

A. I. Nº - 222468.0606/14-0
AUTUADO - DAP DISTRIBUIDORA DE AVES E PEIXES CAMACAN LTDA.
AUTUANTE - PAULO DE TARSO DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.10.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0171-01/15

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTAS. ENTREGA DE INFORMAÇÕES COM DADOS DIVERGENTES, MEDIANTE INTIMAÇÃO. Infração reconhecida. **2.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE SAÍDAS. **a)** DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS OU ISENTA. MULTA. Infração reconhecida. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO, RELATIVO A MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Infração reconhecida. **3.** FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. Infração reconhecida. **4.** RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Infração reconhecida. **5.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS. Infração reconhecida. **b)** PAGAMENTO A MENOR DO ICMS. Restou comprovado o pagamento de diversas operações, além da exclusão de tantas outras que não estão sujeitas à incidência do ICMS antecipação parcial. Infração subsistente em parte. **6.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO ICMS A MENOS. Excluída a exigência incidente sobre a aquisição de charque, que não se encontra no regime da substituição tributária interna (art. 353, II, item 9 do Decreto nº 6.284/97) e cuja base de cálculo é reduzida de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento), conforme o inciso XXXI do art. 87. Infração parte subsistente. **7.** FALTA DE RECOLHIMENTO. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. Infração reconhecida. **8.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS PARA O ATIVO FIXO. Excluídos as operações correspondente aos eletrodomésticos, produtos destinados à comercialização, que não implica incidência do ICMS diferencial de alíquota. Infração subsistente em parte. **b)** AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MATERIAIS DE CONSUMO. Infração reconhecida. **9.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO DE SAÍDA TRIBUTADA DECLARADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Exclusão das operações de saída com arroz e feijão, redução da base de cálculo em 100% (art. 78-A, RICMS 97); pescado fresco (art. 87, XXXVI, RICMS

97); charque, carga tributária reduzida 7% (art. 87, XXXI, RICMS/97), além das operações com produtos sujeitos ao regime da substituição tributária. Infração subsistente em parte. **10. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS.** Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/09/2014, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$1.220.982,65 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. Valor R\$18.338,93. Multa de 5%.

INFRAÇÃO 2 - Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuada sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa fixa R\$100,00.

INFRAÇÃO 3 - 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 desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Valor R\$13.860,95. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor R\$4.293,01. Multa de 50%.

INFRAÇÃO 5 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Valor R\$2,16. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Valor R\$13.191,29. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 7 - 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\$133.236,69. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 8 - Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, 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 69 e 88. Valor R\$80.223,31. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 9 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Valor R\$2.661,03. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 10 - 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\$9.554,22. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 11 - 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\$110,52. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 12 - O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Anexo, Demonstrativo de débito, Demonstrativo das vendas de mercadorias tributadas como não tributadas ou alíquota aplicada a menor em operações de saídas interna e interestadual de mercadoria, realizado com base nos arquivos SINTEGRA, transmitidos eletronicamente pelo contribuinte. Valor R\$932.581,57. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 13 - Utilização indevida, a título de crédito fiscal do ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos. Valor R\$12.828,97. Multa de 60%.

Em peça defensiva apresentada, fls. 418/429, inicialmente, descreve as infrações imputadas se impugnando algumas infrações. Reconhece as infrações 1 a 6, 9, 11 e 13. Apresenta impugnação em relação às infrações 7, 8, 10 e 12.

Quanto à infração 7, o autuado argumenta nos seguintes termos:

MÊS 11/2009 – Reconhece o valor de R\$2.004,15, referente as notas fiscais n^{os} 1.399 e 91; não foram reconhecidos os valores das notas fiscais 60.605, 606 e 90, recolhidos através do DAE pago em 23/12/2009, no valor total de R\$.2.340,20; as notas fiscais n^{os} 915.259, 1.400 e 849.559 são sujeitas a substituição tributárias devidamente recolhidos no DAE em 06/01/2010 no valor total de R\$24.779,11;

MÊS 05/2010 – reconhece o valor de R\$10,47 ref. a Nota Fiscal n^o 1593. Não reconhece os valores das Notas Fiscais n^{os} 123088, 29691, 1594, 3339, 1717, 4340, 3.718, 2350 e 23551 quais foram recolhidos através do DAE pago em 25/06/2010 no valor de R\$3.329,45; o valor da Nota Fiscal n^o 1718 houve retenção na própria nota;

MÊS 06/2010 – reconhece o valor de R\$1.539,36 ref. as Notas Fiscais n^{os} 43.044 e 250. Não reconhece os valores das Notas Fiscais n^{os} 436, 43043, 73107, 73108, 50120, 33850, 4111, 4122, 4380, 3517 e 3518 quais foram recolhidos através do DAE pago em 26/07/2010 no valor de R\$5.156,58 e Nota Fiscal n^o 1781 houve retenção na própria nota;

MÊS 01/2011 – reconhece o valor de R\$5.400,00 da Nota Fiscal n^o 36. Não reconhece os valores das Notas Fiscais n^{os} 8374, 7379, 42478, 24996, 164182, 83, 27102, 52018, 310, 264922, os quais foram recolhidos através do DAE. Já as mercadorias das Notas Fiscais n^{os} 2424 e 307, são peixes com redução de 100% na base de cálculo;

MÊS 02/2011 – reconhece o valor total do mês R\$2.668,88.

MÊS 03/2011 – reconhece o valor de R\$3.752,84 e não reconhece os valores das Notas Fiscais n^{os} 8704, 105313, quais foram recolhidos através do DAE pago em 14/06/2011 o valor total de R\$6.735,54 e 8737 através do DAE 16/06/2011 valor total de R\$6.980,77;

MÊS 05/2011 – reconhece o valor de R\$429,29 das Notas Fiscais n^{os} 15325, 3115 e não reconhece os valores das Notas Fiscais n^{os} 9277, 15324, 21237, 52497, 293667, 17781, 50488, 9463, 311437, 86087, 2939, 224479, 25638, 10847, 71393, 112742 e 744 quais foram recolhidos através do DAE em 01/07/2011 no valor total de R\$6.507,75, quanto à Nota Fiscal n^o 327559 houve retenção na própria nota;

MÊS 07/2011 – sustenta que não reconhece as Notas Fiscais n^{os} 43655, 11422, 610, 17656, 846, 851, 43635, 94525, 54306, 14801, 310507, 46717, foram recolhidos através do DAE em 04/10/2011 no valor total de R\$14.793,38. Já as Notas Fiscais n^{os} 56195, 348072, 355689 são retidas na própria nota, os valores das Notas Fiscais n^{os} 7356, 7357, possuem redução de 100% na base de cálculo;

MÊS 09/2011 – reconhece o valor de R\$6.207,33 e não reconhece pois as Notas Fiscais n^{os} 16185, ICMS já retido na nota e a 398 mercadoria com 100% de redução base de cálculo;

MÊS 11/2011 – reconhece o valor de R\$1.133,08 das Notas Fiscais n^{os} 51257, 4332, 44361. Não reconhece os valores das Notas Fiscais n^{os} 67820, 156899, ICMS retido nas Notas Fiscais n^{os} 87381 é substituição tributária recolhida através do DAE em 04/11/2011 valor total R\$8.053,69 Como as demais através do DAE em 04/11/2011 valor total R\$6.945,45.

MÊS 12/2011 – reconhece o valor total de R\$602,44.

MÊS 01/2012 - Reconhece o valor de R\$5.836,22 das Notas Fiscais n^{os} 4363, 4427, 8980, 7550, 49092, 15033, 65273, 83608, 455768. No entanto, não reconhece os valores das Notas Fiscais n^{os} 1295, por base de cálculo reduzida a 100% (peixes congelado), 71827 já ICMS retido na própria e demais recolhido através do DAE em no valor total R\$4.524,49, e as 412161, 154406, 24691, 46806, foram recolhidas no DAE de fevereiro de 2011;

MÊS 03/2012 – reconhece o valor de R\$3.204,81 das Notas Fiscais n^{os} 1589, 15155, 5472, 2847711, 20758 e 24915. Não reconhece os valores das Notas Fiscais n^{os} 10953, 11237, 29426 por redução de base de calculo em 100% (peixes congelados), as 40163, 77202 estão com ICMS retido na própria, as demais recolhidos através do DAE em 25/04/2012 valor total R\$5.142,38.

MÊS 05/2012 – reconhece o valor de R\$2.070,01 das Notas Fiscais n^{os} 538689, 6541, 16810, 16927, 477135. Não reconhece as demais pois foram recolhidos através do DAE em 25/06/2012 no valor total R\$4.115,53 e a de n^o 109460 e 477.136, foram recolhidos no DAE do mês 06/2012.

MÊS 06/2012 – reconhece o valor total de R\$. 2.319,38. Não reconhecendo os valores das Notas Fiscais n^{os} 83641, 493993, 493994, por estarem recolhidas no DAE de 07/2012 em 31/08/2012 no valor total R\$6.524,41

MÊS 08/2012 – reconhece o valor total de R\$1.636,93. Não reconhecendo os valores das Notas Fiscais n^{os} 3203739 recolhido DAE em 25/09/2012 valor total R\$3.593,66 e as 120353 e 54, 12824, 68983, 130410, 40383, pois foram recolhidos através do DAE em 25/10/2012 e valor total R\$3.735,94 ref. mês 09-12;

MÊS 09/2012 – reconhece o valor de R\$3.443,48. Não reconhece os valores das Notas Fiscais n^{os} 200449, qual é substituição tributária recolhido através do DAE em 25/10/2012 no valor total R\$35.949,00 e demais em 25/10/2012 no valores de R\$2.670,22 e R\$3.735,94, e o ICMS reclamado na Nota Fiscal n^o 613850 por já haver sido retido na própria;

MÊS 10/2012 – reconhece o valor de R\$5.361,79. Não reconhece os valores da Nota Fiscal n^o 6145 por ter base de calculo reduzida em 100% (PEIXE) e Nota Fiscal n^o 91658, por ter tido os valores de ICMS já retido na própria;

MÊS 11/2012 – reconhece o valor de R\$6.884,69. Não reconhece os valores das Notas Fiscais n^{os} 94619 pois já retida na própria cfe GNRE e a 1629 referente mercadoria com base de calculo reduzida a 100% (peixe);

Em relação à infração 8, sustenta que não reconhece devido ao benefício fiscal que contemplada a mercadoria descrita como “carne bovina salgada dessalgada Ponta agulha ou lagarto; Jerked Beef Bovina PA - “CHARQUE” - portanto com redução, conforme legislação abaixo. Ex. Mês de set/2009 Nota Fiscal n^o 3.743; out/2009 Notas Fiscais n^{os} 3.933 e 4.198, jul/2010 Notas Fiscais n^{os} 145, 146 e 2.076; set/2010 Notas Fiscais n^{os} 2.277, 2.318, 2.397, 2398, 2433, 2434; out/2010 Notas Fiscais n^{os} 2.958, 2959. Quanto as outras diferenças encontras no cálculo, afirma que foi a MVA usada no qual se baseou na legislação atual e não vigente do Decreto n^o 8.853 de 23/12/2003 e anteriores.

Para a infração 10, chama atenção a atividade predominante da revenda de produtos derivados do abate de aves, gado bovino e suíno, o preposto fiscal a interpretou que todas as mercadorias constantes das notas fiscais por ele elencadas no “*Demonstrativo da Falta de pagamento ou pagamento a menor do ICMS devido por diferença de alíquota em operações de aquisição interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado*”, tenham destinadas ao ativo imobilizado da empresa.

Declara que possivelmente, o volume de trabalho e o número de itens envolvidos nos demonstrativos tenham dificultado o senhor auditor a perceber que as notas fiscais relacionadas no

demonstrativo acima citado, totalizam aquisições de: 165 unidades de SV VCD; 43 unidades de câmeras fotográficas; 168 unidades de FE SECO 220v; 306 unidades de LQ; 48 unidades de EF 220v; 42 unidades de CAF 220V; 30 unidades de SAND BELLO 220v; 10 unidades de LG GS; 4 unidades de NB ACER; 6 unidades de PRANCHA; 5 unidades de HD EXTERNO; 18 unidades de SEC 220v e 8 unidades de forno elétrico.

Destaca outro aspecto que também relevante, pois o estoque fechado não acusou diferenças nesses produtos o que caracteriza que os mesmos foram adquiridos para revenda. Ademais, o comércio do interior, além de sua atividade principal, comercializa outros produtos de interesse da comunidade local.

Frisa que as mercadorias constantes nas notas fiscais de seu demonstrativo, no conjunto e nas quantidades demonstradas, foram, sem dúvida, adquiridas para a comercialização.

Dessa forma, diz que excluído-se os itens relativos a esses produtos, restam as mercadorias efetivamente adquiridas e destinadas ao ativo imobilizado, cujo valor a recolher de R\$ 2.425,57, encontra-se detalhado no demonstrativo da Infração 10-06.01.01, anexo à presente. (segue anexo também os demonstrativos elaborados pelo auditor). Assim, reconhece o valor a recolher de R\$2.425,57. Junta o demonstrativo, fl. 425.

Assinala que na infração 12, afirma que algo incomum deve ter acontecido. Assevera que o conhecimento da legislação fiscal demonstrada pelo senhor auditor, o zelo pelo seu trabalho atestado pela fiscalização minuciosa e a ética profissional refletida em sua auditoria, certamente, impediria a lavratura desta infração. Afirma que nas planilhas elaboradas pelo senhor auditor, ocorreram equívocos:

1. Discorre que tributou as saídas de arroz e feijão. Reproduz os Decretos nº 6.284/97 - Art. 78-A e 13.780/2012 - Art. 265, II, "c".
2. Diz que tributou as saídas de pescados fresco eviscerados. Cita os RICMS dos períodos fiscalizados (Decreto nº 6.284/97 - Art. 87 e 13.780/2012 - Art. 265, II, "c")
3. Pontua que tributou as saídas de produtos com ICMS já antecipado por substituição tributária nas entradas e, portanto, com sua fase de tributação encerrada.
4. Reclama que tributou incorretamente produtos com redução de base de cálculo, a exemplo do charque. Cita o Decreto nº 6.284/97 - Art. 87, XXXI.
5. Salienta que tributa saídas com o Código Fiscal de Operações e Prestação - CFOP 5.904 - "Remessa para venda fora do estabelecimento".
6. Disse que tributou outras situações, conforme assinaladas com observações nas planilhas anexadas à presente defesa e entregues em meio magnético.

