

PROCESSO - A. I. N° 222468.0606/14-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DAP - DISTRIBUIDORA DE AVES E PEIXES CAMACAN LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0171-01/15
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/03/2016

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0030-12/16

EMENTA: ICMS. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. 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. 8. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 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. 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. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração.

O Auto de Infração foi lavrado em 12/09/2014, para exigir crédito tributário no montante de R\$1.220.982,65 em razão de o Sujeito Passivo haver supostamente cometido treze infrações, das quais o autuado reconhece o cometimento das infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 11 e 13, restando objeto do Recurso de Ofício as infrações 7, 8, 10 e 12, como segue:

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 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 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%.

Os membros da 1^a JJJ, após análise das peças processuais e a partir do voto proferido pelo i. relator de primeira instância, decidiu à unanimidade, pela Parcial Procedência do lançamento, julgando parcialmente subsistente as infrações 7, 8, 10 e 12, e subsistente as demais infrações, *in verbis*:

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 débito 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. Porem, 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 o 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, remanescente 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.

Em razão da sucumbência imposta à fazenda Pública, a 1^a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal para reapreciação da decisão proferida em primeiro grau de julgamento administrativo, em sede de reexame necessário.

Cientificados, autuante e autuado não se manifestaram.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 1^a JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0171-01/15 na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA, tudo em razão da sucumbência imposta à Fazenda Pública Estadual em face da parcial procedência da autuação.

Cinge-se o presente Recurso de Ofício à análise da decisão recorrida que desonerou parcialmente o Sujeito Passivo do quanto lhe foi exigido em razão das acusações fiscais de haver recolhido a menos ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização; de haver recolhido 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; de haver deixado 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; e de haver recolhido 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.

Da compulsão dos autos, vejo que a decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, com os elementos de que dispunha, está absolutamente correta, eis que os julgadores de primo grau amiudaram a matéria em discussão, toda ela de fato, confrontando as provas trazidas aos autos com a acusação fiscal, senão vejamos:

Para a infração 7, como se pode verificar da peça de irresignação, o Sujeito Passivo contraditou a peça acusatória, mês a mês, indicando, precisamente, as notas fiscais para as quais não deveria ser mantida a acusação fiscal.

Nessa linha, a Junta de Julgamento Fiscal, em um trabalho minucioso, verificou, acertadamente, que a exigência fiscal continha operações cuja exigência de ICMS não podia remanescer, verificado que parte do imposto exigido havia sido recolhido tempestivamente; havia mercadorias com fase de tributação encerrada; foram verificadas notas fiscais de alguns produtos que teriam sido emitidas em seus estados de origens nos últimos dias de um determinado mês, somente adentraram no estabelecimento autuado em momento posterior; além de ter havido mercadorias com redução de 100% da base de cálculo e mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.

Feito o demonstrativo discriminado pelos julgadores de piso, a redução da exigência fiscal se deu em decorrência da demonstração de que havia incorreções no lançamento fiscal que, uma vez corretamente corrigidos, elidiram parte da exigência fiscal, restando passível de cobrança, R\$63.426,62.

Para a infração 8, na mesma trilha, em que pese o Sujeito Passivo aduzir a improcedência da infração sob o argumento de que faria *jus* ao benefício 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, o que restou verificado e reconhecido pelo autuante, resta o fato de que para a mercadoria “*charque*” não se aplicou corretamente a carga tributária que deve resultar na alíquota de 7%, nos termos do art. 87, XXXI do RICMS-97/BA.

Em assim sendo, feita a correção necessária, a subsistência da acusação fiscal é apenas parcial, passível de exigência o montante de R\$4.809,59, conforme demonstrativo elaborado pelo Autuante e colacionado à fl. 474.

No que se refere à infração 10, à luz do registro do Contribuinte na SEFAZ-BA, que indica “*comércio atacadista de aves abatidas derivados - CNAE FISCAL 4634/60-2*”, e que também indica como atividade secundaria o comércio de eletrodoméstico e equipamentos de áudio e vídeo, restou evidente, a partir da apuração dos estoques da Autuada e do fato de que não foram encontradas diferenças nos ditos estoques, que de fato houve comercialização dos produtos (câmaras fotográficas, DVD Player, Ferro a seco, liquidificador eletrônico, Servidor PowerEdge, espremedor de frutas, celulares, sanduicheira, forno elétrico, entre outros produtos eletrônicos), o que afasta a exigência de ICMS diferencial de alíquota, mantida apenas as mercadorias que comprovadamente tiveram como destino o ativo imobilizado, nos termos do demonstrativo de fls. 478/479, o que fez reduzir a exigência fiscal para R\$2.425,57.

Por fim, em relação à infração 12, a sucumbência decorre da aplicação incorreta da carga tributária incidente sobre as mercadorias, entendido que há mercadorias com redução de 100% da base de cálculo, a exemplo do feijão e do arroz e do pescado fresco, bem redução da base de cálculo de modo a que a carga tributária resultasse em 7%, a exemplo do “*charque*”, além de produtos submetidos ao regime de substituição tributária.

Feitas as correções com fundamento na legislação (artigos 78-A, 87, XXXVI, 265, II do RICMS/97, bem como do RICMS/12); o próprio Autuante procedeu às correções elaborando novos demonstrativos com redução do valor da exigência de R\$932.581,57 para R\$20.948,07, às fls. 483/484 e CD à fl. 454.

Por tudo o quanto exposto, verificado que a sucumbência imposta ao erário deriva de correções de erros materiais e legais na apropriação do valor das exigências fiscais, das quais restou

provado que as razões de irresignação tinham procedência em razão da cobrança indevida de imposto já recolhido e da inaplicação da correta carga tributaria para diversas mercadorias, não há que se fazer qualquer reparo á decisão de piso.

Nesses termos, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a decisão de piso tal como prolatada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **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 previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS