

A. I. Nº - 281231.0002/14-7
AUTUADO - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPOSTAÇÕES S/A.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO PORTO CARMO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 02.06.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0077-01/15

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO. RECOLHIMENTO A MENOS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. Exigência que recai sobre o recolhimento a menos do ICMS-ST, relativo às operações internas subsequentes, cuja responsabilidade pelo lançamento e recolhimento, na condição de sujeito passivo por substituição, é atribuída ao contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I da Lei 7.014/96 (art. 8º, II). Exclusões de mercadorias com tributação normal. Infração subsistente em parte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO INCUÍDAS NO REGIME ST. DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO. O autuado comprova o pagamento de parte da exigência. Infração subsistente em parte. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. a) ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. b) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. O autuado comprova a redução regular em algumas operações. Infração subsistente em parte. c) DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Infração reconhecida. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. Incide o ICMS diferença de alíquotas, no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 2º inciso IV, Lei 7.014/96). Autuado comprova o registro regular de parcela da exigência no campo das "operações próprias" do livro Registro de Apuração de ICMS. Rejeito o pedido de nulidade dos autos. Indeferido o pedido de Perícia Fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2014, exige ICMS no valor histórico de R\$377.626,17 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 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. Valor R\$59.985,59 e multa de 60% .

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Valor R\$48.243,12 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Valor R\$10.764,11 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor R\$4.849,21 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor R\$23.257,72 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor R\$227.872,13, e multa 60%.

INFRAÇÃO 7 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Valor R\$2.654,29 e multa de 60%.

O sujeito passivo apresenta impugnação ao lançamento tributário, às fls. 366/372, com Procuração outorgada ao seu advogado, fl.373 (volume II), inicialmente, sob os seguintes argumentos: *a) todas as infrações imputadas à impugnante, consoante estampam os registros na peça de autuação, têm assentos em imputações de erros somente na escrituração fiscal do período fiscalizado; b) adota rigorosamente todas as normas cogentes pertinentes ao Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, que implicam na existência de documentos fiscais digitais (tanto operações de entradas como nas de saídas) e escrituração dos livros fiscais pelo SPED – EFD".*

Enfatiza que a documentação escritural, no período fiscalizado, encontra-se no referido sistema SPED, consoante os protocolos de transmissões colacionados aos autos (anexos 02 a 13) e que são os elementos probatórios ao alcance das autoridades fiscais, lançadoras dos tributos ou judicantes no processo administrativo, sem necessidade de qualquer ação ou ato permissivo do contribuinte.

Diz que apresentará defesa como tipificadas no Auto de Infração. No mérito, com relação à infração 1, diz que a ação fiscal se apresenta contaminada por erros materiais e de enquadramento jurídico na situação tributária de algumas mercadorias, argumentando que: *"a) deixou de considerar na quantificação do que foi pago mediante DAEs específicos diversos desses documentos; b) inclui no rol das mercadorias bens adquiridos para uso e/ou consumo, por óbvio subjugadas a outra de forma de tributação e cujos pagamentos serão provados no seio dos contra-arrazoados à Infração 06 – 03.02.05; c) no mesmo rol fez constar mercadorias que não estão elencadas nos anexos 88 e 89, pelo que subjugadas ao regime normal de tributação; d) vulnerou a juridicidade patente de que determinadas mercadorias das elencadas (charque, macarrão, etc.), ainda que sujeitas ao regime de substituição tributária na forma dos referidos anexos 88 e 89, assim estão mediante alíquota nas operações internas de 7% (sete por cento)".*

Elaborou planilha demonstrativa (Anexo-14), espelhando a situação de cada documento fiscal de aquisição das mercadorias, o que considera bastante para a constatação da veracidade dos dados e conferência com os registros constantes do sistema SPED–EFD. Diz que também juntou os DAEs comprobatórios de todos os pagamentos realizados relativos à espécie, com informações impressas nos mesmos, inclusive dos números dos DANFes e/ou notas fiscais pertinentes a cada pagamento efetuado (anexos 15 a 39), que dão suporte aos registros feitos na sobredita planilha.

Para infração 2 diz que houve no trabalho fiscal erro de fato quanto ao montante dos valores efetivamente pagos pela *impugnante* a título de ICMS antecipação parcial, no período fiscalizado.

Pontua que os montantes constantes no “DEMONSTRATIVO 2 – ANTECIPAÇÃO PARCIAL”, colhidos nos sistemas “INC” e “SIGAT” da SEFAZ-BA totalizam R\$ 142.154,46, em contrapartida, o valor efetivamente recolhido e espelhado nos DAEs em poder da *impugnante* soma R\$ 184.908,21 (anexos 40 a 102). Diz que a diferença real seria de R\$ 5.565,95 observada a relação entre o montante devido (calculado pela autoridade lançadora) que é de R\$ 190.474,16 e o efetivamente pago no importe de R\$184.908,21.

Concluindo que nem mesmo esta diferença é verdadeira, quando vê-se que na quantificação do montante devido foram arroladas diversas mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, consoante registros na coluna OBSERVAÇÃO da planilha titulada de “Infr. 02-

07.15.02” (v. Anexo-103), elaborada conformidade registros integrantes do SPED-EFD do período.

Sustenta que a infração 5 é inexistente, pois as obrigações tributárias foram adimplidas, no cômputo da apuração do ICMS devido mensalmente, quando as escriturou no SPED-EFD, no anexo “REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS”, sob a rubrica “VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DÉBITO DO IMPOSTO”, evidenciando-a também sob o código “BA00999 - OUTROS DÉBITOS - OCORRÊNCIAS NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE - ICMS VALOR REF.DIF. ALIQUOTA USO E CONSUMO REF.PLANILHA” no quadro “DEMONSTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DÉBITO”.

Salienta que existiu erro substancial da autoridade lançadora, quando se vê os elementos de provas juntados a esta petição (anexos 104 a 115 – REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS).

No que pertine à infração 6, afirma que esta imputação só compôs o Auto de Infração porque houve vulneração, seja por erro do sistema da SEFAZ ou seja pela própria autoridade lançadora, da realidade jurídica consubstanciada na existência de diversas mercadorias alcançadas por normas legais instituidoras de benefícios fiscais, legislação que reduz a carga tributária ao consumidor final, nas operações internas. Diz que o exemplo marcante é o caso do LEITE EM PÓ.

Declara que indicou no sistema de ECF alíquotas diferenciadas para cada mercadoria, cujas operações internas de saídas para o consumidor final estão amparadas pelo benefício da menor tributação. Informa que o “REGISTRO – C495 – SAÍDA” do SPED-EFD espelha todas as hipóteses previstas, o que pode ser verificado pelas autoridades fiscais (lançadora e judicantes) envolvidas neste feito (Anexo-116), demonstrando a inexistência da infração imputada.

Aduz que são incensuráveis as infrações 03, 04 e 07 identificadas no presente Auto de Infração, valor que será recolhido, em conformidade com a legislação pertinente.

Enfatiza que as razões defensivas escancaram os vários erros de fato, na estrutura do trabalho de fiscalização realizado. Por outro, importantes elementos probatórios estão assentados na sua escrituração digital (SPED-EFD), também sob o domínio do ente estatal, mas que não oferece condições de produzir documentos físicos para juntada ao feito, do que resulta *dúvida objetiva*, estabelecendo insegurança jurídica na espécie, sendo a perícia fiscal o meio próprio para saneamento do feito.

Conclui que o ato inicial de constituição do crédito tributário deve ser revisto e ajustado à realidade fático-jurídica presente na espécie, para que seja atribuído ao Estado somente o que lhe seja efetivamente devido.

Anexa aos autos, além dos elementos probatórios supra identificados como anexos e a mídia em CD com os arquivos digitais nela gravados (anexo 117); protesta pela realização de perícia fiscal, formulando os seguintes quesitos: *1º – Existe coincidência dos dados constantes do Anexo-14, elaborado pela impugnante para contraditar a infração 01 – 07.01.02, com os registros constantes do sistema SPED-EFD do período fiscalizado? 2º – Quando em confronto com o SPED-EFD a planilha Inf. 02-07.15.02, que contradiz o rol de mercadorias tomada como base para determinação da infração 02-07.15.02, espelha a verdade da existência de mercadorias adquiridas para uso e/ou consumo do estabelecimento? 3º – Qual o valor do ICMS calculado sob o método de antecipação sobre as mercadorias não afeitas ao universo da infração 02 – 07.15.02? 4º – Em confronto com os registros feitos no “REGISTRO – C495 – SAÍDA” do SPED-EFD, a planilha titulada de “Infra 06-03.02.05 Analítica” (v. Anexo-116) guarda simetria com os dados nele existentes no que se refere a espécies de mercadorias e alíquotas aplicadas? 5º – As alíquotas referidas no quesito 4º reduzem a carga tributária na medida dos diplomas legais que concedem os benefícios fiscais desse tipo para as saídas destinadas ao próprio estado?”.*

Requer a indicação do assistente técnico *Jackson Gomes Barreto*, brasileiro, casado, técnico em contabilidade, com domicílio profissional na cidade de Itabuna-Ba., onde tem escritório na Av. Comendador Firmino Alves nº 60, Ed. Módulo Center, sala 1001, CEP 45600-185, inscrito no CRC-BA e no CPF(MF) sob os números 20773/O-0 e 631.016.375-20, respectivamente.

Por fim, pede a desconstituição do crédito tributário na exata medida das improcedências dos

seus pressupostos fáticos e jurídicos realçados nesta peça impugnatória.

O Auditor Fiscal presta Informação fiscal (fls. 569/575), aduzindo que discutirá cada infração da forma como indicada na defesa do contribuinte autuado.

Diz que na infração 1, a metodologia aplicada no levantamento fiscal consistiu em relacionar todas as notas fiscais de mercadorias sujeitas a este regime de tributação, através da identificação do NCM (nomenclatura de mercadorias comum do MERCOSUL), em seguida, foi identificada a MVA de cada mercadoria, verificação das alíquotas aplicadas, dos créditos devidos e por fim, o recolhimento efetuado pela empresa em cada mês de referência, haja vista que a apuração do ICMS, estando a empresa credenciada pela SEFAZ-BA, ocorre por período mensal e recolhimento no mês subsequente, ao da efetiva entrada no estabelecimento. Trabalho demonstrado de forma analítica no DEMONSTRATIVO 1 (fls. 12 à 100), sintetizado no DEMONSTRATIVO 1.2. (fls. 11).

Explica que, diante de acordos interestaduais (Convênio ou Protocolo), ocorrem situações em que o ICMS devido por substituição tributária deve ser retido e recolhido pelo remetente das mercadorias, no qual pode gerar duas ocorrências: "1- tendo inscrição neste estado (substituto tributário) efetuando a retenção e recolhimento posterior pelo total das operações; 2- no momento da entrada neste estado, através de GNRE (guia nacional de recolhimento) da respectiva operação".

Diz que a partir do demonstrativo analítico percebeu que na coluna ICMS recolhido consta, em referência as determinadas notas fiscais, informação de recolhimento e em outras não. Isto reflete exatamente a metodologia aplicada e às situações mencionadas acima. Pontua que como o levantamento é mensal somente consta o valor recolhido para cada nota fiscal, nas situações em que houve operação com ICMS retido, tendo inscrição de substituto tributário para este estado, ou então foi feita a retenção e identificado o GNRE para os casos de o remetente não ter inscrição de substituto tributário.

Explica que ao final de cada mês, na totalização mensal na planilha consta a soma do valor recolhido a título de ICMS-ST, seja o valor do ICMS recolhido pela própria empresa fiscalizada, o ICMS retido pelo remetente inscrito como substituto, além do recolhimento para cada operação específica (GNRE).

Afirma que não devem ser acolhidos os argumentos defensivos, ressaltando apenas o enquadramento errôneo de algumas mercadorias neste regime de tributação e da alíquota interna aplicada, além de erro de totalização referente ao mês de fevereiro.

Observa que, apesar de o contribuinte ter apresentado DAE referente ao período fiscalizado (exceto o mês de janeiro), conclui-se que os valores considerados no levantamento fiscal (vide demonstrativo 1 – penúltima coluna na linha “Pagamentos constantes nos sistemas INC e SIGAT da Sefaz/BA e valores já lançados em Autos de Infração, Notificações Fiscais, Denúncias Espontâneas, Débitos Declarados”) são superiores aos valores devidos, conforme quadro abaixo:

Mês	Valor considerado no levantamento	Valor dos DAE trazidos na defesa	Diferença
03	27.398,66	26.986,40	412,26
04	13.362,94	11.890,28	1.372,66
05	21.436,05	21.346,05	90,00
07	25.048,95	23.695,45	1.353,50
08	13.814,71	13.290,45	524,26
09	6.410,52	5.772,56	637,96
10	9.849,93	8.673,18	1.176,75
11	15.408,48	11.395,60	4.012,88

Pede que se verifique os valores recolhidos diretamente pela empresa a título de substituição tributária foram todos considerados, inclusive em valores superiores aos DAE colacionados ao processo junto com a defesa.

Salienta que os valores do campo “Valor considerado no levantamento” não foi pago totalmente pelo contribuinte, haja vista que constam, na planilha, valores retidos e recolhidos pelos

remetentes substitutos (inscritos na Bahia como ST), além de outros não inscritos na substituição tributário, porém com retenção (destaque) do ICMS na nota fiscal e recolhidos por GNRE.

Com relação ao argumento da falta de consideração do DAE, registra que não foi apresentado nenhum documento de arrecadação referente ao mês 01/2011, relacionado ao regime de substituição tributária. Após as análises das informações trazidas na defesa, no Anexo 14 (398 à 400), tem-se a seguinte conclusão:

"- mês março 2011 NF 5332 acolhido; NF 145 acolhido;

- mês abril/2011 - Acatando os argumentos apresentados na planilha - anexo 14, com exceção dos produtos sob NCM 1806.90.00, referente nota fiscal 423.689, já que previsto como sujeitos à substituição tributária, conforme disposto no art. 353, inciso II, item 8.5 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.287/97; NF 2001 acolhido

- maio acolhido os argumentos em relação às NF 5903 e 5851;

- julho - 2011 - NF 6525 acolhido; NF 21.720, não procede o argumento apresentado, haja vista tratar-se de peça para veículo, portanto incluso no mesmo artigo acima mencionado no item 30. O mesmo ocorre com a nota fiscal 87.940, com NCM 1902.1 relacionado no artigo 353, item 11.4.1. NF 6699 acolhido; NF 6703 acolhido. quanto as notas fiscais 159.590 e 159.592, foram acolhidos os argumentos, exceto para o NCM 1902.1, relacionado no artigo 353, item 11.4.1, do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, conforme se infere na planilha ajustada e que se anexa junto a esta informação fiscal.

- Agosto acolhido os argumentos.

- Setembro NF 93594 NCM 1902.1 relacionado no artigo 353, item 11.4.1, não acolhido; NF 7221, 7225 acolhido; NF 96908 acolhido; NF 97033 acolhido; NF 96904 acolhido; NF 7295 acolhido; NF 20333 não acolhido haja vista tratar-se de mercadoria com NCM 1806.90.00, já que previsto como sujeito a substituição tributária, conforme disposto no art. 353, inciso II, item 8.5 do RICMS; NF 551975, acolhido; NF 16241 - 1806.90.00, já que previsto como sujeito a substituição tributária, conforme disposto no art. 353, inciso II, item 8.5.

- Outubro NF 7493 - acolhido; NF 96466 não acolhido pois NCM 1902.1 relacionado no artigo 353, item 11.4.1; NF 2.438.696- não acolhido já que argui pagamento através de GNRE e não fez juntada de comprovação; NF 98555 acolhido; 183827 acolhido em parte NCM 1902.1 relacionado no artigo 353, item 11.4.1; NF 183853 acolhido; NF 27289 acolhido; NF 40542 não acolhido já que argui pagamento através de GNRE, mas não há comprovação; NF 100477 acolhido; NF 27512 acolhido; NF 2.486.561 não acolhido já que argui pagamento através de GNRE, mas não há comprovação; NF 33828 não acolhido pois mercadorias com NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00, portanto previsto como sujeito a substituição tributária, conforme disposto no art. 353, inciso II, item 8.5 do RICMS; NF 39682 não acolhido já que argui pagamento através de GNRE, mas não há comprovação.

- Novembro NF 102109 acolhido."

Em face de tais ocorrências, fez juntada de nova planilha para a infração 1.

Em relação à infração 2, pontua que é novamente equivocado o argumento defensivo de que recolheu em valor superior ao reclamado; faz um demonstrativo consignando os valores de ICMS antecipação parcial recolhido pela empresa e os valores constantes nos documentos de arrecadação apresentados pela autuada (Anexos 40 a 102).

No tocante aos documentos de arrecadação apresentados pelo contribuinte, diz que não alguns foram considerados em duplicidade (fls. 439 e 441; 440 e 442; 458 e 464; 457 e 465; 459 e 466; 475 e 478; 472 e 479; 474 e 480. Esclarece que o DAE (fls. 454), também não foi considerado por se tratar de código de receita 1145, diversa da matéria em discussão. Informa que para comprovar que os valores foram efetivamente duplicados pelo contribuinte, anexou na informação fiscal o relatório de arrecadação do contribuinte, obtido no sistema corporativo INC, onde se verifica que os valores apontados somente foram recolhidos uma única vez.

Com relação ao outro argumento defensivo, qual seja: *"... foram arroladas diversas mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, consoante registro na coluna OBSERVAÇÃO da planilha titulada de 'Infr. 02-07.15.02 (v. Anexo-103)'"*, informa o seguinte:

- MÊS FEVEREIRO - Acolheu as Notas Fiscais nºs 2740 e 240 e disse que embora não seja produto isento, como afirma na defesa, possui redução de base de cálculo de 100% (pescado); Na Nota Fiscal nº 129 foi acolhido com o esclarecimento de que a alíquota interna é de 7%; Para as Notas Fiscais nºs 62.915 e 62.928 estas acolhidas e à de nº 5642 não acolhida, explica que

- o produto (caixa plástica) não tem isenção como alegado, de mesmo sentido, acolheu, as Notas Fiscais n^{os} 2062, 2063, 2807, 6812, 4740, 61189, 61191, 61193, 1987, 25721 e 36416;
- MÊS MARÇO - Acolheu as Notas Fiscais n^{os} 2921, 2922, 15, 312, 2613, 39616, 1385, 12027, 12038, 32998, 18480, 284 (isento), 2427, 2428 e 5411.
 - MÊS ABRIL - Esclarece que com redução de base de cálculo em 100% e não isenção como dito acolhe as Notas Fiscais n^{os} 58682, 3457 e 205; disse que verificou o caso apenas em relação ao item com NCM 3306.20.00, no qual também acolheu as Notas Fiscais n^{os} 5578, 5596, 7343, 4254, 5626, 5642 e 143531, em relação aos demais itens são tributados pelo regime normal de apuração; acolhe também, as Notas Fiscais n^{os} 898, 68229 e 11961;
 - MÊS JUNHO - não acolhe as Notas Fiscais n^{os} 281150 e 182763, afirma que se trata de relógio de pulso, portanto natureza da mercadoria diverge da alegação de uso e consumo do estabelecimento; acolhe as Notas Fiscais n^{os} 594, 1143, 264, 42186, 5953, 625 e 626 e, também acolhe a Nota Fiscal nº 8781, devido à redução de base de cálculo e não isenção como alegado.
 - MÊS OUTUBRO - Acolheu as Notas Fiscais n^{os} 925, 926, 10007, 1208 e 17063 acolhido;

Faz juntada dos novas planilhas com os valores remanescentes:

Ressalva que o contribuinte reconheceu a procedência das infrações 3 e 4.

Quanto à infração 5, explica que não identificou, no momento da verificação fiscal, que o ICMS devido por aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo já teria sido incluído na apuração, porquanto na auditoria do sistema SIAF, sistema de fiscalização recentemente cedido pelo IAF - Instituto de Auditores Fiscais para uso institucional pela SEFAZ, não identificou que estaria incluído este montante no recolhimento efetuado sob o código 0759 - ICMS regime normal comércio. Reconhece agora o alegado pelo contribuinte.

Na infração 6, acolhe os argumentos defensivos apresentados, tanto em relação ao produto que menciona em sua defesa (LEITE EM PÓ e demais produtos). Anexa nova planilha com o valor do ICMS que entende devido.

Diz que na infração 7, o contribuinte reconheceu o imposto reclamado.

Requer o indeferimento do pedido de perícia fiscal, em conformidade com o disposto no art. 147, Inc. II, alíneas "a" e "b", do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, considerado a presença no processo dos elementos suficientes para análise e decisão da lide estabelecida. Pede procedência parcial do Auto de Infração.

Extratos do parcelamento integral das infrações 3, 4 e 7, no valor de R\$18.267,60 ((fls. 892/894).

É o relatório

VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado para exigir o ICMS consubstanciado nas 07 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão o objeto da apreciação nas linhas procedentes, exceto para as infrações 3 (R\$10.764,11), 4 (R\$4.849,21) e 7 (R\$2.654,29), reconhecidos pelo contribuinte autuado, conforme documentos de parcelamento, acostados aos autos, fls. 892/894.

Preliminarmente, nos termos do art. 147, RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, fica indeferido o pedido para a realização de perícia sobre a documentação fiscal do contribuinte, posto que tais exames podem ser feitos a partir dos documentos já acostados aos autos, haja vista que estão presentes no processo administrativo fiscal - PAF os elementos suficientes para análise e decisão quanto a lide estabelecida.

No mérito, a infração 1 acusa o autuado de recolher ICMS-ST a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias interestaduais, no valor de R\$59.985,59.

Argumenta o autuado que ação fiscal contém erros materiais na quantificação dos pagamentos ou desconsideração da alíquota de 7%, além do enquadramento jurídico equivocado na situação tributária de diversas mercadorias, não sujeitas ao regime da substituição tributária.

O Auditor Fiscal explica a metodologia utilizada no levantamento fiscal, nomeando mercadorias sujeitas ao regime da substituição de acordo com sua identificação de NCM (nomenclatura de mercadorias comum do MERCOSUL) e aplicação da MVA (margem de valor agregado), alíquotas respectivas alíquotas, além dos créditos fiscais devidos e por fim, o recolhimento efetuado pela empresa em cada mês de referência, tudo conforme DEMONSTRATIVO 1 (fls. 12 à 100), sintetizado no DEMONSTRATIVO 1.2. (fls. 11).

Pois bem, confrontando os dois demonstrativos relacionados à exigência contida na infração 01, o fiscal, retro referido, e aquele apresentado pelo contribuinte autuado, no que chamou de Anexo 14, fls. 398/400 (volume II), e em seguida, após a Informação Fiscal, demonstrativos de fls. 576/663 (volume III), identifico, de pronto, que no mês de janeiro de 2011, o autuado listou apenas a nota fiscal nº 4.434, enquanto a planilha elaborada pelo agente fiscal discrimina inúmeras operações de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária. O ICMS da antecipação tributária da aludida aquisição de mercadorias (nota fiscal nº 4.434), segundo o autuado, foi recolhido através do DAE, acostado aos autos, à fl. 401 (volume II), corretamente considerada pelo preposto fiscal,

Com relação às aquisições, no mês de fevereiro de 2010, através das notas fiscais nº 2.208, 229.636, 229.976 e 8.800, 70.210, de outubro, cuja exigência de ICMS antecipação tributária foi incluída no levantamento fiscal inicial e mantida no levantamento, após a revisão, não logrou provar o autuado que se tratava, de fato, de material destinado ao uso e consumo do estabelecimento, como é a sua sustentação. Para as notas fiscais nº 2.438.696, 40.542, 2.486.561 e 39.682, de outubro, o autuado alega o pagamento através de GNRE, mas não junta aos autos prova nesse sentido. A aquisição de peças para veículos se refere à mercadoria sujeita à substituição tributária (parte da nota fiscal nº 423.698, de abril; nota fiscal nº 21.720, de julho). Os produtos chocolate em barras, bombons estão enquadrados no regime de substituição tributária interna (art. 353, II, item 8.5), a exemplo das aquisições, através notas fiscais nº 20.333 e 16.241, de setembro; nº 33.828, de outubro, sendo cabível o pagamento antecipado do ICMS, não devem ser excluídos

Por outro lado, a reclamação positiva do autuado relacionadas à alíquota de 7% para charque e macarrão (notas fiscais nº 5.332 e 76.698) ou de mercadorias tributadas normalmente (nº 145, de março; nº 423.698, de abril; nº 5.903, 5851, de maio; nº 6.525, de junho; nº 6699, 6703, de julho; 6930, 6940, de agosto; 7221, 7225, 7295, 551.975 de setembro; 100.477, 102109, de novembro, deve ser acatada, porque não é cabível, nesses casos, a exigência de ICMS antecipação tributária, sendo corretamente excluídos os respectivos valores do levantamento fiscal inicial.

Cabível ressaltar que para o produto macarrão e suas espécies, mesmo estando no regime da substituição tributária interna (art. 353, II, item 11.4.1 NCM 1902), a alíquota a ser aplicada internamente é de 7%, de acordo com o art. 51, I, "a", combinado com o seu § 3º, do RICMS BA (Decreto 6.284/97) e a exigência da antecipação tributária deve ser ajustada para a alíquota definida de 7%. Foram corretamente excluídos, na revisão fiscal, respectivos valores do demonstrativo de débito, a exemplo das nota fiscal nº 93.302, em agosto; notas fiscais nº 96.904, 96.908 e 97.033, de setembro. Contudo, não foram ajustados pelo Auditor Fiscal, os valores relacionados as aquisições das mesmas mercadorias contidas nas notas fiscais nº 87.940 (R\$31,87), a nota fiscal nº 159.591 (R\$14,59), em julho/2011; em setembro, a nota fiscal nº 93.594 (R\$17,76) e em outubro, a nota fiscal nº 96.466 (R\$11,45), em outubro, a fim de compatibilizar a alíquota de 7%, supra referida.

Durante a Informação Fiscal, o autuante já havia promovido as alterações no seu demonstrativo, modificando o valor inicialmente exigido de R\$59.985,59 para R\$6.498,76, conforme demonstrativo sintético (fl.576) e demonstrativo analítico, fls. 576/663 (volume III). Procedendo às novas exclusões, em julho, a exigência passa de R\$170,25 para R\$123,79; em setembro, a exigência já fora excluída integralmente; em outubro, de R\$1.990,77 para R\$1.979,32.

Por fim, a infração 01 resta caracterizada, no valor de R\$6.440,75, no exercício de 2011, relacionado aos períodos a seguir discriminados: Janeiro, R\$ 207,39; abril, R\$4.130,25; julho, R\$123,79; outubro, R\$1.979,32.

Na infração 2, a acusação é de recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às

aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, no valor de R\$48.243,12.

Argumenta o autuado que os montantes constantes no demonstrativo de antecipação parcial colhidos nos sistemas “INC” e “SIGAT” da SEFAZ-BA totalizaram R\$ 142.154,46, em contrapartida, o valor efetivamente recolhido e espelhado nos DAEs em poder da *impugnante* soma R\$ 184.908,21 (anexos 40 a 102). Defende que a diferença poderia ser R\$ 5.565,95, observada a relação entre o montante devido calculado pela autoridade lançadora, R\$ 190.474,16 e o valor pago efetivamente, R\$ 184.908,21. Completa que nem mesmo esse valor é devido, face a consideração de diversas mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento.

Na Informação Fiscal diz que é equivocado o argumento defensivo de que recolheu em valor superior ao reclamado, relaciona alguns DAEs acostados aos autos em duplicidade, e que estes não foram considerados, além do DAE de fl. 454, que se refere ao código de Receita 1145.

Examinando as peças do processo que informam e instruem a exigência segunda, constato que o preposto do Fisco elabora, inicialmente, extenso levantamento fiscal, relacionando as operações sujeitas ao ICMS antecipação parcial, no exercício 2011 (fls. 102 à 312). Verifico que, com acerto, o preposto fiscal, após o aproveitamento das alegações defensivas procedentes, a exigência foi modificada, passando de R\$48.243,12 para R\$3.393,80, conforme demonstrativo sintético de fl. 665 (volume III) e analítico, fls. 666/852 (volumes III/IV).

No que se refere ao DAE de fl. 454, constato que foi corretamente desconsiderado porque se trata de recolhimento do ICMS-ST, aproveitado na infração anterior. Com relação as operações não acolhidas pelo Fisco, na nota fiscal nºs 281150, o absorvente carefree está classificado com NCM diverso (9619.00.00) do constante no art. 353, II, RICMS BA, item 13.6 (absorventes higiênicos, de uso interno ou externo - NCM 5601.10.00 e 4818.40); na aquisição de relógios de pulso (nota fiscal 182763), o autuado não logra provar que se trata de material de consumo e não para comercialização.

Acato, portanto, o demonstrativo elaborado pela Fiscal que reduz a exigência para R\$3.393,80 (fls.665/852).

No item 5, a exigência consiste na falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no valor de R\$23.257,72.

Alega nas razões, a defesa, que as obrigações tributárias foram adimplidas, no cômputo da apuração do ICMS devido mensalmente, sendo escriturada no campo das OPERAÇÕES PRÓPRIAS”, sob a rubrica “VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DÉBITO DO IMPOSTO”; diz que houve erro substancial da autoridade lançadora, diante dos elementos de provas juntados aos autos (anexos 104 a 115).

Verifico que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito, acostando-o aos autos, às fls. 316/323, relacionando as mercadorias classificadas como materiais de uso e consumo, sujeitas ao pagamento do ICMS diferencial de alíquotas, na forma da legislação que rege a espécie.

Foram ainda juntados comprovantes da entrega da Escrituração Fiscal Digital - SPED/EFD (fls. 374/397), contendo o registro das operações do ICMS diferencial de alíquotas entre as OPERAÇÕES PRÓPRIAS”, sob a rubrica “VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DÉBITO DO IMPOSTO”. O Auditor Fiscal explicou que ao tempo da fiscalização não lhes foram apresentados tais recibos. Procedeu a exclusão do valor da exigência, no momento da Informação Fiscal. Constatou, enfim, que os valores relativos ao ICMS diferencial de alíquotas foram registrados, conforme manda a legislação em vigor, no campo das operações próprias, através da "escrituração fiscal digital", recolhido juntamente com as demais operações do autuado. Dessa forma, o item 05 do presente Auto de Infração não subsiste.

A infração 06 a exigência é de recolhimento a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$227.872,13.

O sujeito passivo apresenta razões, arguindo que houve erro nos sistemas da SEFAZ ou da parte da autoridade lançadora, que não observou as normas legais de redução da carga tributária ao consumidor final nas operações internas, sobretudo, no que se refere ao leite em pó.

Verifico que, na Informação Fiscal, o Auditor, responsável pela ação fiscal acolheu grande parte da pretensão do contribuinte autuado, em relação às operações de saída de mercadorias no mercado varejista, através de ECF - emissor de cupom fiscal, alcançadas por benefícios fiscais, isenção, redução da base de cálculo, sobretudo em relação ao leite em pó (art. 87, XXV, RICMS BA). O demonstrativo de débito, acostado aos autos, fls. 854/883, discrimina diariamente todas as operações de saída, descrevendo respectivas mercadorias, base de cálculo, alíquota que deveria ser aplicado e aquela efetivamente registrada no ECF pelo sujeito passivo, além das diferenças encontradas mês a mês, sintetizadas no demonstrativo de fls. 853.

Posto isso, a infração 06 resta caracterizada parcialmente, passando a exigência de R\$227.872,13 para R\$87.200,29, de acordo com novo demonstrativo de débito, acostado aos autos, fls. 853/883.

Diante da exposição retro mencionada, o presente Auto de Infração é **PROCEDENTE EM PARTE**, no valor de R\$115.302,45.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281231.0002/14-7**, lavrado contra **ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$115.302,45**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas "a", "b", "d" e "f", da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos com o parcelamento.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR