constantes dos autos (fls. 258/262), correspondente à mercadoria CALDO VIRMONT GALINHA, como considerada pelo autuante no levantamento fiscal, verifica-se que não tem procedência as razões recursais (fls. 328/329), entretanto, após levantar as quantidades das notas fiscais apresentadas pelo recorrente, foi apurada uma omissão de entradas de 207.000 unidades, e, considerando que o valor apurado pelo autuante, no valor de R\$ 14.831,68, conforme demonstrativo à fl. 49, foi referente à omissão de saídas de mercadorias, foi excluído o valor de R\$ 1.277,28, referente à omissão de entradas, remanescendo o valor de R\$ 13.554,40*”. Apresenta quadro de transformação das quantidades de caixas das notas fiscais para unidades, apenas a respeito da mercadoria “CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G”

Ressaltando que os valores dos exercícios de 2007 e 2008 não foram alterados, aponta ICMS a ser exigido na infração 3 na ordem de R\$78.445,25.

O recorrente manifesta-se sobre o Parecer da ASTEC/CONSEF (fls. 400/401), trazendo os mesmos argumentos apresentados na sua peça recursal em relação a infração 01. Apensa aos autos os levantamentos faltantes e solicitados por este Colegiado.

Em relação à infração 3 assim se expressa: “*Não parece que a auditora, responsável pelo Parecer, alcançou a discussão, pois, ao que tudo indica, teria ela alterado a forma de apuração ao invés de, mantendo o mesmo procedimento de apuração, verificar as diferenças de unidades: CAIXA, CARTELA e UNIDADE. Das notas fiscais juntadas, percebe-se a diferenças de unidades de medidas, conforme já detalhado no Recurso apresentado, o que se reitera em todos os seus termos*”

Requer a improcedência da infração 1 e a procedencia parcial da infração 3.

O autuante (fl. 421) tomou ciência do resultado da diligência, porém não se manifestou.

VOTO

O recorrente requer a nulidade da infração 3 por cerceamento de defesa, sob a alegação de que não lhe foi disponibilizado o demonstrativo do levantamento referente à entrada dos produtos, uma vez que no “CD AUTENTICADO” só constavam os demonstrativos dos cálculos das supostas omissões de saída referentes aos períodos autuados.

Analisando o “Recibo de Arquivos Eletrônico” (fl. 11) assinado pelo recorrente lá consta claramente a entrega de todos os levantamentos das notas fiscais de entradas, de saídas, os demonstrativos gerais, demonstrativos dos preços médios e das omissões apuradas.

O CD apensado aos autos (fl. 12) é cópia fiel daquele entregue ao contribuinte, conforme análise realizada, e nele tal levantamento resta presente.

Além deste fato, o recorrente desde a sua inicial discorda das unidades em que foram apresentadas as mercadorias “CALDO VIRMONT CARNE 24X19G” e “CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G”, trazendo aos autos, inclusive, cópias de notas fiscais de entradas e saídas das nominadas mercadorias, provando, assim, ter conhecimento de todos os levantamentos realizados. Além do mais, em suas razões (iniciais e recursais) aponta que não foram consideradas as “trocas” de mercadorias, acostando aos autos cópias de notas fiscais de devolução, o que leva a provar, mais uma vez, que tomou conhecimento dos levantamentos realizados a respeito das entradas de mercadorias.

Portanto, não existe no procedimento fiscal a arguição de nulidade arguida pela empresa. Se

algum erro no presente processo há, é questão a ser analisada quando do mérito da autuação.

No mais, todas as determinações do art. 39, do RPAF/BA foram obedecidas, a empresa fartamente se defendeu, sendo obedecidos todos os princípios que regem o processo administrativo fiscal.

A infração 1 do presente PAF trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Foi indicado que o recorrente desobedeceu ao quanto disposto no art. 97, IV, “b”, do RICMS/97.

O recorrente entende que tanto os autuantes como a JJF não observaram a classificação fiscal das mercadorias consignadas nos documento fiscal, bem como, se equivocaram acerca do enquadramento das mercadorias, ora as entendendo isentas de tributação, ora entendendo, equivocadamente, como enquadrada no regime da substituição/antecipação. Diante destes argumentos e desde a sua inicial, impugna as seguintes mercadorias: NESCAU BARRA DE CHOCOLATE 30, ARROZ INT CATETO NATUSG 50, ARROZ CARRETEIRO MAGGI 15, AÇÚCAR LIGHT LOWCUC FEFIL e ÁLCOOL SÓLIDO LUMIX 85 G C/4.

Antes de adentrar na análise das referidas mercadorias, necessário transcrever as seguintes determinações legais contidas no RICMS/97, vigente quando dos fatos geradores:

Art. 78-A. *É reduzida em 100% (cem por cento) a base de cálculo das operações internas com arroz e feijão.*

Art. 353. *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 subseqüentes 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:*

8 - *guloseimas industrializadas, a saber:*

8.5 - *chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00;"*

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

33 - *álcool, exceto para fins carburantes.*

Ressalto, neste momento, que as determinações do art. 78-A, do RICMS/97 somente foram aventadas no presente processo quando da informação fiscal, após contestação da empresa.

Passando a análise das mercadorias impugnadas, constata-se:

NESCAU BARRA DE CHOCOLATE 30 – ao contrário do que entende o recorrente, tal produto não pode ser definido como uma barra de cereal. Buscando no site da Nestlé a sua composição, vemos que se trata de efetiva barra de chocolate, pois composto com os seguintes ingredientes: *açúcar, leite condensado, cacau, gordura vegetal hidrogenada, leite em pó integral, flocos de arroz, leite em pó desnatado, vitaminas, sal, estabilizante lecitina de soja e ricinoleato de glicerila e aromatizante. Contém glúten. Caixa com 24 unidades de 40g.*

Diante destes ingredientes, claramente não se refere à barra de cereal, estando incluído nas mercadorias constantes do art. 353, II, 8, do RICMS/97, vigente à época, não havendo, inclusive, a necessidade de se perquirir ao sua NCM.

ARROZ CARRETEIRO MAGGI 15 – é um arroz temperado com carne-seca em tirinhas, carne desfiada, torresmo. Seus ingredientes são, conforme site da MAGGI: *arroz, torresmo, carne bovina, gordura de bacon, sal, salsa, pimenta do reino, alho, realçador de sabor glutamato monossódico e aromatizantes. Contém Glúten.* Diante desta composição, não se enquadra como produto da “cesta básica” com redução em 100% da base de cálculo, como previsto no art. 78-A, do RICMS/97. Afora que não se encontra enquadrada no regime da antecipação tributária. Em

assim sendo, deve ser excluída da autuação.

ARROZ INT CATETO NATUSG 50 não é ração animal, e sim alimento humano, apenas arroz integral. E aqui faço uma ressalva. Razão assiste ao recorrente quando afirma ter o autuante se equivocou ao unir mercadorias da substituição/antecipação tributária com aquelas isentas (e esta situação conhecida no momento da aquisição). Embora a norma regulamentar não especifique qual o tipo de arroz que tem redução de base de cálculo em 100%, podendo, assim, serem todos considerados (comum, parbolizado, orgânico ou não) insertos nesta específica norma, na autuação a situação não ficou determinada, nem no seu fulcro, nem nos dispositivos legais infringidos, nem, tampouco, nos levantamentos fiscais, pois mercadoria “arroz” foi considerada como enquadrada no regime da substituição tributária (fl. 16/35). Se o autuante pretendeu glosar os créditos da mercadoria “arroz” por ser mercadoria isenta deveria ter indicada infração em separado, apontando o fato e com base no art. 97, I, “a”, RICMS/97 e não no art. 97, IV, “b”, da referida norma regulamentar, como realizado. E sem pertinência trazer aos autos as determinações do art. 100, II, do RICMS/97 para justificar o procedimento tomado, como fez o autuante quando da sua informação fiscal (fl. 285). Em assim sendo, não somente o ARROZ INT CATETO NATUSG 50 deve ser excluído da autuação, mas também, todos os outros autuados.

E, ainda, foi também autuado o “ARROZ TEMP KENKO YASAI 36” e “ARROZ UB LINGÜIÇA C CEBOLA” produto que já comercializado temperado, ou com adição de ingredientes deixam de ser puramente o alimento “arroz”. Em assim sendo, nem poderiam ser enquadrados nas determinações o art. 78-A, do RICMS/97.

Diante de todas estas ponderações todos os tipos de arroz autuados devem ser excluídos do levantamento fiscal.

AÇÚCAR LIGHT LOWCUC FEFIL – tal produto é um mix de açúcar e adoçante. Seus ingredientes são: açúcar, Sacarina Sódica, Ciclamato de sódio e Antiumectante Dióxido de Silício. Por tal composição, não pode ser incluído nas determinações do art. 353, II, 12, do RCMS/97. Em consequência é excluído do levantamento fiscal.

ÁLCOOL SÓLIDO LUMIX 85 G C/4 – concordo com o recorrente de que este tipo de álcool é utilizado, também, para acender churrasqueiras, porém, tal finalidade não o leva a ser um álcool carburante.

Por definição um produto carburante é todo produto químico cuja combustão permite obter energia mecânica em motores térmicos. Os tipos de álcool que temos no mercado para o uso automotivo (inclusive derivado do álcool etílico, por exemplo) recebem o nome de álcool carburante e somente pode ser comercializado em postos de combustíveis, nunca em um supermercado, como é o caso presente.

O ÁLCOOL SÓLIDO LUMIX 85 G apresenta composição química com 92% de Álcool Etílico, 8% de estabilizante, responsável em manter o produto no estado sólido, e corante, conforme site do fabricante.

Portanto, nem de longe, a finalidade da referida mercadoria tem objetivo carburante. Por tal situação é que a norma tributária dar tratamento diferenciado ao álcool “comum” (em suas diversas formas) e do álcool carburante.

No caso presente o álcool sólido LUMIX 85 G C/4 encontrava-se enquadrado no regime da substituição tributária, acorde art. 353, II, 33, do RICMS/97. E, no caso, a NCM adotada para o produto não é importante, pois todos os derivados do álcool não carburante estão enquadrados no regime da antecipação tributária.

Assim, das considerações acima feitas, devem ser excluídos da autuação todos os tipos e arroz e o AÇÚCAR LIGHT LOWCUC FEFIL, sendo mantidos os produtos: NESCAU BARRA DE CHOCOLATE 30 e ÁLCOOL SÓLIDO LUMIX 85 G e demais autuados a exemplos: farinha de trigo, escova dental,

biscoitos, fralda, amendoim salgado, batata palha, etc, uma vez que tais mercadorias se encontravam incluídas no regime da antecipação tributária, conforme disposições do art. 353, II, do RICMS/97.

O recorrente ainda afirma que tributou nas saídas as mercadorias que impugnou. Assim, somente deveria ser aplicada multa por tal fato. Este é argumento que carece de provas, provas estas que em qualquer momento foram carreadas aos autos.

Por tudo exposto, a infração é procedente em parte no valor de R\$3.423,06, conforme demonstrativo a seguir, fazendo, neste momento a seguinte explicação: esta 2ª CJF solicitou que a diligente fiscal elaborasse demonstrativo mensal dos produtos autuados. Ao invés de assim proceder, solicitou ela que a empresa tomasse tal providência. A empresa fez, porém os elaborou conforme entendeu que deveria ser feito. Assim, e apenas por exemplo, indicou para o AÇÚCAR LIGHT LOWCUC FEFIL (fl. 403) um ICMS no exercício de 2006 o valor de R\$1.390,42 (apresentando inclusive nº de nota fiscal com sua respectiva data). Em 2006 em qualquer momento foi exigido imposto dessa mercadoria. No ano de 2007, também não apurado imposto, foi indicado o valor de R\$496,80. Em 2008, o valor da infração em relação a esta mercadoria foi da ordem de R\$163,22. O recorrente apontou valor de R\$2.452,17. E para todos os outros produtos assim também procedeu. E, por fim, se somarmos os valores que o recorrente apurou somente para os produtos AÇÚCAR LIGHT LOWCUC FEFIL, NESCAU BARRA DE CHOCOLATE 30 e ÁLCOOL SÓLIDO LUMIX 85 G – R\$11.090,79, valores estes requeridos para exclusão do imposto ele é muito superior ao valor da exigência fiscal original de todos os produtos autuados que foi de R\$4.122,63.

Diante desta situação, os demonstrativos apresentados são inservíveis ao fim perquirido. Com base nas determinações do art. 2º, do RPAF/BA e demonstrativos originais apensados às fls. 16/35 dos autos, excluo da autuação, neste momento, todos os arroz autuados, suas diversas formas, e o AÇÚCAR LIGHT LOWCUC FEFIL passando o ICMS exigido na infração 01 para R\$3.423,06, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 01

DATA	ICMS AI	ARROZ TODOS OS TIPOS	AÇÚCAR LIGHT LOWCUC FEFIL	ICMS
mai/06	212,43	19,58	0	192,85
jun/06	79,49	0	0	79,49
jul/06	31,87	0	0	31,87
ago/06	13,94	11,51	0	2,43
set/06	91,28	0	0	91,28
out/06	24,25	0	0	24,25
nov/06	219,31	9,8	0	209,51
dez/06	139,60	28	0	111,60
jan/07	310,77	0	0	310,77
fev/07	107,82	0	0	107,82
mar/07	71,33	0	0	71,33
abr/07	1,05	0	0	1,05
mai/07	15,72	9,8	0	5,92
jun/07	20,24	0	0	20,24
jul/07	120,19	0	0	120,19
ago/07	64,22	0	0	64,22
set/07	231,90	0	0	231,90
out/07	71,87	24,32	0	47,55
nov/07	21,04	0	0	21,04
dez/07	87,68	0	0	87,68
jan/08	210,41	134,62	43,47	32,32
fev/08	18,05	0	0	18,05
mar/08	173,03	0	13,04	159,99
abr/08	56,81	0	4,35	52,46
mai/08	249,90	8,94	12,1	228,86
jun/08	161,35	63,55	8,09	89,71
jul/08	282,42	26,76	28,23	227,43
ago/08	232,78	59,82	12,1	160,86
set/08	203,01	52,19	16,13	134,69
out/08	431,14	22,38	12,7	396,06

nov/08	111,15	35,21	13,01	62,93
dez/08	56,58	29,87	0	26,71
TOTAIS	4.122,63	536,35	163,22	3.423,06

Na infração 3 é exigido o imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, detectada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias.

A empresa reconhece o valor de R\$63.865,19 e impugna o restante (R\$15.857,34). Valores reconhecidos: R\$8.393,77 referente ao exercício de 2006; R\$29.836,79 – exercício de 2007 e R\$25.634,63 do exercício de 2008.

O recorrente, mais uma vez, afirma de que uma das causas de ter sido detectadas as omissões de saídas ora questionadas decorreram de “trocas” de mercadorias. Trouxe aos autos cópias de notas fiscais (fls. 253/257 e 299/300) para corroborar sua argumentação.

A JJF seguindo a análise feita pelo fiscal autuante quando prestou sua informação fiscal (fls. 285) com a mesma concordou, sendo observado de que *“caberia ao contribuinte o cumprimento do quanto determina a legislação tributária, emitindo a documentação necessária da entrada do produto e respectiva saída, de forma a comprovar a operação”*.

Analisando a documentação trazida pela empresa, somente com a JJF posso concordar. De fato, a simples emissão de notas fiscais de entradas pelas empresas fornecedoras não é prova inequívoca das devoluções (ou “trocas” como afirmou o recorrente) ditas realizadas. Para o desfazimento da operação comercial, nas situações de devoluções ou mesmo do não recebimento das mercadorias, todo o procedimento legal a ser seguido encontrava-se determinado, de forma geral, nos artigos 653 e 654, do RICMS/97.

No mais, analisando as cópias das notas fiscais apresentadas em comparação com o levantamento realizado pela fiscalização, as mercadorias nelas constantes (inclusive sendo uma delas do exercício de 2009, não autuado) não fazem parte da autuação. A única exceção se refere a mercadoria “CÓD. 01379003 GUARD SNOB CORES 50FLS” constante da nota fiscal nº 0312443, datada de 28/06/2008 (fl. 255) emitida pela Santher com “CFOP 2201 - devolução de prod. Estabelecimento” e referente a nota fiscal nº 0308577 (01 caixa com 50 unidades). Se, acaso, fosse admitido tal documento fiscal, ao analisar o levantamento do fisco em relação às entradas da referida mercadoria e constante do CD, ambos documentos fiscais não fazem parte da autuação. Em assim sendo, deveria ser incluídas nas entradas, bem como no levantamento de saídas, a de devolução. Ao analisar o levantamento de saídas, embora não se possa ter ideia do CFOP das operações, em nenhuma consta a quantidade adquirida (50), nem, tampouco, quantidades parciais que pudessem ser imputadas a esta operação. E, por fim, se não houve a entrada da mercadoria no estabelecimento por qualquer razão, estas notas fiscais não influenciaram no quantitativo apurado já que a nota fiscal mãe não poderia restar em mãos do recorrente.

Quanto ao erro apontado em relação a distorção das unidades de medida das mercadorias “CALDO VIRMONT CARNE 24X19G” e “CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G” que disse a empresa ter o autuante realizado, trouxe ela, ainda em primeira instância, as notas fiscais nº 9862 (entrada) e 3453 (saída). Embora o fiscal autuante tenha analisado este fato, ao saná-lo, apurou valor das omissões maior do que o lançado. A JJF concordou com a diligência realizada, porém manteve o valor da autuação. E toda esta discussão refere-se ao exercício de 2006.

No seu Recurso, volta a empresa com o mesmo argumento. Desta vez indica, ainda, as notas fiscais nº 9873 (entrada) e 5453 (saída). Como as cópias de tais documentos não haviam sido anexadas ao processo esta 2ª CJF encaminhou os autos à ASTEC/CONSEF para que elas fossem apensadas aos autos. De igual forma verificasse, mais uma vez, se procediam as razões recursais.

A diligente fiscal realizou parcialmente o que foi pedido (fls. 357). Detectou que a nota fiscal de nº 5453 era na realidade a de nº 3453. Solicitou ao recorrente a apresentação da de nº 9873. No

entanto, a forma como executou o seu trabalho não permitiu que se tomasse efetivo conhecimento do que apurou. E neste particular, apresentou um demonstrativo de conversão das quantidades da mercadoria “CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G”, omitindo da de “CALDO VIRMONT CARNE 24X19G” e diminuiu, sem qualquer cálculo demonstrado, o valor do ICMS referente ao exercício de 2006 em R\$1.227,28. Inclusive tal fato foi apontado pelo recorrente quando se manifestou a respeito de suas conclusões, fato este pertinente.

Diante deste quadro e com base no art. 2º do RPAF/BA, analisei as cópias das notas fiscais questionadas juntamente com os levantamentos executados pelo autuante.

Primeiro, restou provado que tanto as notas fiscais de entradas e de saídas das referidas mercadorias estavam consignadas por caixas.

Em segundo, no levantamento fiscal foi indicado de que a apuração do imposto teve como medida de quantidade “caixa”.

Terceiro, o autuante, e aqui não se discute suas razões, apresentou tais quantidades ora em unidade e ora em caixa, conforme ele próprio afirmou.

Quarto, foi observado de que no levantamento ora o preço unitário da mercadoria havia sido indicado por unidade (R\$0,16), ora por caixa (suponho) - R\$2,36 já que tal preço, nas notas fiscais, sempre foi o mesmo por unidade.

Em assim sendo, refazendo o levantamento fiscal dessas nominadas mercadorias com base nas quantidades apresentadas nas notas fiscais (as mesmas constantes do levantamento fiscal) e utilizando as quantidades dos estoques (iniciais e finais) do levantamento já que não contestados temos a seguinte situação:

	Fl. PAF	MERCADORIA	QT - CAIXA
ENTRADAS			
9873	258	CALDO VIRMONT CARNE 24X19G	13
		CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G	16
9862	367	CALDO VIRMONT CARNE 24X19G	130
		CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G	160
SAÍDAS			
3453	366	CALDO VIRMONT CARNE 24X19G	130
		CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G	160
3753	258	CALDO VIRMONT CARNE 24X19G	15
		CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G	13
3573	261	CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G	5
TOTAL ENTRADAS		CALDO VIRMONT CARNE 24X19G	143
		CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G	176
TOTAL SAÍDAS		CALDO VIRMONT CARNE 24X19G	145
		CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G	178

LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DOS ESTOQUES

MERCADORIA	EI	ENT	SAI	EF	OMISSÃO DE ENTRADAS
CALDO VIRMONT CARNE 24X19G	0	143	145	0	-2
CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G	0	176	178	0	-2

Diante deste quadro não existiu omissão de saídas dos referidos produtos e sim omissões de entradas. Como o imposto não está sendo exigido por presunção (omissões de entradas de mercadorias), entendo que tais mercadorias devem ser excluídas da autuação, passando o valor do ICMS a ter a seguinte configuração:

BASE DE CÁLCULO AI EXERCÍCIO 2006	87.244,78	FL. Dem. CD
(-)		
CALDO VIRMONT CARNE 24X19G	7.230,15	8
CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G	7.513,40	8
BASE DE CÁLCULO	72.501,23	
ICMS (17%)	12.325,21	

Por tudo exposto, o ICMS a ser exigido e relativo ao exercício de 2006 passa de R\$14.831,68 para R\$12.325,21, sendo mantidos os valores originais em relação aos exercícios de 2007 e 2008.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto para julgar as infrações 1 e 3 procedentes em parte nos valores de R\$3.423,06 e R\$77.216,06, respectivamente. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda que homologue os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293872.0001/10-8**, lavrado contra **MIX IDEAL ATACADO E DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$80.639,12**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$3.423,06 e 70% sobre o valor de R\$77.216,06, previstas no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões CONSEF, 28 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS