

A. I. Nº - 088502.0001/12-6
AUTUADO - CONCORD DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO ANIBAL BASTOS TINOCO
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 14.05.2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0039-06/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS SOB O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente elidida. b) MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Infração procedente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração procedente em parte. b) OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, exige-se imposto por antecipação tributária, responsabilidade do próprio sujeito passivo, nos termos do art. 379, § 1º, RICMS BA. Infração subsistente. c) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o valor de maior expressão monetária. No caso, o das operações de entradas. Infração procedente (infração 5). d) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Infração procedente (infração 6). e) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração procedente. (infração 7). 3. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração procedente em parte. 4. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. REDUÇÃO INDEVIDA DE BASE DE CÁLCULO. Infração Improcedente. 5. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO DECRETO Nº 7.799/00, NAS SAÍDAS PARA PESSOAS NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. O tratamento fiscal previsto no Decreto nº 7.799/00 aplica-se unicamente nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual. Infração procedente. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a

antecipação do imposto no prazo regulamentar.
Infração procedente em parte. Auto de Infração
PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2012, exige ICMS no valor de R\$304.959,36, em razão do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – 01.02.06: utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor histórico R\$56.409,17 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 – 01.02.02: utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor histórico R\$10.206,53 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 – 04.05.02: falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de 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. Valor histórico R\$9.259,10 - Multa de 100%; Exercício de 2010.

INFRAÇÃO 4 – 04.05.11: falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor histórico R\$1.485,47 – Multa de 60%; Exercício de 2010.

INFRAÇÃO 5 – 04.05.05: falta de recolhimento de ICMS constatado pela apuração de diferenças tanta de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Valor histórico R\$886,54 – Multa de 70%; Exercício de 2009.

INFRAÇÃO 6 – 04.05.09: falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente de omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Valor histórico R\$22,97 – Multa de 60%; Exercício de 2009.

INFRAÇÃO 7 – 04.05.08: falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor histórico R\$44,78 – Multa de 70%; Exercício de 2009.

INFRAÇÃO 8 – 02.01.03: deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor histórico R\$73.920,38 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 9 – 03.02.06: recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Vendas efetuadas para contribuintes inscritos de mercadorias sujeitas à substituição tributária. Valor histórico R\$69.172,95 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 10 – 03.02.06: Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Vendas efetuadas para contribuintes inscritos como isentos ou especial. Valor histórico R\$13.108,87 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 11 – 07.01.02: efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Valor histórico R\$70.442,60 – Multa de 60%.

O autuado apresenta peça defensiva de fls. 526/541, na infração 1, diz que impõe-se verificar que houve estorno de créditos em relação a diversos itens tributados normalmente, em que a utilização do crédito fiscal é perfeitamente lícita, sendo manifestamente improcedente a infração quanto a esse particular.

Quanto ao exercício de 2009, a fim de demonstrar os equívocos do auditor fiscal elaborou o *"DEMONSTRATIVO DE PRODUTOS EM SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA NORMAL COM ESTORNO DE CRÉDITO NO DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 01 - 2009"*. Ao excluir as cobranças relativas aos itens de mercadorias constantes no demonstrativo em referência, restam 3 notas fiscais, quais sejam: Nota Fiscal nº 686705, relativas a adesivos classificados no NCM nº 3506 e Notas Fiscais nºs 250117 e 250130, relativas a macarrão.

Verifica no livro Registro de Entradas de Mercadorias se houve, ou não, aproveitamento dos créditos fiscais, relativamente às 3 notas fiscais restantes, no entanto na análise do livro fiscal demonstra que as Notas Fiscais nºs 250117 e 250130, emitidas por CAIUBI INDUSTRIA DE ALIMENTOS S/A., foram registradas sem o aproveitamento de créditos. O mesmo ocorreu com a Nota Fiscal nº 686705 emitida por HENKEL LTDA.

Quanto ao exercício de 2010, utilizou a mesma metodologia já descrita acima, indicando, em primeiro lugar, quais mercadorias tributadas constam do demonstrativo fiscal no *"DEMONSTRATIVO DE PRODUTOS EM SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA NORMAL COM ESTORNO DE CRÉDITO NO DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 01 - 2010"*. Em relação às notas fiscais restantes, consta no livro Registro de Entrada que não houve aproveitamento de crédito relativamente às demais Notas Fiscais nºs, quais sejam: 13922, 13923, 19845, 15720, 55141, 55838, 17260, 37079, 37083, 61202, 27257, 18783, 20860, 74805, 74806, 22141, 22142, 23581, 23582, 25312, 25313, 26915, 26916, 28508, 28640, 48916, 57818, 57819, 52326 e 57167.

Para comprovar a alegação, junta cópias de todas as notas fiscais referidas, bem como o arquivo eletrônico dos respectivos livros Registro de Entrada de Mercadorias, mediante o qual o Autuante, em sua resposta fiscal, ou fiscal estranho ao feito, em diligência, deverão proceder à verificação das notas fiscais e dos respectivos registros no Livro Registro de Entradas para constatar que não houve o aproveitamento de crédito, relativamente a aquisição de mercadorias em regime de substituição tributária.

Na Infração 2, alega que após analisar os demonstrativos, constatou que a maioria das notas fiscais, elencadas nas planilhas, referem-se às aquisições de material de embalagem junto à empresa TERMOPLAST EMBALAGENS LTDA., cujo crédito é permitido conforme o art. 93, I, "a", do RICMS-BA. Em outras situações, tratam-se de notas fiscais referentes às aquisições de material para uso e consumo (CFOP nº 1556), porém não procede a assertiva fiscal relativa à suposta ocorrência do aproveitamento de créditos indevidos, conforme poderá ser visto nos respectivos lançamentos constantes no livro Registro de Entradas, uma vez que não há crédito para lançamentos com CFOP nº 1556.

Assevera que para comprovar a aquisição de material de embalagem junto à TERMOPLAST EMBALAGENS LTDA., bem como que não houve aproveitamento de crédito relativamente às notas fiscais de material para uso/consumo, junta as cópias das respectivas notas fiscais que poderão ser confrontados com arquivo eletrônico do livro Registro de Entradas.

Em relação às infrações 3 e 4, afirma que são imputações que têm como substrato comum a auditoria de estoques realizada, cujas omissões de entradas e saídas, supostamente encontradas,

decorrem de erros cometidos pelo auditor fiscal que, por um lapso, desconsiderou movimentos de mercadorias relativos a remessa e retorno para depósito fechado, bem como reclassificações.

Pontua que importou-se para uma planilha eletrônica as linhas relativas aos registros 54 do arquivo magnético SINTEGRA, bem como as informações de estoque (registro 74), a fim de elaborar novos demonstrativos de auditoria de estoque geral indicando "estoque inicial", "estoque final", "entradas" e "saídas", bem como demonstrando, em planilhas apartadas os respectivos movimentos de entradas e saídas de cada item, cujas omissões de entradas ou saídas foram erroneamente apresentadas nos demonstrativos fiscais.

Salienta que os demonstrativos desta impugnação indicam nova auditoria de estoques, em que não constam as omissões apresentadas pelo auditor fiscal. Apresenta ainda, toda a movimentação de saída e entrada em planilhas auxiliares, que servirá para corroborar os valores lançados no LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES GERAL DO EXERCÍCIO apresentado. Tais demonstrativos são juntados à presente impugnação, também em arquivo eletrônico, a fim de comprovar a improcedência total das infrações em referência.

No tocante às Infrações 5, 6, 7 e 10, reconhece o débito e afirma que as imputações serão objeto de parcelamento, conforme o demonstrativo de pedido de parcelamento anexo.

Quanto à Infração 8, afirma que o auditor-fiscal cometeu diversos equívocos, que merecem enumeração e consideração pormenorizada.

Assim, fim de segmentar analiticamente a infração, os demonstrativos fiscais foram transpostos para uma planilha eletrônica editável. Aplicou diversos filtros para identificar as cobranças errôneas e destacá-las em fonte vermelha, cujos respectivos créditos tributários devem ser julgados improcedentes, por enquadrar-se em uma ou mais das seguintes situações: *“a) remessa para depósito fechado - as operações com CFOP nº 5905 deverão ser excluídas por se referirem a operações não tributadas de remessa para depósito fechado, na conformidade do art. 6º, VI, “b”, do RICMS-BA; b) remessa para reclassificação - operações com CFOP nº 5926 em que não há circulação física ou econômica, servindo, tão-somente, para alteração da codificação de itens, dando baixa nas mercadorias que se pretende reclassificar; c) itens incluídos na substituição tributária - conforme os arts. 353 II e 512-A houve cobrança de itens incluídos na substituição tributária, tais como: lustra móvel (NCM nº 3405.20), óleo king (NCM nº 2710.19.3), kenikov aguard. comp. de lima (NCM nº 2208), a partir de 01/04/2009 e rações (NCM nº 2309); d) itens isentos - cobrança quanto a insumos agropecuários (rações) isentos em conformidade ao art. 20, III, RICMS/BA.”*

Evidenciou as ocorrências relativas à infração 8, na qual elaborou um demonstrativo auxiliar que enumera os itens constantes do demonstrativo fiscal, bem como as razões para a improcedência já descritas, relativas a cada item. Ressalva que a mesma metodologia foi utilizada para o exercício de 2010, verificando-se, em resumo, as seguintes razões para o julgamento pela improcedência, constantes de planilha anexa e abaixo resumidas: *“a) remessa para depósito fechado e reclassificação, conforme exposto acima; b) ocorrência de saídas de insumos agropecuários (rações) isentas, conforme art. 20, III, RICMS/BA; c) ocorrência de saídas de itens na substituição tributária, tais como: óleo king, pá de lixo condor; gancheira condor, açúcar demerara e rações (NCM nº 2309).”* Também, da mesma forma aplicada quanto ao exercício de 2010, elaborou um demonstrativo auxiliar com os itens em cobrança, com a situação tributária de cada um deles.

Ressalta que tanto o demonstrativo fiscal ajustado, com designação de linhas cuja cobrança é improcedente em cor vermelha, quanto o demonstrativo auxiliar com as razões da improcedência da cobrança, para cada item, são juntados à presente impugnação, nos respectivos arquivos eletrônicos, pois os valores das linhas em verde foram totalizados por meses e incluídos no demonstrativo para o pedido de parcelamento, em anexo, a fim de quitar o crédito tributário devido.

Na Infração 9, pede pela improcedência total, haja vista que o auditor-fiscal desconsiderou que as saídas de mercadorias incluídas na substituição tributária não sofrem tributação, em virtude de estarem com a "fase de tributação encerrada", em razão do pagamento do tributo de forma antecipada: antecipação total pela entrada no estabelecimento do adquirente neste Estado ou pela retenção pelo remetente localizado em Estado signatário de acordo/protocolo por meio de GNRE.

Ademais, aponta as situações, relativas a itens tributados normalmente que, ainda assim, erroneamente, constam do demonstrativo fiscal relativo ao ano de 2009, tais como: *"a) diversas bebidas incluídas nas posições NCM nºs 2208 e 2205, que somente foram incluídas na substituição tributária após 01/04/2009 e que, ainda assim, constaram nos demonstrativos fiscais em datas até 31/03/2009; b) diversas bebidas incluídas nas posições nºs 2206 e 2204, que somente foram incluídas na substituição tributária após 01/01/2010; c) outras mercadorias normais, tais como: ração granulada, fita isolante, cola 3M scotch; chocolate pó xocoalt e choconutri; escova lava louça; pitu cola e limão (tributada normalmente até 06/05/2009) e gel antisséptico higifresh."*

Quanto ao exercício de 2010, verificam-se as seguintes ocorrências: *"a) mercadorias normais diversas, tais como: chocolate em pó; escova de sapato; ração colza; esponja krespinha inox (tributado normal até 31/10/2010) e pedra sanitária."* Junta demonstrativos em arquivos magnéticos.

Na última, Infração 11, afirma que o roteiro de auditoria fiscal apresentou é falho, dificultando a defesa, por não individualizar os valores cobrados em relação a cada uma das notas fiscais consignadas no demonstrativo fiscal. Erroneamente o nobre auditor optou por demonstrar ao fim da planilha um suposto valor de ICMS ST, bem como os supostos valores recolhidos, apurando-se as diferenças supostamente devidas.

Diante dessas falhas, introduziu algumas modificações no demonstrativo fiscal: *"1) na coluna referente ao imposto devido, realizaram-se as respectivas deduções dos créditos fiscais de ICMS constantes da nota fiscal; 2) acrescentaram-se colunas a fim de informar: ICMS ST Total por cada nota fiscal, valor de "antecipação total" recolhido constante no livro Registro de Entradas, recolhimento de retenções por meio de GNRE ou destacados no campo de ICMS ST, eventuais diferenças entre os valores apurados e os recolhidos."*

Frisa que após essas modificações no demonstrativo fiscal, de posse das notas fiscais, retificaram-se parte dos dados inseridos, de forma equivocada, entre os quais: valores contábeis e percentuais de MVA. Identifica, ainda, os seguintes erros e falhas: *"1) cobrança de ICMS ST em relação a itens tributados normalmente; 2) falta da consideração da redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 76/94 para alguns itens farmacêuticos, bem como falta da redução de 10,495% relativamente aos odorizantes de ambiente; 3) cobrança do imposto com alíquota de 27% para itens incluídos na NCM nº 2206, cuja alíquota prevista no RICMS é 17%."*

Conclui que os valores devidos a título de ICMS ST encontrados pela auditoria fiscal são manifestamente equivocados, em razão dos erros relatados quanto à inserção dos dados relativos aos valores contábeis; desconsideração da totalidade dos recolhimentos registrados no livro Registro de Entradas, bem como mediante GNRE ou por contribuintes com inscrição de substitutos tributários destacados em nota fiscal.

Diante de tantos erros nos demonstrativos fiscais optou por reapresentá-lo com todas as correções necessárias, bem como com dados adicionais que possibilitem demonstrar o cálculo do ICMS Substituição Tributária, quanto à totalidade das notas objeto de auditoria fiscal, a fim de requerer diligência fiscal para verificação, visando, principalmente, validar os valores constantes das notas fiscais, GNRE, livro Registro de Entradas, bem como os respectivos percentuais de MVA, pela verificação dos NCM constante das respectivas notas fiscais que são apresentadas em cópia.

Reitera que pequeno valor de imposto devido, relativo ao período de março de 2010, encontrado no demonstrativo de defesa elaborado pelo Impugnante, foi devidamente incluído no pedido de parcelamento.

Acrescenta que considerando o teor dos erros de auditoria apontados, espera-se que, com a informação fiscal, sejam todos resolvidos pelo reconhecimento da procedência dos argumentos. Todavia, persistindo a resistência fiscal quanto aos argumentos da defesa, requer, com fulcro no art. 145, do RPAF, visando à busca pela verdade material, diligência para responder aos seguintes quesitos: “1) Houve aproveitamento de crédito fiscal, relativamente aos itens incluídos na substituição tributária, referidos nos demonstrativos fiscais da infração 1 (2009 e 2010)? 2) Houve aproveitamento de crédito fiscal relativamente às notas fiscais constantes na infração 2, cujo registro no livro Registro de Entradas deu-se pelo CFOP nº 1556? 3) Os demonstrativos de movimentação de itens em estoque apresentados pelo Impugnante, contendo informações de EI, EF, Total de Entradas, Total de Saídas, Omissão de Entradas e Omissão de Saídas, correspondem aos dados constantes nos demonstrativos auxiliares (registro 54 por item) ora apresentados? 4) Os valores contábeis de produtos, percentuais de MVA, antecipação total escriturada e recolhimentos por GNRE ou por contribuinte substituto inscrito (destacado em NF) constantes da planilha apresentada pela Impugnante estão corretos perante o livro Registro de Entradas, GNRE's, notas fiscais e classificação fiscal dos itens?”

A autuante presta informação fiscal, fls. 864/870, de início, informa que, após intimar o contribuinte acima identificado, dele recebendo em TXT os livros Registros de Entradas e Saídas, bem como os demais livros e documentos necessários para a execução dos trabalhos de auditoria, em papel, analisando-os, exaustivamente, chegou à conclusão da necessidade da lavratura do auto de infração em lide, haja vista a gama de erros e equívocos apurados.

Constata que o contribuinte se creditou do ICMS relativo à substituição tributária, nas entradas, bem como do ICMS relativo às entradas de material de uso e consumo, redundando nas Infrações 1 e 2 deste processo; as infrações 3, 4, 5, 6 e 7, são oriundas do levantamento de estoque efetuado; a infração 8, trata da saída de mercadorias não tributadas pela empresa, quando, na realidade, as mesmas deveriam ter sido tributadas normalmente, por não se tratar de mercadorias isentas ou sujeitas à substituição tributária.

Nota que no exercício de 2009, quanto ao material de limpeza, por força do Protocolo ICMS 106/09, só entrou em vigor na substituição tributária em 01/01/2010. No tocante ao exercício de 2010, a mercadoria mais citada como não tributada, e que deveria ter sido, foi o óleo King. Nas notas fiscais de entradas analisadas e anexadas ao PAF, pela defesa, verificou que o próprio fornecedor faz alusão à sua cobrança sem a substituição tributária, facilmente identificada nas informações complementares das notas fiscais citadas.

A infração 9, que trata da venda para contribuintes inscritos, com redução da base de cálculo, em mercadorias não amparadas por aquele benefício, tem o seu embasamento no art. 4º, incisos I e II do Decreto nº 7.799/00 vigente à época. A infração 10 trata de venda para não contribuinte do ICMS, com a utilização do Decreto nº 7.799. Finalmente, a infração 11, trata da substituição tributária nas entradas de mercadorias oriundas de outras unidades da federação.

Diz que o contribuinte reconheceu as infrações 5, 6, 7 e 10, das quais, inclusive, solicita de imediato, o parcelamento e se defende em relação às infrações 1, 2, 3, 4, 8, 9 e 11.

Inicialmente, pede atenção para os CFOP's constantes dos demonstrativos relativos à infração 1, já que vai ser a base de sustentação para a manutenção da mesma, com as correções advindas das informações trazidas pela defesa, no que tange ao exercício de 2009, já que os novos demonstrativos por ele anexados, diminuem a infração no exercício de 2009 de R\$47.637,87 para R\$18.874,48, ficando, entretanto, inalterado o valor relativo ao exercício de 2010. Ressalta que esta infração está respaldada nos desconcontros identificados nos documentos enviados pelo contribuinte para a fiscalização, como a utilização de CFOP's nºs 1102 e 2102, nos LRE e LRAICMS dos períodos auditados, em total discordância com os CFOP nº 1403 utilizados nos arquivos magnéticos enviados para a SEFAZ.

Aduz que seria, realmente, muita ingenuidade do contribuinte, creditar-se de imposto nas entradas com o CFOP's nºs 1403 ou 2403, pelo que os transferiu para os CFOP's nºs 1102 e 2102. A

prova material encontra-se na mídia enviada pelo contribuinte referente ao LRE, em TXT, ora anexada a esta contestação, com realce em vermelho, para identificar as notas fiscais objeto da cobrança, inseridas nos multicitados demonstrativos da auditoria.

Quanto à infração 2, afirma que foi dado o tratamento igual, só que agora realçando o CFOP nº 1556, objeto da cobrança do crédito indevido, na compra de material de uso e consumo, substituído no LRE e no LRAICMS pelo CFOP's nº 1102 e 2102, o que, obviamente, permitiu o crédito do ICMS. Ressalta, inclusive, que realçou a inserção do CFOP nº 1556, em laranja, nas cópias das notas relativas a esta infração, anexadas ao PAF pela própria defesa da autuada. Vide documentos às fls. 606 a 620.

Mantém a infração integralmente, como também, não vê a necessidade da diligência aventada pela defesa, pois houve, sim, utilização de crédito do ICMS, relativo às entradas das mercadorias sujeitas à substituição tributária, bem como àquelas destinadas ao uso e consumo da empresa.

Na infração 3, afirma que, apesar de a defesa tentar descaracterizá-la, nada mostra além de uma planilha por ela confeccionada, onde, obviamente, não aparece omissões. Pede pela subsistência da mesma, já que a defesa não produziu provas capazes de elidi-la.

A infração 4 é decorrência da infração 3, por isto subsiste.

Em relação às infrações 5, 6, 7, 10, e parte da 8, foram acatadas pela defesa como procedentes, constando, inclusive, do pedido de parcelamento do presente PAF.

Salienta que a infração 8, em que pese a assertiva da defesa de que foram inseridos pelo autuante, no demonstrativo às fls. 141 a 307, itens que devem ser retirados da cobrança, por se tratarem de mercadorias constantes do CFOP nº 5905 (remessa para depósito fechado), CFOP nº 5926 (remessa para reclassificação de itens); outros itens incluídos na substituição tributária, fazendo citações de alguns deles, bem como de itens isentos, como insumos agropecuários (rações), acredita existir alguns equívocos de parte da autuada ao se referir: *"1 - As mercadorias referentes ao CFOP nº 5905, coincidentemente, são as mesmas cobradas na infração 3 defendida pela autuada, que trata de omissão de saídas no levantamento do estoque, o que, de pronto, inviabiliza o seu pedido de exclusão daqueles itens, ao demonstrar que tais remessas, se foram efetuadas, devem tê-lo sido de forma ficta; 2 - As remessas para reclassificação de itens, com as mudanças de códigos, não encontram respaldo no seu pedido, pois, para que se processassem, a SEFAZ deveria ter sido cientificada, pelo menos, com a inclusão no seu RUDFTO de requerimento para tal mister; 3 - Dos itens, segundo a defesa, incluídos na substituição tributária, e que deveriam ser retirados da cobrança no exercício de 2009, estão produtos de limpeza, que a partir do advento do Protocolo ICMS nº 106/09 só foram incluídos naquele instituto a partir de 01.01.2010, bem como insumos agropecuários não existentes naquele demonstrativo."*

No tocante à infração 9, que trata da utilização do Decreto nº 7.799, ao determinar saídas de mercadorias com redução para contribuintes inscritos traz em seu bojo, realmente, várias delas constantes da substituição tributária, uma vez que, com o seu ciclo de tributação encerrado, não justifica a sua saída para contribuintes inscritos, tributada normalmente, com o agravante de ter a sua base cálculo reduzida. Daí a sua inserção no demonstrativo.

Na infração 11, o contribuinte alega em sua defesa, entre outras coisas, que o demonstrativo acostado pelo autuante não individualiza os valores cobrados em relação a cada uma das notas fiscais consignadas no mesmo. Contudo, a cobrança ali efetivada foi até mais pormenorizada, pois foi executada, item a item, das notas citadas no demonstrativo fiscal, a fim de facilitar, inclusive, a sua melhor percepção. Assim, não procede tal argumentação. Para ilustrar a sua defesa, o contribuinte anexa cópias das notas fiscais citadas no demonstrativo fiscal, com o intuito de tentar descaracterizá-la, o que, no entanto, serviu isso sim, para corroborar o quanto a cobrança foi feita de forma correta, pois, a uma simples análise, verifica-se que nas notas fiscais anexadas não existe destaque, por parte do fornecedor, do ICMS ST. Os valores ali inseridos àquele título o foram de forma manual, sendo que nas notas, onde de fato o ICMS ST foi inserido pelo próprio fornecedor, a cobrança foi feita sobre algum item que não foi contemplado no ICMS

ST inserido pelo emitente da nota. Assim sendo, não procede ao pedido de exclusão de itens pela defesa.

Quanto às duas últimas indagações efetuadas pela defesa, ao final do seu petítório, afirma que os demonstrativos efetuados pela auditoria estão de acordo com os livros Registros de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS, enviados pelo contribuinte para a SEFAZ, inclusive no que tange aos valores contábeis. Fica por sua conta a inserção das MVA's, com base no Anexo 88 do RICMS, bem como a anexação das relações dos DAE's pagos, que constam da base de dados da SEFAZ, onde podem ser visualizados, também, valores relativos às GNRE's pagas, ambos acatados nos demonstrativos anexados ao presente PAF às fls. 376/392, respondendo, assim, àquelas indagações.

Requer a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação, o autuado, fls. 886/889, cita o art. 127, § 6º do RPAF: a *"informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação"* e, e aduz que o auditor fiscal apenas analisou a infração 1, tendo diversas outras sido objeto de defesa.

Sustenta que foram apresentadas diversas planilhas, demonstrando impropriedades cometidas no curso da ação fiscal, todavia, o nobre autuante deteve-se em analisar, tão-somente, a infração 1, apresentando novo demonstrativo que, ainda, assim merece reparos por este órgão julgador, uma vez que continua constando cobranças indevidas. Note-se que não foi elaborada sequer uma petição, determinando razões para a manutenção da autuação.

Reitera todos os argumentos defensivos, especialmente, os demonstrativos juntados em arquivos eletrônicos e demonstra os diversos equívocos na Auditoria Fiscal.

Registra que persistem erros no demonstrativo da infração 1 em que, por exemplo, consta o estorno de créditos, relativamente a mercadorias não enquadradas na substituição tributária, ou em relação às quais não houve aproveitamento de crédito.

Argui a título exemplificativo, o estorno de créditos relativos à aquisição de chocolate em pó, produto normal não enquadrado na substituição tributária. Ademais, da análise do livro fiscal resta demonstrado que as Notas Fiscais n^{os} 250117 e 250130, emitidas por CAIUBI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A., foram registradas sem o aproveitamento de créditos, mas, ainda assim, persistem no novo demonstrativo fiscal.

Quanto à infração 2, afirma que foi demonstrado que algumas notas com estorno de crédito referem-se a material de embalagem e outras a material de uso e consumo, cujo crédito não foi aproveitado na escrita fiscal, mas, ainda assim, o auditor fiscal manteve a cobrança sem se pronunciar a respeito.

Nas infrações 3 e 4, salienta que apresentou toda a movimentação quantitativa de estoques, demonstrando a inconsistência de supostas omissões encontradas na auditoria, em relação a determinadas operações com CFOP's específicos, que foram desconsideradas, mas, ainda assim, o auditor fiscal não se manifestou, apresentando argumentos contrários à defesa.

Na infração 8, a defesa demonstrou a ocorrência de diversas operações que não são tributadas, tais como: remessa para depósito; remessa para reclassificação; operações com itens incluídos na substituição e itens isentos. Não obstante o trabalho da defesa, o nobre auditor não se pronunciou a respeito, mantendo a infração em referência.

Em relação à infração 9, mesmo diante de argumentos tão contundentes, o Auditor fiscal não se pronunciou a respeito, simplesmente, mantendo a infração.

Por fim, quanto à infração 11, ocupou-se de refazer a auditoria da antecipação tributária, adotando a mesma planilha da auditoria fiscal, porém aperfeiçoando-a com a indicação de colunas para o imposto pago por antecipação ou já retido pelos fornecedores. Cuidou, ainda, de juntar cópia das notas fiscais, para demonstrar a improcedência da ação fiscal, porém esses

demonstrativos foram desconsiderados e não consta sequer uma linha, na resposta fiscal acerca dos argumentos defensivos.

Assim, diante das omissões na informação fiscal, impõe-se, com muito maior razão, conversão do feito em diligência para apresentar respostas aos quesitos formulados na defesa ou, ainda, pela Improcedência do Auto de Infração.

Na manifestação do autuante, fls. 890, este diz que o autuado só refuta indagações e que o defendente não observou o quanto foi dito e abordado na contestação, fls. 864/881 dos autos.

Reafirma que foi analisado o objeto da defesa, onde mostrou através dos fatos evidenciados nos seus LRE e LRAICMS, em consonância com os arquivos magnéticos enviados à SEFAZ, os erros e desencontros, dos quais se beneficiou, ora detectados, e, por isso, constantes do lançamento efetivado, bem como, das infrações acatadas como existentes na auditoria realizada.

Pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Nas fls. 891/893, constam extratos de pagamentos (R\$14.433,99) de parcelamento do Sistema SIGAT.

Nas fls. 907/912, consta Requerimento de Parcelamento de débito, no qual o contribuinte divide em 12 (doze) parcelas o débito. Junta o demonstrativo parcial do parcelamento (fl. 908), no valor de R\$15.292,38 e nas folhas seguintes a confirmação do parcelamento no sistema SIGAT. Nas fls. 914/916, consta extrato de confirmação do parcelamento e a situação do autuado "Baixa por pagamento".

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal converteu os autos em diligência para à inspetoria de origem para que fosse, adotados os seguintes procedimentos, com relação às infrações 3, 4, 8 e 11: (fls. 919 a 920).

"Infrações 03 e 04 – Referente ao levantamento quantitativo de estoques, as "remessas e os retornos para depósito fechados", se considerados na auditoria de estoques, devem ser retirados. Também o item "reclassificações". Isto é, não devem fazer parte do levantamento das entradas e das saídas. Dessa forma os levantamentos devem ser ajustados de acordo com a Portaria 445/98.

Infração 08 – Pede-se que sejam retirados dos demonstrativos: as remessas para depósitos fechado, CFOP 5905 e remessas para reclassificação, CFOP 5925.

Também devem ser retirados dos demonstrativos, os itens incluídos na substituição tributária e os isentos de tributação, citados na defesa, no que forem pertinentes às alegações do contribuinte, tais como: "itens incluídos na substituição tributária - conforme os arts. 353, II e 512-A houve cobrança de itens incluídos na substituição tributária, tais como: lustra móveis (NCM 3405.20), óleo king (NCM 2710.19.3), kenikov aguard. comp. de lima (NCM 2208), a partir de 01/04/2009 e rações (NCM 2309); d) itens isentos – "cobrança quanto a insumos agropecuários (rações) isentos em conformidade ao art. 20, III, RICMS/BA."

Infração 09 – Devem ser excluídas as mercadorias da substituição tributária. Pede-se que sejam verificadas nos arquivos magnéticos da empresa, haja vista que na condição de atacadista é devido o pagamento nas entradas das mercadorias no estabelecimento.

Desse modo devem ser refeitos os demonstrativos referentes aos levantamentos demonstrativos de estoque, inclusive o de débito.

Infração 11 - Infração 11 – 07.01.02: efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Valor histórico R\$ 70.442,60 – Multa de 60%.

Na infração 11, o autuado defende que se ocupou- de refazer a auditoria da antecipação tributária, adotando a mesma planilha da auditoria fiscal, porém aperfeiçoando-a com a indicação de colunas para o imposto pago por antecipação ou já retido pelos fornecedores. Cuidou, ainda, de juntar cópia das notas fiscais referidas em trabalho muito minucioso para demonstrar a improcedência da ação fiscal, porém esses demonstrativos foram desconsiderados na informação fiscal, e não consta, sequer uma linha, na resposta fiscal acerca dos argumentos defensivos.

Tendo em vista que o presente PAF também está sendo diligenciado, para as infrações adrede mencionadas, pede-se que o autuante se pronuncie especificamente quanto à infração 11. Também responda às quesitações propostas pela defendente.

Em decorrência de alterações promovidas nas infrações acima apontadas, pede-se que sejam elaborados novos demonstrativos, inclusive o de débito, que devem ser fornecidos ao sujeito passivo, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para que possa se manifestar.

Após a manifestação da sociedade empresária, o autuante deve prestar nova informação fiscal.

A final, retorne-se os autos a este CONSEF para prosseguimento da instrução processual."

Em atendimento à diligência, fls. 923/924, o autuante informa que:

INFRAÇÕES 3 e 4 - para a infração 3, as mudanças a serem feitas dizem respeito aos itens de reclassificação, já que os demais itens utilizados na consecução do levantamento nas saídas, conforme mostra o documento fls. 106, revelam que, aqueles com os códigos n^{os} 85838, 85847, 85856 e 85874, devem ser excluídos da cobrança, em um total de R\$308,54 (trezentos e oito reais e cinquenta e quatro centavos), remanescendo um saldo de R\$8.950,56 (oito mil novecentos e cinquenta reais e cinquenta e seis centavos), já que não foram contemplados, nem na entrada e nem nas saídas itens do CFOP n^o 5905.

No tocante à infração 4, destaca que os valores permanecem inalterados, já que não estão ali contemplados os códigos de reclassificação citados.

INFRAÇÃO 8 - assinala nesta infração, que há existência de produtos com os CFOP's n^{os} 5905 e 5926 que, obrigatoriamente, deverão ser excluídos da planilha, perfazendo um total de R\$2.236,53 em janeiro, R\$3.381,17 em fevereiro, R\$3.513,90 em março, R\$2.406,94 em abril, R\$2.200,49 em maio, R\$3.842,80 em junho, R\$1.526,66 em julho, R\$2.911,68 em agosto, R\$4.130,51 em setembro, R\$1.863,80 em outubro, R\$1.272,86 em novembro, e R\$1.223,56 em dezembro, devendo ser abatido do valor total da infração a importância de R\$30.510,90 (trinta mil quinhentos e dez reais e noventa centavos), remanescendo, assim, o valor de R\$20.360,88 (vinte mil, trezentos e sessenta reais e oitenta e oito centavos) no ano de 2009.

Já no exercício de 2010, deverão ser excluídos os valores de R\$802,06 em janeiro, R\$3.630,95 em fevereiro, R\$1.266,50 em março, R\$1.304,80 em abril, R\$495,45 em junho, R\$ 4.217,90 em julho, R\$3.393,40 em agosto, R\$118,12 em outubro, e R\$4.755,33 em novembro devendo, assim, ser abatida do valor total da infração, a importância, também, de R\$19.984,51 (dezenove mil novecentos e oitenta e quatro reais e cinquenta e um centavos), remanescendo, assim, o valor de R\$3.064,09 (três mil sessenta e quatro reais e nove centavos) no ano de 2010.

Pontua que as retificações foram efetuadas nas planilhas que compõem a infração 8, o valor total da infração que subsiste é o de R\$23.424,97, juntados os valores remanescentes dos exercícios de 2009 e 2010, acima evidenciados.

INFRAÇÃO 9 - Apesar de não citada no caput da deliberação dessa diligência solicitada por essa Junta de Julgamento Fiscal, só constando no corpo da mesma, informa que, após a solicitação para retirada dos produtos constantes da substituição tributária, inexistente cobrança para essa infração.

INFRAÇÃO 11 - Após a retirada dos itens cujas substituições tributárias haviam sido feitas pelos fornecedores interestaduais, conforme notas fiscais juntadas pela defesa às fls. 622 a 858, cujos números das notas fiscais estão realçados, o total da infração que era R\$70.442,60, subsiste, apenas, o valor de R\$10.616,90 (planilha anexa).

Por fim, pede pela subsistência do Auto de Infração diligenciado, com as correções efetuadas, já que satisfeito o pedido exarado da 4ª Junta de Julgamento Fiscal. No tocante aos quesitos formulados pelo defendente transfere a essa Junta de Julgamento Fiscal o direito de resposta aos citados quesitos, já que, só ela, tem a competência para tal.

Na manifestação do contribuinte, fls. 936/941, de início, requereu a juntada da manifestação da informação fiscal.

Destaca que considerando que a formulação de quesitos para resolver questões fáticas, controversas no processo administrativo fiscal assenta-se no direito constitucional ao

contraditório, ampla defesa e devido processo legal, com expressão específica no art. 145 do RPAF e, de fato, nunca numa relação de professor/aluno. Ademais, o risco de nulidade no PAF por cerceamento de defesa, será requerida, ao final. Pede que seja a diligência feita por autoridade fiscal estranha ao feito, uma vez que a pessoalidade, contaminando os ânimos do Autuante o impediram de realizar a diligência, nos termos em que determinada pelo órgão competente.

Frisa que o resultado da diligência, em especial na infração 1, será absolutamente necessária à resposta ao quesito 1, quando será demonstrado que não há qualquer saldo infracional, nos termos da impugnação, uma vez que houve estorno de crédito fiscal relativo à aquisição de mercadorias tributadas normalmente, sob tal justificativa que tais mercadorias estariam na substituição tributária. Além disso, as notas fiscais relativas às mercadorias em situação de substituição tributária não tiveram qualquer aproveitamento de crédito.

Por tais razões, insiste nos argumentos da defesa apresentada tempestivamente, bem como na necessidade de responder ao quesito 1 já formulado e, também, deferido pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal (fls. 919 a 920).

Na infração 2, assevera que não houve aproveitamento de crédito para as entradas com CFOP nº 1556, que o auditor equivocou-se, cobrando o estorno de crédito, relativamente a material de embalagem com crédito permitido. Para solucionar a controvérsia impõe-se a resposta ao quesito 2, que o autuante deixou de responder, mantidas todas as razões da defesa.

Em relação às infrações 3 e 4, salienta que elaborou novos demonstrativos de auditoria de estoques, a partir dos arquivos SINTEGRA, demonstrando que não houve omissões de entradas e saídas e para validar seu trabalho formulou o quesito 3 que deveria, ao menos, ser respondido pela autoridade autuante. Em resposta ao quesito 3, será demonstrado que os demonstrativos da auditoria de estoques, reelaborados pelo autuado, estão absolutamente corretos, sendo totalmente imprecedentes as infrações 3 e 4.

No que pertine à infração 8, afirma que a diligência fiscal concordou com os argumentos de defesa, porém, quando o auditor realizou as exclusões determinadas, os valores mantidos não coincidem com aqueles apresentados pela defesa e já parcelados, (vide demonstrativo de parcelamento). Porém, o auditor não expressou as razões para deixar de excluir parte da cobrança questionada, conforme determinado pela Junta de Julgamento Fiscal, não tendo elaborado qualquer demonstrativo pormenorizado que possibilitasse a verificação das discordâncias que permanecem, razão pela qual será requerida a repetição da diligência fiscal.

Para a infração 9, registra que foi reconhecida a improcedência pelo autuante.

Na infração 11, destaca que o auditor fiscal acatou parcialmente as razões de defesa, excluindo grande parte da cobrança, mas mantendo um valor de R\$ 10.616,90, relativo à suposta falta de recolhimento da antecipação total, no mês de junho de 2009, conforme planilha que anexa. Afirma que não é necessário grande esforço para demonstrar que também o referido valor é imprecendente, pois analisando a planilha juntada pela defesa, refazendo os trabalhos fiscais de forma muito minuciosa, que na competência de junho de 2009 houve pagamento de R\$66.457,37 a título de antecipação total, destacada nota por nota no livro Registro de Entradas, pelos remetentes em GNRE e destacados em nota fiscal no campo próprio. Valor esse suficiente para absorver integralmente, e com sobra, o valor de imposto apresentando na planilha de fls. 926 a 930. Para a solução definitiva do litígio, quanto a esta infração, será necessário responder ao quesito 4, formulado pela defesa.

Pede e requer nova realização de diligência fiscal, por auditor estranho ao feito, que deverá responder aos quesitos formulados pela defesa, nos termos do art. 145 do RPAF e já deferidos por esta Junta de Julgamento Fiscal em 12/03/2013. Ademais, reiteram-se todos os argumentos e demonstrativos de defesa para que o auto seja julgamento parcialmente procedente, mantendo-se, tão somente, os valores já objeto de parcelamento e, realmente, devidos pelo autuado como reconhecido e pago.

Nas fls. 943/944, o autuante contesta a manifestação, posto que não entendeu porque o PAF em análise retornou em diligência para a INFAZ de origem, já que os quesitos atinentes ao Auto de Infração, foram devidamente respondidos.

Já no tocante à infração 11, o defendente afirma que o pagamento de R\$66.457,37 realizado na competência de junho de 2009, seria suficiente para descaracterizar a cobrança efetivada naquele mês. Todavia, deve ter se esquecido que a cobrança relacionava-se ao mês de junho de 2010. E que, uma vista mais apurada às planilhas de fis. 382 a 387, constata-se um total de R\$111.666,72, bem maior do que o de R\$85.592,92, constante das planilhas nas fls. 926 a 930, citada na sua argumentação. Evidencia-se, assim, que este autuante retirou da cobrança algumas notas, que acatou como sendo não cobráveis, a partir das alocações advindas da defesa. Portanto, para que a sua afirmativa, na manifestação ora refutada, seja descaracterizada, necessário se faz, também, que os valores pagos naquele mês, relativos às notas retiradas da cobrança das planilhas, sejam também anuladas e o ICMS nelas destacados não computados como crédito.

Salienta que na relação de DAE's do mês de junho do ano de 2010 às fls. 24 a 29, deste PAF, notar-se-á a existência de pagamentos no valor de R\$6.131,59 a título de ICMS através de GRNE, bem como R\$25.614,85 a título de antecipação tributária, exatamente aquele constante como recolhido na planilha à fl. 930. Assim sendo, não vê como a autuada pode objetar a sua cobrança.

Ante o exposto, pede pela manutenção do dito na diligência solicitada, na presente contestação à manifestação do contribuinte e deixa à cargo dos Senhores Julgadores, sempre criteriosos nas suas análises, responder os quesitos formulados pelo defendente. Requer a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Nas fls. 946/947, consta extrato de parcelamento deferido.

VOTO

Inicialmente destaco que o presente Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância aos arts. 39 e 40 do RPAF/99, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Quanto ao pedido de diligência, efetuado pelo contribuinte, este foi atendido, quando o autuante analisou os quesitos trazidos pelo defendente e efetuou as correções que entendeu necessárias para o ajuste das infrações 3, 4, 8, 9 e 11.

Portanto, estando o Auto de Infração em condições de ser julgado, passo à análise do mérito, mormente quando não subsistem razões para a decretação de sua nulidade, eis que os princípios do contraditório e da ampla defesa foram preservados.

No mérito, o contribuinte reconheceu o cometimento das infrações 5, 6, 7 e 10 na íntegra, e por não haver lide com relação às mesmas, ficam mantidas.

No que pertine à infração 8, esta foi parcialmente acatada, e será apreciado o seu mérito quando a analisarmos.

A infração 1 decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, prática vedada pelo art. 97, inciso IV, alínea "b" do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

O demonstrativo sintético da infração encontra-se nas fls. 32, e o analítico nas fls. 33 a 43 do PAF, referente ao exercício de 2009; fls. 44 e 45 a 56, relativo ao exercício de 2010.

Em sua peça de defesa o sujeito passivo aponta que foram incluídas no levantamento, mercadorias que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto a utilização do crédito seria devida, em razão do princípio da não-cumulatividade. Também aponta que houve o registro de notas fiscais sem o aproveitamento de créditos.

O autuante na informação fiscal anui com os argumentos da defesa, no que tange ao item "bebidas", inserido erroneamente, nos três primeiros meses do exercício de 2009, posto que

“bebidas” só foram inseridas no regime de substituição tributária em 01.04.2009, e mesmo assim de forma parcial. O valor original do exercício de 2009 de R\$47.637,87, diminui para R\$18.878,48. Mantém os demais itens listados no exercício de 2009 e quanto ao exercício de 2010, não há alterações a serem realizadas. O novo demonstrativo relativo ao exercício de 2009 encontra-se nas fls. 871 a 878 do PAF.

O contribuinte inconformado com o resultado posto pelo autuante refuta que “chocolate em pó”, não estaria no regime de substituição tributária. Também que as notas fiscais emitidas por CAIUBI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S.A., n^{os} 250117 e 250130, foram registradas sem o aproveitamento de créditos. O mesmo ocorreu com a Nota Fiscal n^o 686705, emitida por HENKEL LTDA., foram registradas sem o aproveitamento de créditos, mas persistem no novo levantamento.

De fato, o produto “chocolate pó” não se encontra no regime de substituição tributária, previsto no art. 353, II do RICMS e deve ser excluído do levantamento de fls. 871 a 878.

Quanto aos produtos constantes nas Notas Fiscais da CAIUBI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S.A., fls. 551/552, são produtos da substituição tributária e o contribuinte não comprovou que não teria utilizado o crédito fiscal, pelo que foram mantidos pelo autuante após a análise dos argumentos da defesa.

Quanto ao exercício de 2010, em relação às notas fiscais tais como as de n^{os}: 13922, 13923, 19845, 15720, 55141, 55838, 17260, 37079, 37083, 61202, 27257, 18783, 20860, 74805, 74806, 22141, 22142, 23581, 23582, 25312, 25313, 26915, 26916, 28508, 28640, 48916, 57818, 57819, 52326 e 57167 também foram mantidas pelo autuante.

Assim, o autuante ao analisar as razões de defesa, acata parcialmente os argumentos trazidos, apenas com relação ao item bebidas, inseridas no demonstrativo de 2009, pois só foram contempladas na substituição tributária a partir de 01.04.2009, e mesmo assim de forma parcial. Dessa forma o valor do ICMS exigido passa a ser de R\$18.874,48 naquele exercício. Quanto ao ano de 2010, em nada o alterou e permanece o valor de R\$8.771,29.

Fundamenta o auditor fiscal que os CFOP's constantes dos demonstrativos relativos à infração servirão de base de sustentação para a manutenção da mesma, com as correções advindas das informações trazidas pela defesa, no que tange ao exercício de 2009, já que os novos demonstrativos, que ora anexa, diminuem a infração no exercício de 2009 de R\$47.637,87 para R\$18.874,48. Contudo fica inalterado o valor relativo ao exercício de 2010. Ressalta que esta infração está respaldada nos desconcontros identificados nos documentos enviados pelo contribuinte para ele, como a utilização de CFOP's n^{os} 1102 e 2102, (compras para comercialização, no Estado e de outros Estados), nos LRE e LRAICMS dos períodos auditados, em total discordância com os CFOP's n^o 1403, (compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), utilizados nos arquivos magnéticos enviados para a SEFAZ. Ressalta que este foi o procedimento adotado pelo contribuinte, qual seja o de não creditar-se de imposto nas entradas com o CFOP's n^{os} 1403 ou 2403, mas, transferi-los para os CFOP's n^{os} 1102 e 2102. A prova material encontra-se na mídia enviada pelo contribuinte referente ao LRE, em TXT, ora anexada a esta contestação com realce em vermelho para identificar as notas fiscais objeto da cobrança, inseridas nos multicitados demonstrativos da auditoria.

Concordo com as correções efetuadas pelo auditor fiscal, com a retificação no demonstrativo de fls. 871 a 878, cujo demonstrativo de débito para o exercício de 2009 configura-se:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de cálculo	Alíquota	ICMS
31/01/2009	09/02/2009	950,35	17%	161,56
28/02/2009	09/03/2009	1.528,53	17%	259,85
31/03/2009	09/04/2009	1.104,18	17%	187,71
30/04/2009	09/05/2009	11.508,23	17%	1.956,40
31/05/2009	09/06/2009	24.042,94	17%	4.087,30
30/06/2009	09/07/2009	15.574,06	17%	2.647,59
31/07/2009	09/08/2009	1.035,88	17%	176,10
31/08/2009	09/09/2009	7.502,76	17%	1.275,47

30/09/2009	09/10/2009	5.718,12	17%	972,08
31/10/2009	09/11/2009	16.300,94	17%	2.771,16
30/11/2009	09/12/2009	19.405,47	17%	3.298,93
31/12/2009	09/01/2010	6.354,94	17%	1.080,34
TOTAL				18.874,49

Dessa forma, o ICMS no exercício de 2009 perfaz R\$18.874,49 e no exercício de 2010, R\$8.771,30, este ultimo, o valor originariamente exigido fica mantido.

Infração procedente em parte no valor de R\$27.645,79.

A infração 2 exige ICMS pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$10.206,53 cujo demonstrativo encontra-se nas fls. 58 a 60.

A defendente insurge-se quanto ao lançamento e argumenta que a maioria das notas fiscais elencadas nas planilhas referem-se às aquisições de material de embalagem junto à empresa TERMOPLAST EMBALAGENS LTDA., cujo crédito é permitido, consoante o art. 93, I, “a” do RICMS/BA.

Aduz que as outras notas fiscais referem-se às aquisições de material para uso e consumo (CFOP nº 1556), mas não há créditos para lançamentos com CFOP nº 1556.

Contrapondo-se aos argumentos apresentados, o autuante revela que foi dado, pelo sujeito passivo, o tratamento igual ao da infração 1, só que agora realçando o CFOP nº 1556, objeto da cobrança do crédito indevido na compra de material de uso e consumo, substituído no LRE e no LRAICMS pelo CFOPs nºs 1102 e 2102, o que, obviamente, permitiu o crédito do ICMS. Ressalta, inclusive, que consta a inserção do CFOP nº 1556, em laranja, nas cópias das notas relativas a esta infração anexadas ao PAF pela própria defesa da autuada. Vide documentos às fls. 606 a 620.

Realmente nos documentos de fls. 606 a 620 consta o CFOP nº 5102 e à mão, o CFOP nº 1556, com destaque em laranja, o que denota que o argumento do autuante tem procedência.

Ademais, os materiais constantes nas notas fiscais anexadas pelo defendente são: envelope, grampo, cliques, etc. materiais estes de uso e consumo.

Quanto às notas fiscais, da Termoplast, fls. 609, a 620, constam o CFOP, manuscrito, nº “1556” e são relativos a “Film Tec açúcar moído”; e “saco conv. Premium”. Mantida a infração pois são materiais para uso e consumo da empresa autuada, cujo crédito fiscal é vedado.

Julgo procedente a infração, haja vista que os argumentos trazidos na defesa não são capazes, à vista das anotações constantes nos documentos fiscais apresentados, de elidir a acusação fiscal.

Na infração 3, relativa à falta de recolhimento de ICMS em decorrência de omissão de saídas tributáveis apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2010, a Auditoria de estoques está anexa às fls. 106 a 109, e os demais demonstrativos pertinentes, tais como o de Inventário, preço médio, relação de notas fiscais de saídas, foram incluídos nas demais folhas de nº 62 a 111 do PAF.

No intuito de descaracterizar a infração, o defendente apresenta uma planilha, onde importou o Registro Tipo nº 54 do arquivo magnético SINTEGRA, bem como as informações de estoque (Registro Tipo nº 74), para compô-la. Na planilha apresentada não constam omissões de saídas. Contudo o autuante, refutou-a, sob o argumento de que não foram produzidas provas de que a infração não subsiste.

Em sua estrutura o arquivo magnético compõe-se dos tipos de registros definidos no Convênio ICMS 57/95, e no seu Manual, dentre eles o Registro Tipo nº 54 (Registro de Produto) (itens das notas fiscais informadas no registro tipo nº 50); e o Registro Tipo nº 74 (Registro de Inventário). Assim, no intuito de descaracterizar a infração o sujeito passivo elaborou novas planilhas para os “estoque inicial”, “estoque final”, “entradas”, “saídas”, além de demonstrativos de auditoria de estoque, do que resultou que não haveria as omissões de entradas e de saídas exigidas nas

infrações 3 e 4 desta Auto de Infração. Junta tais demonstrativos em arquivos eletrônicos, para comprovar a improcedência das acusações.

No exame da peça de defesa e ao prestar a informação fiscal, o auditor fiscal autuante refuta a planilha apresentada, por ter sido confeccionada pela empresa, após a ação fiscal, com o claro intuito de descaracterizar a infração que se encontra amparada nos livros fiscais, e nos arquivos magnéticos que lhe foram fornecidos no momento da fiscalização.

Portanto, por ter sido fornecido à fiscalização os arquivos magnéticos que serviram de suporte para o levantamento quantitativo de estoques, e por não ter havido retificação nos arquivos magnéticos, enviados à SEFAZ, procedimento previsto no Manual do Convênio ICMS 57/96, que indica: “Retificação corretiva de arquivo: substituição de informação relativa a documento já informado”, prevista nas versões anteriores do Convênio ICMS 57/96, deverá ser enviado novo arquivo completo, utilizando a “retificação total de arquivo” (código 2).

Não obstante os argumentos trazidos pelo autuante, o PAF foi diligenciado, para que fossem retiradas as “remessas e os retornos para depósitos fechados, considerados no levantamento de estoques, bem como o item “reclassificações”, que não devem fazer parte do levantamento das entradas e das saídas de mercadorias. Em atendimento à diligência o autuante concluiu que as mudanças a serem feitas dizem respeito aos itens de reclassificação, já que os demais itens utilizados na consecução do levantamento nas saídas, conforme mostra o documento fls. 106, revelam que aqueles com os códigos n^{os} 85838, 85847, 85856 e 85874, devem ser excluídos da cobrança em um total de R\$308,54 (trezentos e oito reais e cinquenta e quatro centavos), remanescendo um saldo de R\$8.950,56 (oito mil novecentos e cinquenta reais e cinquenta e seis centavos), já que não foram contemplados nem na entrada e nem nas saídas itens do CFOP n° 5905.

Concordo com o resultado apresentado pelo autuante. Infração parcialmente procedente com ICMS no valor de R\$8.950,56.

Os mesmos argumentos da infração anterior foram trazidos para a infração 4, cujo ICMS exigido também foi apurado por meio de levantamento quantitativo de estoques, que teve por objeto as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, no exercício de 2010.

O demonstrativo da infração está anexo, fls. 113 a 114, e demonstra o valor de ICMS de R\$1.485,47, para a falta de retenção e o consequente recolhimento de ICMS, para os produtos Ração granulada e Ração Pássaro/Preto Sabiá, que estão enquadrados no regime de substituição tributária.

O defendente traz justificativas semelhantes à da infração anterior, e apresenta uma planilha, unilateralmente confeccionada, para refutar as diferenças apontadas na Auditoria de Estoques.

Para o deslinde da infração me posiciono no sentido de que os mesmos argumentos, adredemente expostos na infração 3, justificam a sua não aceitação, no que concerne à modificação nos arquivos magnéticos promovidos pelo defendente, 3 após a lavratura do Auto de Infração.

Na diligência o autuante chegou à conclusão de que não haveria modificações nesta infração, posto que não códigos de “reclassificações” nesta infração.

Fica mantida a infração.

A infração 8 decorreu do fato de o contribuinte ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, com a aplicação da multa de 60%.

Consoante o demonstrativo de fls. 141 a 338, relativos aos exercícios de 2009 e de 2010, houve erro na determinação da alíquota de diversas mercadorias.

O sujeito passivo defende-se da autuação sob o argumento de que teriam ocorridos equívocos no levantamento fiscal, por ter considerado: *“a) remessa para depósito fechado - as operações com CFOP n° 5905 deverão ser excluídas por se referirem a operações não tributadas de remessa para depósito fechado, na conformidade do art. 6º, VI, “b”, do RICMS-BA; b) remessa para*

reclassificação - operações com CFOP nº 5926 em que não há circulação física ou econômica, servindo, tão-somente, para alteração da codificação de itens, dando baixa nas mercadorias que se pretende reclassificar; c) itens incluídos na substituição tributária - conforme os arts. 353, II e 512-A houve cobrança de itens incluídos na substituição tributária, tais como: lustra móveis (NCM nº 3405.20), óleo king (NCM nº 2710.19.3), kenikov aguard. comp. de lima (NCM nº 2208), a partir de 01/04/2009 e rações (NCM nº 2309); d) itens isentos - cobrança quanto a insumos agropecuários (rações) isentos em conformidade ao art. 20, III, RICMS/BA.

Diante de tais argumentos, o autuante refuta-os dizendo que: em que pese a assertiva da defesa de que foram inseridos pelo autuante no demonstrativo às fls. 141 a 307, itens que devem ser retirados da cobrança por se tratarem de mercadorias constantes do CFOP nº 5905 (remessa para depósito fechado), CFOP nº 5926 (remessa para reclassificação de itens); outros itens incluídos na substituição tributária, fazendo citações de alguns deles, bem como de itens isentos como insumos agropecuários (rações), acredita que existem alguns equívocos de parte da autuada ao se referir: “1 - As mercadorias referentes ao CFOP nº 5905, coincidentemente, são as mesmas cobradas na infração 3 defendida pela autuada, que trata de omissão de saídas no levantamento do estoque, o que, de pronto, inviabiliza o seu pedido de exclusão daqueles itens, ao demonstrar que tais remessas, se foram efetuadas, devem tê-lo sido de forma ficta; 2 - As remessas para reclassificação de itens, com as mudanças de códigos, não encontram respaldo no seu pedido, pois, para que se processassem, a SEFAZ deveria ter sido cientificada, pelo menos, com a inclusão no seu RUDFTO de requerimento para tal mister; 3 - Dos itens, segundo a defesa, incluídos na substituição tributária, e que deveriam ser retirados da cobrança no exercício de 2009, estão produtos de limpeza, que a partir do advento do Protocolo ICMS 106/09 só foram incluídos naquele instituto a partir de 01.01.2010, bem como insumos agropecuários não existentes naquele demonstrativo.”

Em resposta à diligência, o autuante conclui:

Nesta infração que há existência de produtos com os CFOP's nºs 5905 e 5926 que, obrigatoriamente, deverão ser excluídos da planilha, perfazendo um total de R\$2.236,53 em janeiro, R\$3.381,17 em fevereiro, R\$3.513,90 em março, R\$2.406,94 em abril, R\$2.200,49 em maio, R\$3.842,80 em junho, R\$1.526,66 em julho, R\$2.911,68 em agosto, R\$4.130,51 em setembro, R\$1.863,80 em outubro, R\$1.272,86 em novembro, e R\$1.223,55 em dezembro, devendo ser abatido do valor total da infração a importância de R\$30.510,90 (trinta mil quinhentos e dez reais e noventa centavos), remanescendo, assim, o valor de R\$20.360,88 (vinte mil, trezentos e sessenta reais e oitenta e oito centavos) no ano de 2009.

Já no exercício de 2010, deverão ser excluídos os valores de R\$802,06 em janeiro, R\$3.630,95 em fevereiro, R\$1.266,50 em março, R\$1.304,80 em abril, R\$495,45 em junho, R\$4.217,90 em julho, R\$3.393,40 em agosto, R\$118,12 em outubro, e R\$4.755,33 em novembro devendo, assim, ser abatida do valor total da infração, a importância, também, de R\$19.984,51 (dezenove mil novecentos e oitenta e quatro reais e cinquenta e um centavos), remanescendo, assim, o valor de R\$3.064,09 (três mil sessenta e quatro reais e nove centavos) no ano de 2010.

Assim, pontua que as retificações foram efetuadas nas planilhas que compõem a infração 8, o valor total da infração que subsiste é o de R\$23.424,97, juntados os valores remanescentes dos exercícios de 2009 e 2010, acima evidenciados.

Acompanho o resultado da diligência. Infração procedente em parte no valor de R\$23.424,96, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO - EXERCÍCIO 2009 - INF. 8			
MÊS	Vlr. Histórico	Vlr. Excluído	Vlr. Devido
JAN	3.699,67	2.236,53	1.463,14
FEV	4.401,13	3.381,17	1.019,96
MAR	5.687,37	3.513,90	2.173,47
ABR	3.066,69	2.406,94	659,75
MAI	3.079,14	2.200,49	878,65
JUN	5.154,91	3.842,80	1.312,11

JUL	2.847,99	1.526,66	1.321,33
AGO	4.804,26	2.911,68	1.892,58
SET	6.129,92	4.130,51	1.999,41
OUT	5.098,96	1.863,80	3.235,16
NOV	2.554,56	1.272,86	1.281,70
DEZ	4.347,18	1.223,55	3.123,62
	50.871,78	30.510,89	20.360,88
DEMONSTRATIVO - EXERCÍCIO 2010 - INF. 8			
MÊS	Vlr. Histórico	Vlr. Excluído	Vlr. Devido
JAN	1.140,38	802,06	338,32
FEV	3.771,83	3.630,95	140,88
MAR	1.495,87	1.266,50	229,37
ABR	1.557,40	1.304,80	252,60
MAI	149,81	0,00	149,81
JUN	778,54	495,45	283,09
JUL	4.514,43	4.217,90	296,53
AGO	3.816,82	3.393,40	423,42
SET	252,15	0,00	252,15
OUT	327,46	118,12	209,34
NOV	4.890,85	4.755,33	135,52
DEZ	353,06	0,00	353,06
	23.048,60	19.984,51	3.064,09
TOTAL DA INFRAÇÃO 8			23.424,97

A infração 9, aponta que ocorreram vendas para contribuintes inscritos, de mercadorias sujeitas à substituição tributária, com indevida redução de base de cálculo, o que resultou no recolhimento a menor de ICMS. Erroneamente fora utilizado o benefício de redução de base de cálculo, previsto no Decreto nº 7.799/200, para as operações de saídas de mercadorias enquadradas na substituição tributária, o que é vedado no art. 4º daquele decreto, como segue:

O diligente conclui a fl. 924, que após a retirada dos produtos constantes da substituição tributária inexistente cobrança para esta infração, no que concordo.

Infração elidida.

Na infração 10, referente ao recolhimento a menos de ICMS, em razão de utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo, vendas efetuadas a contribuintes isentos ou inscritos como especial.

O defendente não se insurge contra a infração. Fica mantida.

Na infração 11 a acusação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. O demonstrativo anexado às fls. 376 a 392 traduz os valores exigidos, em conformidade com os lançados no demonstrativo de débito.

O defendente argui que ocorreram erros e falhas no demonstrativo fiscal, e reapresentou-o com todas as correções, bem como a inserção de dados que julga necessários para demonstrar o cálculo do ICMS/ST, quanto à totalidade das notas.

Diante dos argumentos trazidos na defesa, diligência foi requerida e do seu resultado o autuante concluiu que após a retirada dos itens cujas substituições tributárias haviam sido feitas pelos fornecedores interestaduais, conforme notas fiscais juntadas pela defesa, fls. 622 a 858, apenas naquelas em que o fornecedor fez a retenção, cujos números das notas fiscais estão realçados em verde, o total da infração que era de R\$70.442,60, subsiste no valor de R\$10.619,90, conforme planilha de fls. 926 a 930 do PAF, relativo ao mês de junho de 2010. Concordo com o resultado apresentado pelo autuante.

Infração procedente em parte no valor de R\$10.616,90, com data de ocorrência em 30.06.2010.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. Assim, o débito da autuação fica da seguinte configuração:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	56.409,17	27.645,79	60%
02	PROCEDENTE	10.206,53	10.206,53	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	9.259,10	8.950,56	100%
04	PROCEDENTE	1.485,47	1.485,47	60%
05	RECONHECIDA	886,54	886,54	70%
06	RECONHECIDA	22,97	22,97	60%
07	RECONHECIDA	44,78	44,78	70%
08	PROCEDENTE EM PARTE	73.920,38	23.424,97	60%
09	IMPROCEDENTE	69.172,95	0,00	-----
10	RECONHECIDA	13.108,87	13.108,87	60%
11	PROCEDENTE EM PARTE	70.442,60	10.616,90	60%
TOTAL		304.959,36	96.393,38	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **088502.0001/12-6**, lavrado contra **CONCORD DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no total de **R\$96.393,37**, acrescido das multas de 60% sobre R\$86.511,49, 70% sobre R\$931,32 e 100% sobre R\$8.950,56, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR