

A. I. Nº - 269199.0032/13-5
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS DE BEBIDAS LTDA. (ATAKADÃO ATAKAREJO)
AUTUANTE - SAYONARA AGUIAR PEREIRA RODRIGUES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 09/04/2014

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-06/14

EMENTA: ICMS. I. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. **a)** VENDA POR ECF. Exigência não contestada. Infração subsistente. **b)** VENDA POR NOTA FISCAL. Sujeito passivo não apresenta razões de mérito de forma a elidir a acusação fiscal na sua totalidade. Infração subsistente em parte. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Após os devidos ajustes, em razão da aceitação parcial das razões de defesa, remanesce parte da exigência fiscal. Infração subsistente em parte. Item reconhecido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/06/2013, exige o débito, no valor de R\$65.000,79, inerente aos anos de 2008 e 2009, conforme documentos às fls. 04 a 185 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Recolheu a menor ICMS no valor de R\$34.853,17, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Erro na determinação da alíquota no ECF.
- 2 Recolheu a menor ICMS no valor de R\$12.717,17, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Erro na determinação da alíquota NF.
- 3 Falta de recolhimento do ICMS correspondente ao valor de R\$17.430,45, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração fiscal, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

Às fls. 191 a 194 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Preliminarmente, suscita a nulidade dos itens 1, 2 e 3, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa.

Com efeito, diz que, no que tange aos itens 1 e 2, não recebeu a demonstração analítica da cobrança, que, ao menos, não foi apresentada ao subscritor da presente defesa. Diante desse vício, não pode conferir as operações que deram margem ao suposto erro na aplicação das alíquotas, ficando prejudicada no exercício do seu direito de defesa.

Já em relação ao item 3, é patente a insegurança na determinação da ocorrência. Diz a autuação que existiu "*omissão de saídas*", detectada pela "...falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo

de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis.". Isto posto, destaca que não foi realizada uma auditoria "por espécie de mercadorias", como contemplado no auto. Isso porque a auditoria misturou produtos acabados, assim entendidos aqueles adquiridos e comercializados na sua forma original, com outros PRODUZIDOS no estabelecimento autuado, em relação aos quais as entradas são das matérias primas, ou seja, de produtos diversos.

Tal situação aconteceu com os produtos "brigadeiro", "broas", "pizzas", "nescau/copo", "petit four", "pães de queijo", "maria mole", "casadinho", "suspiro", "sucos", "salgados", "pudim", "mouses", "queijadinha", "sopa pronta", "azeitonas verdes fatiadas", "sanduíches" e "ovo frito", que foram comercializados através da lanchonete e restaurante, então situados no estabelecimento autuado, e em relação aos quais não se pode falar em "estoques" e "entradas", pois eram produzidos no estabelecimento autuado, a partir das aquisições dos ingredientes, baixados, estes sim, dos estoques existentes. As conclusões da auditoria, em relação aos tais produtos, são impossíveis de se atingir, a não se que se fizesse um rigoroso estudo sobre utilização de cada insumo, para as devidas transformações e conclusões, notadamente sobre as "entradas".

No mérito, observada a hipótese de aplicação do art. 155, § único, do RPAF, investigar possíveis erros no trabalho, levantando suspeita, nesse momento, com relação ao mês de abril de 2009, no que tange à Nota Fiscal nº 3821, pois se alocada para a cobrança, não pode prosperar, posto se tratar de Nota Fiscal emitida para devolução de "bem locado" (plataforma), utilizado para colocação de bandeiras, propagandas etc. Dita Nota Fiscal, no valor de R\$57.169,08, não se reporta a venda, e sim a operação não sujeitas a incidência do ICMS, devendo, se incluída, ser retirada da cobrança.

Em relação as demais operações, a Autuada não teve condições de identificar qualquer irregularidade, ficando os montantes correspondentes, por cautela, expressamente impugnados.

No que tange ao item 3, diz que, além da impossibilidade de contagem das produtos de "produção própria" (que também contariam com a redução de Base de Cálculo prevista no art. 87, inciso XX, do RICMS), a exigência esbarra na impossibilidade de se cobrar, sobre as saídas, ICMS sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em relação às quais o imposto pago pelas aquisições - "bebidas quentes" e "vinhos" -, e sobre produtos utilizados pela Autuada como embalagens das mercadorias que comercializa (consumidas internamente, portanto) - "EMB 4DOCES G15", "EMBLAGENS P/QUENTINHAS", "FILME PVC PLAST EASY PACK 15 MT", "FECHE PLÁSTICO" e "EMB FPN32 ALTA".

Por outro lado, aplicou de forma equivocada a devida redução de base de cálculo, para os produtos os vários tipos de "charque", utilizando apenas 5,880%, não compatibilizando a carga tributária para 7%, conforme determina o art. 87, inciso XXXI, do RICMS. Já os produtos de "fabricação própria", se, por absurdo, homologado o método irregular de contagem, contam com a redução do mesmo artigo, do RICMS, inciso XX.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e revisão fiscal para apurar a possibilidade, ou não, de contagem de estoques dos produtos de fabricação própria, do consumo dos materiais de embalagem, da inclusão de mercadorias sujeitas à substituição e da correta aplicação das reduções de base de cálculo regulamentar, colocando à disposição toda documentação necessária, revisão por fiscal estranho ao feito, pede que o Auto de Infração seja julgado NULO ou IMPROCEDENTE.

A autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 215 a 219 dos autos, aduz que a defendant suscita a nulidade das infrações 1, 2 e 3, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa.

Quanto as infrações 1 e 2, que diz não ter recebido a demonstração analítica da cobrança, ao contrário do que foi dito, destaca que foram entregues ao autuado todas as planilhas (fls. 12 a 45),

com assinatura de recebimento às fls. 28, 30 e 45, em que se demonstra como se apurou os valores das infrações 1 e 2, logo, conclui dizendo que não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Em relação a infração 3, destaca que procede algumas considerações da defesa, o que a levou a retirar alguns produtos do levantamento. Em seguida observa que o autuado solicita que sejam investigados possíveis erros no trabalho, levantando suspeita, com relação ao mês de abril de 2009, no que tange a Nota Fiscal nº 3821, posto se tratar de nota fiscal emitida para devolução de "bem locado" (plataforma), utilizado para colocação da bandeiras, propagandas, etc.

Sobre o produto mencionado na Nota Fiscal nº 3821, diz que não foi incluído no levantamento quantitativo de estoque, e se tivesse sido incluído, diz que implicaria na omissão de entradas, visto que a nota fiscal mencionada é de saída e não há respectiva entrada. Observa que a presente infração se trata de omissão de saídas, portanto não erro no trabalho realizado pela fiscalização quanto a essa nota fiscal citada.

Destaca que a autuada alega que foi cobrado ICMS sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – "bebidas quentes" e "vinhos" – bem assim, sobre os produtos utilizados pela autuada como embalagens das mercadorias que comercializa – "EMB 4DOCES G15", "EMBALAGENS P/QUETINHAS", "FIME PVC PLAST EASY PACK 15 MT", "FECHE PLASTICO" E "EMB FPN32 ALTA".

Diz então, as bebidas as quais foram cobradas a omissão de saídas não estavam incluídas na substituição tributária em 2009, exercício da realização do roteiro, inclusive o tratamento dado foi de tributação normal, tais bebidas são aguardentes e vinho que não estavam incluídas na Substituição Tributária. Cita a redação do item 2, do inc. II, do art. 353 do RICMS/BA.

Por sua vez, diz que, de fato foi aplicada equivocadamente ao "charque" a redução de base de cálculo de 5,88, onde refez o demonstrativo sendo considerada a redução correta de 58,825%.

Quanto aos produtos "EMB 4DOCES G15", "EMBALAGENS P/QUETINHAS", "FIME PVC PLAST EASY PACK 15 MT", "FECHE PLASTICO" E "EMB FPN32 ALTA", a autuada da tratamento de mercadorias para comercialização, como pode ser constatado nos documento e arquivos magnéticos, onde constam os CFOP nºs 1102 e 2202. Assim tais mercadorias mantém no levantamento quantitativo de estoque

Depois de refeito o roteiro de estoque, o valor da infração 3 passou a ser de R\$9.152,76, conforme os novos demonstrativos às fls. 220 a 341 dos autos.

Por todo o exposto, pede que o Auto de Infração em tela seja julgado procedente em parte.

Voltando a manifestar nos autos à fls. 345 a 346, o autuado destaca que renova todos os termos de sua defesa, inclusive questões prejudiciais, bem assim a solicitação de que todas as notificações e intimação relativas ao feito sejam direcionadas aos advogados regularmente contratados, legítimos representantes da Autuada na presente ação administrativa. Aliás, destaca que a intimação se reporta às fls. 215 a 341, porém a somente recebeu cópias das fls. 215 a 228, o que caracteriza cerceamento do direito de defesa.

No mérito, ratificando a hipótese de aplicação do art. 155, § único, do RPAF, com relação ao mês de abril de 2009, no que tange à Nota Fiscal nº 3821, diz respeito ao item 2, no valor de R\$57.169,08, não se reporta a venda, e sim a operação não sujeita a incidência do ICMS, posto se tratar de Nota Fiscal emitida para devolução de "bem locado" (plataforma), utilizado para colocação de bandeiras, propagandas etc. Destaca que a autuante entendeu que a citada Nota Fiscal se reportava ao item 3, e por isso não fez a devida exclusão. Contudo, em sendo relativa ao item 02 e dizendo respeito à operação não tributada, deve ser o valor cobrado, a ela correspondente, retirado do Auto de Infração.

No que tange ao item 3, deve o Julgador observar o efetivo enquadramento sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em relação às quais o imposto é pago pelas

aquisições - "bebidas quentes" e "vinhos" -, mantidos pela Autuante. A questão é de conferência, pelo Julgador, de cada "bebida", a fim de que se faça o confronto com o texto do RICMS, vigente à época dos fatos.

Já em relação aos produtos utilizados como embalagens das mercadorias que comercializa (consumidas internamente, portanto) - "EMB 4DOCES G15", "EMBLAGENS P/QUENTINHAS", "FILME PVC PLAST EASY PACK 15 MT", "FECHE PLÁSTICO" e "EMB FPN32 ALTA", a exclusão é decorrente da aceitação da defesa, no que tange aos produtos de "produção própria", pois tais produtos, no mínimo, também são consumidos na embalagem dos mesmos produtos de fabricação interna, não se podendo atribuir segurança à apuração.

E sobre os produtos de "fabricação própria", restou ainda a manutenção da cobrança sobre "mousse chocolate" e "mousse maracujá", que, dentro dos mesmos princípios da defesa, devem ser excluídos.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e revisão fiscal para apurar a possibilidade, ou não, de contagem de estoques dos produtos de fabricação própria, do consumo dos materiais de embalagem, da inclusão de mercadorias sujeitas à substituição, colocando à disposição toda documentação necessária, revisão por fiscal estranho ao feito, pede que o Auto de Infração seja julgado NULO ou IMPROCEDENTE.

Desenvolvendo nova informação fiscal, a autuante diz que as infrações 1 e 2 (lê-se infração 3) ficam mantidas, conforme os termos da informação fiscal às fls. 215 a 219 do presente PAF. Quanto à infração 3 (lê-se infração 3), ficou constatado que o produto constante da Nota Fiscal nº 3821 trata-se de uma plataforma – código nº 9655 - é um bem locado, que a saída não se reporta a venda, mas sim devolução de bem locado, portanto diz que retirou o valor referente a tal produto, R\$9.717,21, da infração 2 (mês de abril – ver fl. 355, onde original de R\$9.919,29 foi alterado para R\$202,08), com isso a infração passou de R\$12.717,17 para o valor de R\$ 2.924,91.

Por todo o exposto, diz ter demonstrado a exatidão do procedimento fiscal adotado, esperando que o Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE EM PARTE.

Às fls. 373 a 374 do PAF, constam extratos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, acerca do detalhamento de pagamento dos valores reconhecido pela autuada.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos. Refuto, portanto o pedido de nulidade arguido por conta de insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento direito de defesa, pois o enquadramento da autuação está em total conformidade com a descrição dos fatos relacionados às ocorrências fiscais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, inclusive com redução do débito cobrado na ação fiscal por conta dos equívocos apontados na manifestação de defesa e acatados pela Fiscal Autuante.

Quanto ao requerimento da conversão do julgamento em diligencia, com fundamento no art. 147, inciso I, alínea "a" do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo desnecessária por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, ainda mais, por conta de que todas as controvérsias da lide foram atenuadas de forma explícita dentro dos princípios do contraditório e da ampla defesa entre as partes, diante dos elementos constantes no processo, o que inclusive, resultou na confissão da

dívida e o consequente pagamento pelo sujeito passivo no montante levantado pela Fiscal Autuante, após a sua informação fiscal acostada às fls. 351 a 352 dos autos.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$65.000,79, relativo a três irregularidades, sendo a primeira em razão de ter recolhido a menor ICMS no valor de R\$34.853,17, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas por ECF; a segunda, também por ter recolhido a menor ICMS no valor de R\$12.717,17, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, agora por Nota Fiscal, a terceira irregularidade por falta de recolhimento do imposto no valor de R\$17.430,45, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, no ano de 2009, decorrente de falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado.

Em relação ao mérito, o sujeito passivo argui erros em relação às infrações 2 e 3. Quanto a infração 1 mantém-se silente, o que deixará de ser analisada por não haver lide. Em relação a infração 2, o erro apontado é de que a Nota Fiscal nº 3821, no valor de R\$57.169,08, que fazia parte integrante do débito relacionado ao mês de abril de 2009 dizia respeito a devolução de “bem locado”, utilizado para colocação de bandeiras e propagandas, e não a venda de mercadoria, como estava posta na autuação, em que tal operação não estaria sujeita a incidência do ICMS, onde, por consequência, não justificaria a cobrança de recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível na saída da mercadoria regularmente escriturada.

Instado a manifestar a autuante, às fls. 350 a 351, informa que de fato a mercadoria constante da Nota Fiscal nº 3821, trata-se de um bem locado – plataforma – Código CFOP nº 9655, acatando a proposição do defendente de que a operação não se reporta a venda, mas sim de devolução de bem locado, com isso reduz o item da infração 02, relativo ao mês de abril de 2009, do valor de R\$9.919,29 para o valor de R\$202,08 (fls. 355), onde à luz das documentações acostadas aos autos, concordo com o entendimento da Fiscal Autuante. Sendo assim, a segunda infração subsiste parcialmente no valor de R\$2.924,91.

Quanto a infração 3, o sujeito passivo traz aos autos algumas proposições de cometimento de erros no levantamento quantitativo objeto da autuação, tipo: “*a auditoria misturou produtos acabados, assim entendidos aqueles adquiridos e comercializados na sua forma original, com outros produzidos no próprio estabelecimento – brigadeiro, broas, pizzas, etc.*”; “*foi cobrado ICMS sobre mercadorias enquadradas no regime substituição tributária – bebidas quentes e vinhos – bem assim, sobre os produtos utilizados pela autuada com embalagens das mercadorias que comercializa - EMB 4DOCES G15", "EMBLAGENS P/QUENTINHAS", "FILME PVC PLAST EASY PACK 15 MT", "FECHE PLÁSTICO" e "EMB FPN32 ALTA*”; como também aplicação equivocada do fator de redução da base de cálculo em relação ao produto – “charque”.

Sobre as proposições de erros apontadas para infração 3, a autuante concorda que de fato cometera o erro no levantamento de aplicar equivocadamente ao “charque” a redução de base de calculo de 5,88%, onde refez o levantamento considerando a redução correta de 58,825%. Quanto aos demais pontos apontados refuta com argumentos claros na sua informação fiscal à fls. 215 a 219, apresentando nova apuração de levantamento quantitativo de estoque (fls. 220 a 341), onde apresenta a alteração do débito da infração 3 de R\$17.430,45 para o valor de R\$9.152,76 (fl. 228), que aliás é acatado pelo sujeito passivo através do termo de confissão de dívida à fl. 369 e seu consequente pagamento na forma dos documentos às fls. 371 a 371 dos autos. Isto posto, da análise das razões e contra-razões das partes acostada aos autos, concordo com novo débito apurado. Sendo assim, a terceira infração subsiste parcialmente no valor de R\$9.152,76.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar procedente a infração 1 e parcialmente procedente as infrações 2 e 3 por reconhecimento e pagamento pelo autuado, após os ajustes efetuados pela autuante, cujos valores deverão ser homologados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269199.0032/13-5, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI (ATAKADÃO ATAKAREJO)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$47.005,89**, acrescido das multas de 60% sobre R\$37.853,13 e 70%, sobre R\$9.152,76, previstas no art. 42, incisos II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2014.

ALVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR –JULGADOR

A. I. Nº - 269199.0032/13-5
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS DE BEBIDAS LTDA. (ATAKADÃO ATAKAREJO)
AUTUANTE - SAYONARA AGUIAR PEREIRA RODRIGUES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 09/04/2014

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-06/14

EMENTA: ICMS. I. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. **a)** VENDA POR ECF. Exigência não contestada. Infração subsistente. **b)** VENDA POR NOTA FISCAL. Sujeito passivo não apresenta razões de mérito de forma a elidir a acusação fiscal na sua totalidade. Infração subsistente em parte. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Após os devidos ajustes, em razão da aceitação parcial das razões de defesa, remanesce parte da exigência fiscal. Infração subsistente em parte. Item reconhecido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/06/2013, exige o débito, no valor de R\$65.000,79, inerente aos anos de 2008 e 2009, conforme documentos às fls. 04 a 185 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Recolheu a menor ICMS no valor de R\$34.853,17, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Erro na determinação da alíquota no ECF.
- 2 Recolheu a menor ICMS no valor de R\$12.717,17, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Erro na determinação da alíquota NF.
- 3 Falta de recolhimento do ICMS correspondente ao valor de R\$17.430,45, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração fiscal, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

Às fls. 191 a 194 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Preliminarmente, suscita a nulidade dos itens 1, 2 e 3, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa.

Com efeito, diz que, no que tange aos itens 1 e 2, não recebeu a demonstração analítica da cobrança, que, ao menos, não foi apresentada ao subscritor da presente defesa. Diante desse vício, não pode conferir as operações que deram margem ao suposto erro na aplicação das alíquotas, ficando prejudicada no exercício do seu direito de defesa.

Já em relação ao item 3, é patente a insegurança na determinação da ocorrência. Diz a autuação que existiu "*omissão de saídas*", detectada pela "...falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo

de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis.". Isto posto, destaca que não foi realizada uma auditoria "por espécie de mercadorias", como contemplado no auto. Isso porque a auditoria misturou produtos acabados, assim entendidos aqueles adquiridos e comercializados na sua forma original, com outros PRODUZIDOS no estabelecimento autuado, em relação aos quais as entradas são das matérias primas, ou seja, de produtos diversos.

Tal situação aconteceu com os produtos "brigadeiro", "broas", "pizzas", "nescau/copo", "petit four", "pães de queijo", "maria mole", "casadinho", "suspiro", "sucos", "salgados", "pudim", "mouses", "queijadinha", "sopa pronta", "azeitonas verdes fatiadas", "sanduíches" e "ovo frito", que foram comercializados através da lanchonete e restaurante, então situados no estabelecimento autuado, e em relação aos quais não se pode falar em "estoques" e "entradas", pois eram produzidos no estabelecimento autuado, a partir das aquisições dos ingredientes, baixados, estes sim, dos estoques existentes. As conclusões da auditoria, em relação aos tais produtos, são impossíveis de se atingir, a não se que se fizesse um rigoroso estudo sobre utilização de cada insumo, para as devidas transformações e conclusões, notadamente sobre as "entradas".

No mérito, observada a hipótese de aplicação do art. 155, § único, do RPAF, investigar possíveis erros no trabalho, levantando suspeita, nesse momento, com relação ao mês de abril de 2009, no que tange à Nota Fiscal nº 3821, pois se alocada para a cobrança, não pode prosperar, posto se tratar de Nota Fiscal emitida para devolução de "bem locado" (plataforma), utilizado para colocação de bandeiras, propagandas etc. Dita Nota Fiscal, no valor de R\$57.169,08, não se reporta a venda, e sim a operação não sujeitas a incidência do ICMS, devendo, se incluída, ser retirada da cobrança.

Em relação as demais operações, a Autuada não teve condições de identificar qualquer irregularidade, ficando os montantes correspondentes, por cautela, expressamente impugnados.

No que tange ao item 3, diz que, além da impossibilidade de contagem das produtos de "produção própria" (que também contariam com a redução de Base de Cálculo prevista no art. 87, inciso XX, do RICMS), a exigência esbarra na impossibilidade de se cobrar, sobre as saídas, ICMS sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em relação às quais o imposto pago pelas aquisições - "bebidas quentes" e "vinhos" -, e sobre produtos utilizados pela Autuada como embalagens das mercadorias que comercializa (consumidas internamente, portanto) - "EMB 4DOCES G15", "EMBLAGENS P/QUENTINHAS", "FILME PVC PLAST EASY PACK 15 MT", "FECHE PLÁSTICO" e "EMB FPN32 ALTA".

Por outro lado, aplicou de forma equivocada a devida redução de base de cálculo, para os produtos os vários tipos de "charque", utilizando apenas 5,880%, não compatibilizando a carga tributária para 7%, conforme determina o art. 87, inciso XXXI, do RICMS. Já os produtos de "fabricação própria", se, por absurdo, homologado o método irregular de contagem, contam com a redução do mesmo artigo, do RICMS, inciso XX.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e revisão fiscal para apurar a possibilidade, ou não, de contagem de estoques dos produtos de fabricação própria, do consumo dos materiais de embalagem, da inclusão de mercadorias sujeitas à substituição e da correta aplicação das reduções de base de cálculo regulamentar, colocando à disposição toda documentação necessária, revisão por fiscal estranho ao feito, pede que o Auto de Infração seja julgado NULO ou IMPROCEDENTE.

A autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 215 a 219 dos autos, aduz que a defendant suscita a nulidade das infrações 1, 2 e 3, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa.

Quanto as infrações 1 e 2, que diz não ter recebido a demonstração analítica da cobrança, ao contrário do que foi dito, destaca que foram entregues ao autuado todas as planilhas (fls. 12 a 45),

com assinatura de recebimento às fls. 28, 30 e 45, em que se demonstra como se apurou os valores das infrações 1 e 2, logo, conclui dizendo que não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Em relação a infração 3, destaca que procede algumas considerações da defesa, o que a levou a retirar alguns produtos do levantamento. Em seguida observa que o autuado solicita que sejam investigados possíveis erros no trabalho, levantando suspeita, com relação ao mês de abril de 2009, no que tange a Nota Fiscal nº 3821, posto se tratar de nota fiscal emitida para devolução de "bem locado" (plataforma), utilizado para colocação da bandeiras, propagandas, etc.

Sobre o produto mencionado na Nota Fiscal nº 3821, diz que não foi incluído no levantamento quantitativo de estoque, e se tivesse sido incluído, diz que implicaria na omissão de entradas, visto que a nota fiscal mencionada é de saída e não há respectiva entrada. Observa que a presente infração se trata de omissão de saídas, portanto não erro no trabalho realizado pela fiscalização quanto a essa nota fiscal citada.

Destaca que a autuada alega que foi cobrado ICMS sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – "bebidas quentes" e "vinhos" – bem assim, sobre os produtos utilizados pela autuada como embalagens das mercadorias que comercializa – "EMB 4DOCES G15", "EMBALAGENS P/QUETINHAS", "FIME PVC PLAST EASY PACK 15 MT", "FECHE PLASTICO" E "EMB FPN32 ALTA".

Diz então, as bebidas as quais foram cobradas a omissão de saídas não estavam incluídas na substituição tributária em 2009, exercício da realização do roteiro, inclusive o tratamento dado foi de tributação normal, tais bebidas são aguardentes e vinho que não estavam incluídas na Substituição Tributária. Cita a redação do item 2, do inc. II, do art. 353 do RICMS/BA.

Por sua vez, diz que, de fato foi aplicada equivocadamente ao "charque" a redução de base de cálculo de 5,88, onde refez o demonstrativo sendo considerada a redução correta de 58,825%.

Quanto aos produtos "EMB 4DOCES G15", "EMBALAGENS P/QUETINHAS", "FIME PVC PLAST EASY PACK 15 MT", "FECHE PLASTICO" E "EMB FPN32 ALTA", a autuada da tratamento de mercadorias para comercialização, como pode ser constatado nos documento e arquivos magnéticos, onde constam os CFOP nºs 1102 e 2202. Assim tais mercadorias mantém no levantamento quantitativo de estoque

Depois de refeito o roteiro de estoque, o valor da infração 3 passou a ser de R\$9.152,76, conforme os novos demonstrativos às fls. 220 a 341 dos autos.

Por todo o exposto, pede que o Auto de Infração em tela seja julgado procedente em parte.

Voltando a manifestar nos autos à fls. 345 a 346, o autuado destaca que renova todos os termos de sua defesa, inclusive questões prejudiciais, bem assim a solicitação de que todas as notificações e intimação relativas ao feito sejam direcionadas aos advogados regularmente contratados, legítimos representantes da Autuada na presente ação administrativa. Aliás, destaca que a intimação se reporta às fls. 215 a 341, porém a somente recebeu cópias das fls. 215 a 228, o que caracteriza cerceamento do direito de defesa.

No mérito, ratificando a hipótese de aplicação do art. 155, § único, do RPAF, com relação ao mês de abril de 2009, no que tange à Nota Fiscal nº 3821, diz respeito ao item 2, no valor de R\$57.169,08, não se reporta a venda, e sim a operação não sujeita a incidência do ICMS, posto se tratar de Nota Fiscal emitida para devolução de "bem locado" (plataforma), utilizado para colocação de bandeiras, propagandas etc. Destaca que a autuante entendeu que a citada Nota Fiscal se reportava ao item 3, e por isso não fez a devida exclusão. Contudo, em sendo relativa ao item 02 e dizendo respeito à operação não tributada, deve ser o valor cobrado, a ela correspondente, retirado do Auto de Infração.

No que tange ao item 3, deve o Julgador observar o efetivo enquadramento sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em relação às quais o imposto é pago pelas

aquisições - "bebidas quentes" e "vinhos" -, mantidos pela Autuante. A questão é de conferência, pelo Julgador, de cada "bebida", a fim de que se faça o confronto com o texto do RICMS, vigente à época dos fatos.

Já em relação aos produtos utilizados como embalagens das mercadorias que comercializa (consumidas internamente, portanto) - "EMB 4DOCES G15", "EMBLAGENS P/QUENTINHAS", "FILME PVC PLAST EASY PACK 15 MT", "FECHE PLÁSTICO" e "EMB FPN32 ALTA", a exclusão é decorrente da aceitação da defesa, no que tange aos produtos de "produção própria", pois tais produtos, no mínimo, também são consumidos na embalagem dos mesmos produtos de fabricação interna, não se podendo atribuir segurança à apuração.

E sobre os produtos de "fabricação própria", restou ainda a manutenção da cobrança sobre "mousse chocolate" e "mousse maracujá", que, dentro dos mesmos princípios da defesa, devem ser excluídos.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e revisão fiscal para apurar a possibilidade, ou não, de contagem de estoques dos produtos de fabricação própria, do consumo dos materiais de embalagem, da inclusão de mercadorias sujeitas à substituição, colocando à disposição toda documentação necessária, revisão por fiscal estranho ao feito, pede que o Auto de Infração seja julgado NULO ou IMPROCEDENTE.

Desenvolvendo nova informação fiscal, a autuante diz que as infrações 1 e 2 (lê-se infração 3) ficam mantidas, conforme os termos da informação fiscal às fls. 215 a 219 do presente PAF. Quanto à infração 3 (lê-se infração 3), ficou constatado que o produto constante da Nota Fiscal nº 3821 trata-se de uma plataforma – código nº 9655 - é um bem locado, que a saída não se reporta a venda, mas sim devolução de bem locado, portanto diz que retirou o valor referente a tal produto, R\$9.717,21, da infração 2 (mês de abril – ver fl. 355, onde original de R\$9.919,29 foi alterado para R\$202,08), com isso a infração passou de R\$12.717,17 para o valor de R\$ 2.924,91.

Por todo o exposto, diz ter demonstrado a exatidão do procedimento fiscal adotado, esperando que o Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE EM PARTE.

Às fls. 373 a 374 do PAF, constam extratos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, acerca do detalhamento de pagamento dos valores reconhecido pela autuada.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos. Refuto, portanto o pedido de nulidade arguido por conta de insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento direito de defesa, pois o enquadramento da autuação está em total conformidade com a descrição dos fatos relacionados às ocorrências fiscais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, inclusive com redução do débito cobrado na ação fiscal por conta dos equívocos apontados na manifestação de defesa e acatados pela Fiscal Autuante.

Quanto ao requerimento da conversão do julgamento em diligencia, com fundamento no art. 147, inciso I, alínea "a" do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo desnecessária por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, ainda mais, por conta de que todas as controvérsias da lide foram atenuadas de forma explícita dentro dos princípios do contraditório e da ampla defesa entre as partes, diante dos elementos constantes no processo, o que inclusive, resultou na confissão da

dívida e o consequente pagamento pelo sujeito passivo no montante levantado pela Fiscal Autuante, após a sua informação fiscal acostada às fls. 351 a 352 dos autos.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$65.000,79, relativo a três irregularidades, sendo a primeira em razão de ter recolhido a menor ICMS no valor de R\$34.853,17, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas por ECF; a segunda, também por ter recolhido a menor ICMS no valor de R\$12.717,17, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, agora por Nota Fiscal, a terceira irregularidade por falta de recolhimento do imposto no valor de R\$17.430,45, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, no ano de 2009, decorrente de falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado.

Em relação ao mérito, o sujeito passivo argui erros em relação às infrações 2 e 3. Quanto a infração 1 mantém-se silente, o que deixará de ser analisada por não haver lide. Em relação a infração 2, o erro apontado é de que a Nota Fiscal nº 3821, no valor de R\$57.169,08, que fazia parte integrante do débito relacionado ao mês de abril de 2009 dizia respeito a devolução de “bem locado”, utilizado para colocação de bandeiras e propagandas, e não a venda de mercadoria, como estava posta na autuação, em que tal operação não estaria sujeita a incidência do ICMS, onde, por consequência, não justificaria a cobrança de recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível na saída da mercadoria regularmente escriturada.

Instado a manifestar a autuante, às fls. 350 a 351, informa que de fato a mercadoria constante da Nota Fiscal nº 3821, trata-se de um bem locado – plataforma – Código CFOP nº 9655, acatando a proposição do defendente de que a operação não se reporta a venda, mas sim de devolução de bem locado, com isso reduz o item da infração 02, relativo ao mês de abril de 2009, do valor de R\$9.919,29 para o valor de R\$202,08 (fls. 355), onde à luz das documentações acostadas aos autos, concordo com o entendimento da Fiscal Autuante. Sendo assim, a segunda infração subsiste parcialmente no valor de R\$2.924,91.

Quanto a infração 3, o sujeito passivo traz aos autos algumas proposições de cometimento de erros no levantamento quantitativo objeto da autuação, tipo: “*a auditoria misturou produtos acabados, assim entendidos aqueles adquiridos e comercializados na sua forma original, com outros produzidos no próprio estabelecimento – brigadeiro, broas, pizzas, etc.*”; “*foi cobrado ICMS sobre mercadorias enquadradas no regime substituição tributária – bebidas quentes e vinhos – bem assim, sobre os produtos utilizados pela autuada com embalagens das mercadorias que comercializa - EMB 4DOCES G15", "EMBLAGENS P/QUENTINHAS", "FILME PVC PLAST EASY PACK 15 MT", "FECHE PLÁSTICO" e "EMB FPN32 ALTA*”; como também aplicação equivocada do fator de redução da base de cálculo em relação ao produto – “charque”.

Sobre as proposições de erros apontadas para infração 3, a autuante concorda que de fato cometera o erro no levantamento de aplicar equivocadamente ao “charque” a redução de base de calculo de 5,88%, onde refez o levantamento considerando a redução correta de 58,825%. Quanto aos demais pontos apontados refuta com argumentos claros na sua informação fiscal à fls. 215 a 219, apresentando nova apuração de levantamento quantitativo de estoque (fls. 220 a 341), onde apresenta a alteração do débito da infração 3 de R\$17.430,45 para o valor de R\$9.152,76 (fl. 228), que aliás é acatado pelo sujeito passivo através do termo de confissão de dívida à fl. 369 e seu consequente pagamento na forma dos documentos às fls. 371 a 371 dos autos. Isto posto, da análise das razões e contra-razões das partes acostada aos autos, concordo com novo débito apurado. Sendo assim, a terceira infração subsiste parcialmente no valor de R\$9.152,76.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar procedente a infração 1 e parcialmente procedente as infrações 2 e 3 por reconhecimento e pagamento pelo autuado, após os ajustes efetuados pela autuante, cujos valores deverão ser homologados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269199.0032/13-5, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI (ATAKADÃO ATAKAREJO)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$47.005,89**, acrescido das multas de 60% sobre R\$37.853,13 e 70%, sobre R\$9.152,76, previstas no art. 42, incisos II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2014.

ALVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR –JULGADOR