Assim, assevera que feitas as devidas correções nas planilhas elaboradas pelo senhor auditor, considerando todas as situações acima relatadas, resultam as seguintes diferenças de ICMS. Junta demonstrativos com as correções ora expostas, fl. 428.

Registra que recolheu a mais o valor de R\$6.135,50. Neste ponto, apela para a sensibilidade dos senhores julgadores, em considerar esta infração sem valor a recolher. Reconhece devida a importância de R\$20.498,97, representada pela somas das diferenças positivas.

Sintetiza as infrações com os reconhecimentos e ajustes feitos, conforme os valores a seguir: Infração 01 R\$18.338,93; Infração 02 R\$100,00; Infração 03 R\$13.860,95; Infração 04 R\$4.293,01; Infração 05 R\$2,16; Infração 06 R\$13.191,29; Infração 07 R\$54.505,15; Infração 08 R\$0,00; Infração 09 R\$2.661,03; Infração 10 R\$2.425,57; Infração 11 R\$110,52; Infração 12 R\$20.498,97; Infração 13 R\$12.828,97. Total do Auto de Infração em valores históricos R\$142.746,55

Pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Na Informação fiscal, fls. 458/485, verifica o reconhecimentos das infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11 e 13

e argumentos defensivos em relação às infrações 7, 8, 10 e 12.

Para a infração 7, admite o reconhecimento parcial e o total desta infração é o resultado das ocorrências em diversos meses, conforme pormenorizado na referida defesa, item a item.

Nesse item "**Mês 11/2009**" afirma assistir razão ao autuado. Disse que ficou demonstrado que a Nota Fiscal nº 915.259 lançada na planilha e no arquivo magnético (fls. 208 PAF) contém produtos da substituição tributária, com fase de tributação encerada. Nas demais notas fiscais referidas se referem a Linguíça calabresa, sabonete, mortadela, apresuntado, creme de leite, cajuzinho, mingau, etc., diz ser mercadorias industrializadas, e embutidos todas da antecipação parcial, cujos impostos foram pagos. Ademais o valor informado como recolhido R\$2.340,20 foi dado como crédito, conforme consta da planilha. Assim da quantia reclamada R\$3.233,96 do mês 11/2009 é acatado a exclusão do valor de R\$1.229,81 referente a diferença entre o reclamado e o reconhecido, para abater, não havendo diferença a reclamar.

Nesse item "**Mês 05/2010**" também assiste em parte razão ao autuado. Ficou demonstrado que a Nota Fiscal nº 1718 lançada na planilha e no arquivo magnético deve ser excluído o valor de R\$ 391,15 pelos fundamentos aduzidos. Contrariamente as outras notas fiscais referidas são da antecipação parcial. Ademais o valor informado como recolhido entre outros, foi dado como crédito, conforme consta da planilha. Assim da quantia reclamada R\$ 1.396,96 do mês 05/2010, abatido o valor reconhecido pela defesa é acatado a exclusão do valor de R\$ 391,15 referente as alegações, abatendo, reclamar a diferença R\$ 995,34.

Na parte desse item não reconhecido "**Mês 06/2010**" assiste em parte razão o autuado. Fica demonstrado que a Nota Fiscal nº 1781 lançada na planilha e no arquivo magnético deve ser excluído o valor de R\$ 138,33 pelos fundamentos aduzidos. Contrariamente as outras notas fiscais referidas são da antecipação parcial. Ademais o valor informado como recolhido entre outros, foi dado como crédito, conforme consta da planilha e arquivos magnéticos. Assim da quantia reclamada R\$ 2.907,96 do mês 06/2010, abatido o valor reconhecido pela defesa, acata a exclusão do valor de R\$ 138,33 referente a Nota Fiscal nº 1781, abatendo, reclamar a diferença R\$ 1.230,27.

Na parte desse item não reconhecido "**Mês 01/2011**" com a devida vênia, não assiste razão ao autuado, pois não ficou demonstrado que os itens das linhas 617 e 632 da planilha (notas fiscais 2424 e 307) sejam peixe eis conforme se lê nos DANFE's e na descrição o produto é "MISTURA EVISC. PCTE". Não gozam da redução de base de cálculo. Com as vênias necessárias, contrariamente todas as notas fiscais referidas são da antecipação parcial. E, a digna defesa não nega. Informa apenas que houve o recolhimento. Ademais, o valor informado como recolhido, coluna "T" linha 637, entre outros, foi dado como crédito, conforme consta da planilha e arquivos magnéticos. Assim da quantia reclamada R\$8.426,78 do mês 01/2011, máxima vênia, não há valor a excluir.

Nesse item não reconhecido "**Mês 03/2011**" assiste razão ao autuado. Ficou visto que as Notas Fiscais nºs 8704, 105313 e 8737 todas de emissão dos dias 30 e 31 de março foram lançadas equivocadamente no mês de março quando deveriam ter sido lançadas na planilha no mês seguinte, quando do ingresso da mercadoria no estabelecimento quando não houve créditos a reclamar conforme consta da planilha e arquivos magnéticos. Assim da quantia reclamar apenas o valor reconhecido R\$3.752,84 permanece. Do mês 03/2011, acata a exclusão do valor de R\$ 7.879,25, relativo às notas referidas em juízo de retratação, não havendo diferença a reclamar.

Nesse item não reconhecido "**Mês 05/2011**" assiste razão ao autuado. Ficou visto que as Notas Fiscais nºs "25638, 10847, 71393, 112742 e 744" entre outras todas dos final do mês de maio foram lançadas equivocadamente no mês de maio quando deveriam ter sido lançadas na planilha no mês seguinte quando não houve créditos a reclamar conforme consta da planilha e arquivos magnéticos. Assim da quantia reclamar apenas o valor reconhecido R\$429,29 permanece. Eis que ficou demonstrado e visto no DANFE que a Nota Fiscal nº 327559 teve o imposto retido por substituição. Do mês 05/2011, acata a exclusão do valor de R\$ 6.129,13, relativo às notas referidas em juízo de retratação, pelos fundamentos expostos.

Nesse item não reconhecido "**Mês 07/2011**" assiste razão ao autuado. Ficou visto que as Notas Fiscais n^{os} "43655, 11422, 610", constam das informações complementares do documento de arrecadação, apresentado às fls. 444. Eis que ficou demonstrado e visto no DANFE que as Notas Fiscais n^{os} 7356 e 7357 gozam da redução de 100% na base de cálculo, por se tratar de peixe, não industrializado. Assim, do mês 07/2011, acata a exclusão total do valor de R\$ 5.212,23, relativo às notas referidas em juízo de retratação, pelos fundamentos expostos, não havendo diferença a reclamar.

Nesse item não reconhecido "**Mês 09/2011**" assiste razão o autuado. Ficou visto no DANFE, que as Notas Fiscais n^{os} 16185 teve o imposto retido e a 398 por ser referente a peixe goza do benefício de redução de 100%, conforme consta da planilha e arquivos magnéticos, vistos. Assim da quantia reclamar apenas o valor reconhecido R\$6.207,33 permanece. Desse modo, do mês 09/2011, acata a exclusão do valor de R\$ 2.373,98 relativo às notas referidas, em juízo de retratação, não havendo diferença a reclamar.

Nesse item não reconhecido "**Mês 11/2011**" assiste razão o autuado. Disse que os produtos dos itens constantes da planilha estão na ST - Substituição Tributária de modo que por equívoco foi mantida na planilha da Antecipação Parcial. Visto também o documento de arrecadação às fls. 442. Desse modo, do mês 11/2011, acata a exclusão do valor de R\$ 3.934,62 relativo às notas referidas, em juízo de retratação, não havendo diferença a reclamar.

Nesse item não reconhecido "**Mês 01/2012**" assiste em parte razão ao autuado. Verifica que as Notas Fiscais n^{os} 1295 e 71827 contém produtos da ST, peixes congelados e ração, que gozam de redução de 100% e descabe reclamação por Antecipação Parcial. Assim deve ser abatido o valor reclamado dessas notas no valor de R\$4.005,95 da primeira e R\$ 2.141,76 da segunda. Da Nota Fiscal n^o 71827 ficou visto se tratar de reação que está na ST- Substituição Tributária de modo que por equívoco foi mantida na planilha da Antecipação Parcial. quanto a informação que as notas "412161, 154406, 24691, 46806, foram recolhidas no DAE de fevereiro de 2011", é impossível eis que a data é anterior a emissão das notas. Contudo, em busca da verdade material não localizei o DAE do mês 02/2012 entre os documentos juntados. Assim, do mês 01/2012, acata a exclusão do valor de R\$ 6.147,71 relativo às notas referidas, em juízo de retratação, Ficando o saldo de R\$ 2.304,48.

Nesse item não reconhecido "**Mês 03/2012**" assiste em parte razão à autuada. Verifica que: As Notas Fiscais n^{os} 10953, 11237 e 29426 contém produtos da ST, peixes frescos que gozam de redução de 100% e descabe reclamação por Antecipação Parcial. Assim deve ser abatido o valor reclamado dessas notas. Destaca que a Nota Fiscal n^o 40163 de fato traz o imposto retido sendo devido a exclusão da exigência; a Nota Fiscal n^o 77202 o produto ficou visto se tratar de reação que está na ST- Substituição Tributária de modo que por equívoco foi mantida na planilha da Antecipação Parcial, cabendo também a exclusão. Quanto a informação que as "*demais recolhidas através de DAE em 25/04/2012...*" afirma que localizou o DAE referido às fls. 441 e inobstante a informação não consta o pagamento informado acerca das Notas 69778 linhas 1705 a 1711, Nota 26150, linha 1719, Nota 34656 linha 1746, Notas 112928 linhas 1747 e 1748 Assim, do mês 03/2012, acata a exclusão do valor de R\$ 4.923,38 relativo às notas referidas, em juízo de retratação, ficando o saldo de R\$ 856,36.

Nesse item não reconhecido "**Mês 05/2012**" assiste em parte razão à autuada. Quanto a informação que as "*demais recolhidas através de DAE em 25/06/2012...*" localizou o DAE referido às fls. 444 e inobstante a informação não consta o pagamento informado acerca da Nota 55.550 linha 1852, Nota 16.933, linha 1931 e, Nota 81.606, linhas 1932 a 1936 da planilha eletrônica. Assim, do mês 05/2012, acata a exclusão do valor de R\$ 1.583,31 relativo às notas comprovadas, em juízo de retratação permanecendo a reclamação das notas não comprovadas recolhimento de R\$ 2.102,78.

Nesse item não reconhecido "**Mês 06/2012**" assiste razão o autuado. Visto que o documento de arrecadação às fls. 438 onde consta relacionadas as notas apontadas, linhas 2018 a 2052. Desse modo, do mês 06/2012, acata a exclusão da diferença não reconhecida no valor de R\$ 1.083,51 relativo às notas referidas, em juízo de retratação, não havendo saldo a reclamar.

Nesse item não reconhecido "**Mês 08/2012**" assiste razão à autuada. Visto que o documento de

arrecadação às fls. 435 a 438 onde consta relacionadas as notas apontadas, linhas 2147, 2197 a 2208, 2262, 2267 a 2270 e 2278 a 2294. Desse modo, do mês 08/2012, acata a exclusão da diferença não reconhecida no valor de R\$ 4.336,59 relativo às notas referidas, em juízo de retratação, pelos fundamentos aduzidos, não havendo saldo a reclamar.

Nesse item não reconhecido " **Mês 09/2012**" assiste razão à autuada. Assinala que os produtos dos itens constantes da planilha estão na ST - Substituição Tributária de modo que por equívoco foi mantida na planilha da Antecipação Parcial. Visto também o documento de arrecadação às fls. 436 e 435. Desse modo, do mês 09/2012, acata a exclusão do valor de R\$ 5.687,64 relativo às notas referidas, em juízo de retratação, não havendo saldo a reclamar.

Na parte desse item não reconhecido " **Mês 10/2012** ", "...da Nota Fiscal nº 6145 por ter base de calculo reduzida em 1005 (PEIXE)..." não assiste razão à autuada. Não ficou demonstrado que o item da linha 2.400 da planilha (Nota Fiscal nº 6145) seja peixe eis conforme se lê nos DANFE's e na descrição, o produto é "MISTURA EVISCERADA PCTE". Desse modo, com as vênias necessárias, mantenho o valor reclamado desse item (R\$ 870,00). Na outra parte, acerca da "Nota Fiscal nº 91658, por ter tido os valores de ICMS já retido na própria" assiste razão a autuada, pois o produto é ração animal tipo pet Item 36 do anexo 01 do RICMS/BA, da Substituição Tributária. Logo, não é cabível na planilha de antecipação parcial. Desse modo, do mês 10/2012, acata a exclusão do valor de R\$ 1.096,54 que é a diferença entre o valor reclamado (R\$7.328,33) e o reconhecido (R\$ 5.361,79) menos o valor mantido. relativo às notas da ST, em juízo de retratação, permanecendo o valor de R\$ 870,00, conforme fundamentado.

Nesse item não reconhecido " **Mês 11/2012**" assiste razão à autuada. Assevera que os produtos das linhas 2657 a 2660 são ração pet, itens constantes ST - Substituição Tributária de modo que por equívoco foi mantida na planilha da Antecipação Parcial. Desse modo deve ser excluído e, a da linha 2776 o produto é peixe "sardinha eviscerada", com redução de 100%. Assim, do mês 11/2012, acata a exclusão do valor de R\$ 15.195,35 relativo às notas referidas, em juízo de retratação, não havendo saldo a reclamar.

Para melhor compreensão, junta o novo demonstrativo com as deduções comprovadas:

Itens	Folhas	Reclamado	Reconhecido total ou parcialmente Pela DEFESA	Saldo do Contencioso	Acatado / total ou parcialmente Pelo AUTUANTE	Valor Histórico
		A	B	C	D	= A - D
1	3	3.233,96	2.004,15	1.229,81	1.229,81	2.004,15
2	3	1.396,96	10,47	1.386,49	391,15	1.005,81
3	3	2.907,96	1.539,36	1.368,60	138,33	2.769,63
4	3	8.426,78	5.400,00	3.026,78	0,00	8.426,78
5	3	2.668,88	2.668,88	0,00	Sem contencioso	2.668,88
6	3	11.632,09	3.752,84	7.879,25	7.879,25	3.752,84
7	3	6.558,42	429,29	6.129,13	6.129,13	429,29
8	3	5.212,23	0,00	5.212,23	5.212,23	0,00
9	3	8.581,31	6.207,33	2.373,98	2.373,98	6.207,33
10	3	5.067,70	1.133,08	3.934,62	3.934,62	1.133,08
11	3	602,44	602,44	0,00	Sem contencioso	602,44
12	3	14.288,41	5.836,22	8.452,19	6.147,71	8.140,70
13	3	8.984,55	3.204,81	5.779,74	4.923,38	4.061,17
14	3	5.756,10	2.070,01	3.686,09	1.583,31	4.172,79
15	3	3.402,89	2.319,38	1.083,51	1.083,51	2.319,38
16	3	5.976,52	1.636,93	4.339,59	4.339,59	1.636,93
17	3	9.131,12	3.443,48	5.687,64	5.687,64	3.443,48
18	3	7.328,33	5.361,79	1.966,54	1.096,54	6.231,79
19	3	22.080,04	6.884,69	15.195,35	15.195,35	6.884,69
TOTAL		133.236,69	54.505,15	78.731,54	67.345,53	65.891,16

Diz, afinal, que a infração 7, de valor original reclamado importa R\$133.236,69, mantendo o valor reconhecido pela defesa R\$54.505,15 e descontado o valor R\$67.345,53 que acatou, após os fundamentos expedidos, resta crédito reclamado, no valor de R\$65.891,16. Complementa que a entre o valor reclamado, valor reconhecido pela defesa e o acatado pelo autuante, objeto do contencioso existe a diferença da quantia de R\$ 11.386,01 persistente, nesta infração.

No item "**Infração 08 - 07.01.04**", afirma que assiste em parte razão o autuado. Embora, não ficou

demonstrado que "... MVA usado foi baseado na legislação atual e não vigente... para "carne bovina salgada dessalgada Ponta agulha ou lagarto; Jerked Beef Bovina PA - HARQUE". Todavia, reaberta a planilha e visto que as Alíquota Interna Carga Tributária Aplicável para o período o correto é 7 % e não 12% e, 17% como equivocadamente fora aplicada. Desse modo, o argumento "legislação atual e não vigente" acaba por fundamentar a revisão do quantum reclamado. Resta que da quantia reclamada R\$ 80.223,31 do mês, abatido o valor defendido pela d. Defesa acata a exclusão do valor de R\$ 75.413,72 referente à fundamentação alegada, para abatendo, reclamar a diferença R\$4.809,59 referentes ao meses de setembro_2009 e outubro _2010; do mês de setembro 2009, linhas 23 a 26 após o filtro, R\$ 1.161,21 que tange à MVA e não computados em pagamentos em DAES. Do mês de setembro 2009 não foi acatado o argumento das MVA e da alíquota eis que está corretamente aplicada, o equívoco se deu nos outros meses, conforme admitido; e, do mês outubro de 2010 R\$ 3.648,38 eis que não se referem a "carne bovina salgada dessalgada Ponta agulha ou lagarto; Jerked Beef Bovina PA - HARQUE" e sim às Notas Fiscais nºs 27.283, 12.126, 12.127, 12.128, 27.282, 13.694, 109.638, 110.060, 110.061, 110.070, 110.071, 2.958 e 6.457 linhas 178 a 230 da planilha após o filtro.

Posto isso, elaborou novo Demonstrativo de Débito da infração:

<i>Data Ocorr.</i>	<i>Valor Reclamado</i>	<i>Reconhecido pela Defesa</i>	<i>Acatado pelo Autuante</i>	<i>Valor Histórico</i>
09/2009	5.853,33	0,00	4.692,12	1.161,21
10/2009	13.701,57	0,00	13.701,57	0,00
07/2010	9.541,44	0,00	9.541,44	0,00
08/2010	11.364,65	0,00	11.364,65	0,00
09/2010	21.323,94	0,00	21.323,94	0,00
10/2010	18.438,38	0,00	14.790,00	3.648,38
TOTAL	80.223,31	0,00	75.413,72	4.809,59

Nessa infração persiste o contencioso em parte da infração referente aos meses de setembro 2009 e outubro de 2010, conforme demonstrado.

Na infração 10 afirma que reviu a planilha eletrônica própria, os DANFE's e após exame das quantidades envolvidas, de fato tem fundamento os argumentos aduzidos pela ilustre defesa, com as observações apostas na planilha, eis que as quantidade envolvidas, são próprias de efetivamente serem destinadas a comercialização e, "...totalizam aquisições de: 165 unidades de SV VCD; 43 unidades de câmeras fotográficas; 168 unidades de FE SECO 220v; 306 unidades de LQ; 48 unidades de EF 220v; 42 unidades de CAF 220V; 30 unidades de SAND BELLO 220v; 10 unidades de LG GS; 4 unidades de NB ACER; 6 unidades de PRANCHA; 5 unidades de HD EXTERNO; 18 unidades de SEC 220v e 8 unidades de forno elétrico...", de modo que acatou os argumentos aduzidos na planilha apresentada pela i. defesa. Elabora demonstrativo sintético do débito remanescente. Total R\$2.425,57.

Para a infração 12, disse que analisou cada uma das situações descritas:

No item "1 - São tributadas as saídas de arroz e feijão", afirma que assiste razão a defesa e declara que equivocadamente foi colocada a alíquota e não foi colocada a redução da base de cálculo conforme a legislação trazida a apreciação para feijão, arroz, e pescados frescos. De 2009 a 2012 se aplica o RICMS/BA DECRETO Nº 6.284. Visto a legislação e observado o art. 51 de modo que lá na frente art. 87,do regulamento o que foi dito foi desdito ou dito de outra forma de modo que desdiz o que foi dito antes. Assim, arroz e feijão embora tributado, gozam de redução de base de cálculo em 100% (cem por cento), de modo que não tem nada a pagar do que foi reclamado.

Já o item "2 - São tributadas as saídas de pescados fresco eviscerados", disse que ao ver a legislação e observado o art. 51 de modo que lá na frente art. 87,do regulamento o que foi dito foi desdito ou dito de outra forma de modo que desdiz o que foi dito antes. Assim, peixe e pescado fresco embora tributado, gozam de redução de base de cálculo em 100% (cem por cento), de modo que não tem nada a pagar do que foi reclamado. Equivocadamente foi colocada a alíquota e não foi colocada a redução da base de cálculo conforme a legislação trazida a apreciação para pescados frescos. Assiste razão a defesa.

Quanto ao item "3 - São tributadas as saídas de produtos com ICMS já antecipado por substituição tributária nas entradas e, portanto, com sua fase de tributação encerrada" disse que ao ver a

legislação e observado o art. 353 de modo ao seu argumento "São tributadas as saídas de produtos com ICMS já antecipado por substituição tributária nas entradas e, portanto, com sua fase de tributação encerrada". Está certo a i. defesa. Equivocadamente foi colocada a alíquota e não foi colocada a redução da base de cálculo conforme alegação da legislação que tange a Substituição Tributária, trazida a apreciação. Assiste razão à i. defesa.

No item "4 - São tributadas incorretamente produtos com redução de base de cálculo, a exemplo do charque", afirma que equivocadamente foi colocada a alíquota e não foi colocada a redução da base de cálculo conforme alegação da legislação que tange a Substituição Tributária, trazida a apreciação. Assiste razão à i. defesa.

Para o item "5 - São tributadas as saídas com o Código Fiscal de Operações e Prestação - CFOP 5.904 - "Remessa para venda fora do estabelecimento"", informa que equivocadamente foi colocada a alíquota e não foi colocada a suspensão necessária do cálculo conforme alegação da legislação que tange a Substituição Tributária, trazida a apreciação. Assiste razão à i. defesa.

No último item "6 - São tributadas outras situações, conforme assinaladas com observações nas planilhas anexadas à presente defesa e entregues em meio magnético", pontua que equivocadamente foi colocada a alíquota e não foi colocada a redução da base de cálculo conforme alegação da legislação que tange a Substituição Tributária, trazida a apreciação. Acata as divergências apontadas pela defesa e reduz a exigência para R\$20.498,07 e não R\$ 20.498,97, como entendeu o autuado. Elabora demonstrativo sintético dos débitos remanescentes. Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$160.356,00.

É o relatório.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração do lançamento de ofício em decorrente da apuração das infrações descritas na inicial dos autos. O contribuinte ofereceu contestação para os itens 7, 8, 10 e 12, que serão apreciados, nas linhas seguintes; reconheceu a procedência dos demais itens, estando, pois, devidamente caracterizados e excluídos da lide.

A infração 07 acusa o sujeito passivo de recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, valor inicial R\$133.236,69.

O autuado, nas razões, apresenta contestação, mês a mês, relacionada aos diversos itens da exigências, reconhecendo-a parcialmente. O Auditor Fiscal apresenta suas considerações da mesma forma como constante na impugnação.

Examinando os autos do processo, verifico o demonstrativo de debito inicial de forma sintética, fls. 211/212; o demonstrativo integral encontra-se encartado na mídia CD, sendo recebido pelo autuado, conforme recibo de fls. 414/415, além de ser acostado aos autos, fls. 411.

Confrontando o demonstrativo fiscal (mídia eletrônica), a defesa e os documentos acostados aos autos pelo impugnante, verifico que as notas fiscais 62.605, 62606, 90, 1400, 849558 e 90 foram recolhidas através do DAE também anexado, à fl. 453; as notas fiscais nº 915.259 e 840.558 contém produtos da substituição tributária, com fase de tributação encerrada, não estando sujeito ao ICMS antecipação parcial. A exigência em novembro de 2009, ao invés de R\$3.233,96, exigido inicialmente, resta caracterizada parcialmente, em face das notas fiscais nº 1.399 (R\$2.000,38) e nº 91 (R\$3,77), totalizando R\$2.004,15, valor reconhecido, inclusive, pelo próprio autuado.

No mês de maio de 2010, o direito assiste ao autuado com relação à exclusão da exigência originada da nota fiscal 1718 (lâmina e aparelho de barbear - Protocolo ICMS 16/85), no valor de R\$391,15. Não logra êxito no que refere ao pagamento das demais notas fiscais, uma vez que o fiscal autuante já houvera lançado a totalidade dos pagamentos de ICMS antecipação parcial verificados, em relação à essa competência, inclusive o DAE recolhido, no valor de R\$3.329,45 (fl. 447). Débito remanescente no valor de R\$1.005,81.

Em junho de 2010, deve também ser feita a exclusão de isqueiro (Protocolo ICMS 16/85), nota fiscal nº 1781. Porém, o valor excluído é R\$84,00, lançado na planilha fiscal (mídia eletrônica) e não R\$138,33, conforme atesta o preposto do Fisco. O pagamento de R\$5.156,58, argüido pelo autuado, já se encontra descontado na planilha de débito. A exigência em junho de 2010, ao invés de R\$2.907,96 com a exclusão do valor R\$84,00, retro mencionado, totaliza R\$2.823,96.

Em janeiro de 2011, as notas fiscais nº 2424 e 307 descrevem pacotes de mistura eviscerada, que são produtos industrializados, adquiridos pra comercialização, mercadorias sujeitas, portanto, a incidência do ICMS antecipação parcial;o recolhimento feito pelo autuado já se encontra descontado no total apurado. Exigência mantida no total de R\$8.426,78.

Em março de 2011, devem ser excluídas da exigência as notas fiscais nº 8704 (R\$1.583,49), 8737 (R\$2.195,76) e 105313 (R\$4.100,00) porque emitidas em seus estados de origens em 31.03.2011, somente adentraram no estabelecimento autuado em momento posterior. A exigência inicial de R\$11.632,09 fica reduzida para R\$3.752,84.

Em maio de 2011, devem ser excluídas da exigência diversas notas fiscais porque emitidas em seus estados de origens em 31.05.2011, somente adentraram no estabelecimento autuado em momento posterior. Excluir também da exigência a nota fiscal nº 327559, hastes flexíveis (Convênio ICMS 76/94). A exigência inicial de R\$6.558,42 fica reduzida para R\$429,29.

Em julho de 2011, devem ser excluídas da exigência diversas notas fiscais porque emitidas em seus estados de origens, no final do mês e somente adentraram no estabelecimento autuado em momento posterior. As notas fiscais nº 43544, 43655, 610, 14801, 11422, 310044, 310046 constam do DAE acostado aos autos (fl.444). Excluir também da exigência as notas fiscais nº 56.195, ração (Convênio ICMS 26/04); 348.072, hastes flexíveis (Convênio ICMS 76/94), lâmina Wilkinson (Protocolo ICMS 16/85); o pescado sardinha das notas fiscais 7356 e 7357 goza de redução de base de 100% (peixe não industrializado), constante nos respectivos DANFES, segundo afirma o Auditor, responsável pela ação fiscal devendo ser excluído o valor da exigência; não restou qualquer valor a ser exigido.

Em setembro de 2011, do valor inicialmente exigido R\$8.581,31, deve ser excluída a nota fiscal nº 16.185, aparelhos e lâminas de barbear (Protocolo ICMS 16/85); a nota fiscal nº 398, pescado sardinha com redução de 100% na base de cálculo, permanecendo exigência no valor de R\$6.207,33.

Em novembro de 2011, devem ser excluídas da exigência diversas notas fiscais, cujas mercadorias estão sujeitas ao regime da substituição tributária; mantidas as notas fiscais de aquisição interestaduais de mercadorias para comercialização das notas fiscais nº 51.257, 4332 e 44.361, em valor que totaliza R\$ 1.133,08.

Em dezembro de 2011, o autuado reconheceu a totalidade da exigência R\$602,44.

Em janeiro de 2012, devem ser excluídas da exigência fiscal a aquisição de pescado congelado (nota fiscal nº1295) que goza de redução de 100% na base de cálculo, no valor de R\$4005,95; a aquisição de ração (nota fiscal nº 71.827), que está no regime de substituição tributária (Convênio ICMS 26/04), no valor de R\$2.141,76. As notas fiscais nº 412.161, 24.691, 46.806 e 154.406, que o autuado alegou ter feito o pagamento, no mês de fevereiro de 2011 (provavelmente, fazendo referência a fevereiro de 2012), não foi identificado, entre os DAE,s acostados aos autos e demais comprovantes, qualquer recolhimento do ICMS antecipação parcial relacionado a tais operações. Do valor inicialmente exigido, R\$14.288,41, após a exclusão dos valores retro referidos, R\$6.147,71, o item fica parcialmente caracterizado em R\$8.140,71.

Em março de 2012, devem ser excluídas da exigência fiscal a aquisição de pescado frescos (notas fiscais nº10.953, 11.237 e 29.426) que goza de redução de 100% na base de cálculo, no valor de R\$3.774,75; a aquisição de ração (nota fiscal nº 77.202), que está no regime de substituição tributária (convênio ICMS 26/04), no valor de R\$1.442,94; a aquisição de bombons e biscoitos (nota fiscal nº 40.163), que está no regime de substituição tributária interna (art. 353, II, RICMS-97/BA.), no valor de R\$148,50. Contudo, entre as notas fiscais que a autuado alega ter feito o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no dia 25.04.2012, não acatado pelo Auditor, identifiquei relacionada no

documento a nota fiscal nº 69.778, cujo valor R\$129,25, que também deve ser excluído do demonstrativo fiscal. Assim, do valor inicial exigido, R\$8.984,55, excluo o total de R\$5.495,44, remanescente é a exigência no valor de R\$3.489,11.

No mês de maio de 2012, constato que o recolhimento do ICMS antecipação parcial, através do DAE (fl. 444), no valor total de R\$4.115,53, aludido pelo autuado, já foi considerado no demonstrativo fiscal. Devem, contudo, ser excluídas da exigência as notas fiscais nº 109460 e 477136, porque emitidas em seus estados de origens no final do mês de maio e somente adentraram no estabelecimento autuado em momento posterior, sendo recolhidos os respectivos valores em agosto de 2012, DAE fl.439, R\$998,00 e R\$34,82, que devem ser excluídos da exigência. Assim, do valor inicial R\$5.756,10 deve ser abatido o valor R\$1.032,82, subsistindo a exigência de R\$4.723,28

No mês de junho de 2012, constato que, de fato, o recolhimento do ICMS antecipação parcial em relação às notas fiscais nº 83.641, 493.993 e 493.994, através do DAE (fl. 438), no valor total de R\$1.083,51, que deve ser excluído da exigência. Assim, do valor inicial R\$3.402,89, deve ser abatido o valor R\$1.083,51, subsistindo a exigência de R\$2.319,38.

Em agosto de 2012, constato que o recolhimento do ICMS antecipação parcial, através do DAE (fl. 437), no valor total de R\$3.593,66, aludido pelo autuado, já foi considerado no demonstrativo fiscal. Devem, contudo, ser excluídas da exigência as notas fiscais nº 120353 (R\$587,50), 120354 (R\$1.145,74), 12.824 (R\$290,00), 68.983 (R\$36,86), 130410 (R\$393,77) e 40.383 (R\$619,98), totalizando R\$3.073,85, porque emitidas em seus estados de origens no final do mês de agosto e somente adentraram no estabelecimento autuado em momento posterior, sendo recolhidos os respectivos valores em outubro de 2012, conforme DAE (fl. 435). Deve ainda ser excluída a exigência do ICMS antecipação parcial em relação à nota fiscal nº 87.045, aquisição de ração, que está no regime de substituição tributária (convênio ICMS 26/04), no valor de R\$1.975,93. Dessa forma, da exigência inicial de R\$5.976,52 deve ser excluída a soma de R\$5.049,78, persistindo a exigência no valor de R\$926,74.

Em setembro de 2012, deve ser excluído o valor relativo à nota fiscal nº 200449, cujo mercadoria se encontra sujeita ao regime da substituição tributária e o recolhimento respectivo foi feito através do DAE, fl. 436, no valor de R\$4.770,00; a mercadoria constante na nota fiscal nº 613.850 (creme dental) também se encontra no regime de substituição tributária, no valor total de R\$964,66. O DAE no valor de R\$3.735,94 (fl. 435), aludido pelo autuado, já foi considerado no demonstrativo fiscal. O DAE no valor de R\$3.735,94 (fl. 435), aludido pelo autuado, já foi considerado no demonstrativo fiscal; o DAE no valor de R\$2.670,22 (fl. 434) não pode ser acolhido, considerando que nenhuma de notas fiscais descritas estão identificadas no demonstrativo fiscal. Dessa forma, da exigência inicial de R\$9.131,12 deve ser excluída a soma de R\$5.734,66, persistindo a exigência no valor de R\$3.396,46.

Em outubro de 2012, a nota fiscal nº 6145 trata de mistura eviscerada, produto industrializado, não gozando do benefício da redução da base de cálculo; contudo, na nota fiscal nº 91658, o produto em debate é ração, que se encontra no regime da substituição tributária, devendo ser excluído da exigência do ICMS antecipação parcial, o valor de R\$2.836,54. Dessa forma, da exigência inicial de R\$7.328,33 deve ser excluído o valor de R\$2.836,54, persistindo a exigência no valor de R\$4.491,79.

No período novembro de 2012, constato que a nota fiscal nº 94.619, o produto em debate é ração, que se encontra no regime da substituição tributária (convênio ICMS 26/04), devendo ser excluído da exigência do ICMS antecipação parcial, o valor de R\$1.835,48. A nota fiscal nº 1629 se refere ao pescado sardinha, que goza de redução de base de 100% (peixe não industrializado), devendo ser excluído o valor correspondente de R\$13.360,47. O total de exclusão soma R\$15.195,95. Dessa forma, da exigência inicial de R\$22.080,04 deve ser excluído o valor de R\$15.195,95, persistindo a exigência no valor de R\$6.884,09.

Diante do exposto, a infração 07 resta em parte subsistente, conforme valores a seguir: novembro de 2009 - R\$2.004,15; maio de 2010 - R\$1.005,81; junho de 2010 - R\$2.823,96; janeiro de 2011 - R\$8.426,78; fevereiro de 2011 - R\$2.668,88; março de 2011 - R\$3.752,84; maio de 2011 - R\$429,29; julho de 2011 - R\$0,00; setembro de 2011 - R\$6.207,33; novembro de 2011 - R\$ 1.133,08; dezembro de 2011 - R\$602,44; janeiro de 2012 - R\$8.140,71; março de 2012 - R\$3.489,11; maio de 2012 - R\$4.723,28; junho de 2012 -

R\$2.319,38; agosto de 2012 - R\$926,74; setembro de 2012 - R\$3.396,46; outubro de 2012 - R\$4.491,79; novembro de 2012 - R\$6.884,09. Os valores desse item somam R\$63.426,62. A infração é parcialmente subsistente.

Na infração 8, o autuado é acusado de recolhimento do ICMS a menor por antecipação, por erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, 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 69 e 88.

Valor da exigência R\$80.223,31. Demonstrativos de débito, às fls. 214/220.

O impugnado assevera que não reconhece a exigência por conta do benefício fiscal da redução da base de cálculo para "carne bovina salgada, dessalgada, ponta de agulha ou lagarto; Jerked Beef Bovina PA - CHARQUE", além da aplicação equivocada da MVA - margem de valor agregado.

Ao prestar Informação, o Auditor Fiscal contesta os argumentos defensivos, mas percebeu o equívoco cometido, ao não aplicar a alíquota especial de 7% para charque, conforme manda a legislação do imposto.

Vale salientar que charque foi excluído do regime da substituição tributária interna (art. 353, II, item 9 do Decreto nº 6.284/97), através do Decreto nº 9547, efeitos a partir de 01/10/05. Assiste direito ao autuado em relação à carga tributária incidente sobre a aludida mercadoria. Em realidade, não é a alíquota de 7% que incide nas operações internas com charque, mas, sim, a redução da base de cálculo das operações internas com charque, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento), conforme o inciso XXXI do art. 87, do RICMS-97/BA, acrescentado pelo Decreto nº 9.733/05, efeitos a partir de 22.12.05.

Dessa forma, correta a exclusão de parte da exigência inicial, R\$75.413,72, remanescendo a parcela do crédito tributário, na ordem de R\$4.809,59, conforme demonstrativo elaborado pelo Auditor Fiscal e acostado aos autos, à fl. 474.

Do exposto, a infração 08 resta parcialmente subsistente, no valor de R\$4.809,59.

Na infração 10, a acusação ao sujeito passivo recai na falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição interestadual de mercadorias destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Valor da exigência R\$9.554,22. Demonstrativos de débito, às fls. 242/251.

A diferença entre a alíquota interna do ICMS do Estado destinatário e a alíquota interestadual aplicável na operação conhecida como ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, será exigida nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas para serem utilizadas como material de uso e consumo ou para compor o ativo imobilizado do contribuinte adquirente. Desse modo, trata-se de uma regra de tributação em que o destinatário apura em benefício de seu Estado o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interestadual e a interna, quando das aquisições de mercadorias, bens ou serviços oriundos de outros Estados e destinados ao seu uso, consumo, integração ao Ativo Permanente ou que não estejam vinculados a uma saída subsequente tributada.

Convém mencionar que a tributação do Diferencial de Alíquota está tipificado em nossa Constituição Federal/1988, conforme podemos verificar da redação do seu artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII, abaixo transcrito:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

No Estado da Bahia, instituída a exigência na Lei 7.014/96 (art. 2º inciso IV), transcrição que segue, norma regulamentada pelo Decreto 6.284/97 (1º, § 2º, IV do RICMS/BA), vigente, na época dos fatos ocorridos, nos presentes autos.

O art. 5º, I do RICMS-BA/97 define assim o momento da incidência, para efeito do pagamento:

I - 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;

No caso presente, foram relacionados pela fiscalização a aquisição de câmaras fotográficas, DVD Player, Ferro a seco, liquidificador eletrônico, Servidor PowerEdge, espremedor de frutas, celulares, sanduicheira, forno elétrico, entre outros produtos eletrônicos, que não foram compreendidos como mercadorias para comercialização, mas, bens destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento.

Apesar de a atividade econômica principal do autuado registrada no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia anotar "*comércio atacadista de aves abatidas derivados*" - CNAE FISCAL 4634/60-2, o estabelecimento igualmente comercializava eletrodoméstico e equipamentos de áudio e vídeo, também constantes entre as suas várias atividades secundárias (fls. 24/27).

O autuante identificou a quantidade expressiva dos produtos eletrodomésticos relacionados e compatível com aquisição para comercialização; o estabelecimento, localizado no interior do Estado comercializa também os aludidos produtos; a apuração dos estoques do autuado não acusou diferenças nesses produtos. Em face de tais fatos, resta evidente a comercialização dos aludidos produtos, situação que não implica incidência do ICMS diferencial de alíquota.

Excluídos as operações correspondente aos eletrodomésticos, restam aquelas que tratam das aquisições efetivamente destinadas ao ativo imobilizada, conforme constam no demonstrativo de fls. 478/479. A exigência é reduzida de R\$9.554,22 para R\$2.425,57.

Por fim, na infração 12, a acusação é que o contribuinte recolheu ICMS a menor, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. A exigência totaliza R\$932.581,57.

Examinando as peças processuais que instruem a exigência, verifico que o demonstrativo do débito e um outro denominado "demonstrativo das vendas de mercadorias tributadas como não tributadas ou alíquota aplicada a menor em operações de saídas interna e interestadual de mercadoria", este, em primeira e última folha, foram acostados aos autos (fls. 262/265). Não houve, na realidade, conforme descreveu o fiscal, *recolhimento do ICMS a menor por divergência entre o imposto recolhido e o valor informado em documentos fiscais*, mas, *operações de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas ou aplicação de alíquota a menor*, conforme se depreende dos demonstrativos que amparam a exigência.

Nesse sentido, o direito assiste ao autuado, ao questionar o levantamento fiscal, na tributação das saídas de arroz e feijão com 17%, quando beneficiadas com a redução da base de cálculo em 100% (art. 78-A, RICMS/97) ou com a isenção de ICMS (art. 265, II, "a", RICMS/12); o mesmo ocorre com pescado fresco (art. 87, XXXVI, RICMS 97) ou com a isenção de ICMS (art. 265, II, "e", RICMS 12); charque, cuja carga tributária foi reduzida para 7% (art. 87, XXXI, RICMS/97), além de outros produtos sujeitos ao regime da substituição tributária, cuja fase de tributação encontra-se encerrada, o que

não foi observado pelo autuado.

Após as exclusões retro mencionadas, o próprio Auditor Fiscal elaborou novo demonstrativo de débitos, que reduziu a exigência de R\$932.581,57 para R\$20.948,07, conforme quadro sintético (fls. 483/484), além do demonstrativo eletrônico gravado na mídia CD (fl. 454).

Posto isso, a exigência 12 é parcialmente subsistente no valor de R\$20.948,07.

O Auto de Infração é **PROCEDENTE EM PARTE**, no valor de R\$125.728,80, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$18.438,93, conforme o quadro abaixo:

Infração 01 - R\$18.338,93 (multa) reconhecida

Infração 02 - R\$100,00 (multa) reconhecida

Infração 03 - R\$13.860,95 reconhecida

Infração 04 - R\$4.293,01 reconhecida

Infração 05 - R\$2,16 reconhecida

Infração 06 - R\$13.191,28 reconhecida

Infração 07 - R\$63.426,12 Procedente em parte

Infração 08 - R\$4.809,59 Procedente em parte

Infração 09 - R\$2.661,03 reconhecida

Infração 10 - R\$2.317,91 Procedente em parte

Infração 11 - R\$110,52 reconhecida

Infração 12 - R\$20.498,07 Procedente em parte

Infração 13 - R\$12.828,97 reconhecida

É o voto.

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 **222468.0606/14-0**, lavrado contra **DAP DISTRIBUIDORA DE AVES E PEIXES CAMACAN LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$125.170,64**, acrescido das multas 50% sobre R\$4.293,01, 60% sobre R\$118.216,60 e 100% sobre R\$2.661,03, previstas no art. 42, incisos I, "a", II, alíneas "a", "b", "d", "f" e III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$18.438,93** e a multa percentual no valor de **R\$12.828,97**, previstas nos incisos XIII-A, "i", XXII e VII, "a", do mesmo diploma legal citado, alteradas pelas Leis nºs 10.847/07 e 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstas pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

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, 29 de setembro de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR