

A. I. Nº - 298576.0011/15-7
AUTUADO - ELBA ADRIANA CARNEIRO SOUZA MAGALHÃES (GYRUS ATACADISTA DE ALIMENTOS) - ME
AUTUANTE - LUÍS CARLOS MOURA MATOS
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073-06/16

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. No caso, por presunção legal, o que se exige é o imposto sobre as operações anteriores relativo às mercadorias tributadas e não oferecidas à tributação, cuja receita foi omitida e serviu de suporte financeiro para as aquisições não registradas. O autuado não se desincumbiu do ônus de tornar improcedente a presunção. Item subsistente. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Razões de defesa elidem parcialmente a exação.** **3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Razões de defesa elidem parcialmente a exação.** **4. PASSIVO FICTÍCIO. FORNECEDORES.** A existência de passivo fictício é uma presunção legal, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, de que o contribuinte realizou, no próprio exercício, pagamentos de tal monta e não os contabilizou, mantendo a dívida de forma fictícia, por se tratar de receitas também não contabilizadas, cujo ônus da prova em contrário é do contribuinte que não se desincumbiu de exercê-la. Item subsistente em parte, após exclusão de valor exigido no exercício anterior, sob pena de cobrança em duplicidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 14/12/2015, para exigir o montante de R\$256.278,90, referente a quatro infrações, conforme documentos às fls. 12 a 312 dos autos, nos termos a seguir:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$23.022,36, nos prazos regulamentares, referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos exercícios de 2012 e 2013;

INFRAÇÃO 2 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$211.253,24, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos exercícios de 2012 e 2013.

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menos ICMS antecipação parcial, no valor de R\$14.173,95, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização, nos meses de janeiro, fevereiro, abril e outubro de 2012; maio, junho e novembro de 2013.

INFRAÇÃO 4 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS devido de R\$7.829,35, apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, nos exercícios de 2012 e 2013.

Em sua defesa, às fls. 322 a 349 dos autos, o sujeito passivo, em relação à infração 1, diz que o autuante incorreu em erro, posto que os produtos não escriturados corresponde a mercadorias de consumo, em sua maioria diesel, adquirido somente para abastecer seus veículos. Aduz que houve

despesas apontadas na infração em comento devidamente registradas, do que apresenta tabela das notas fiscais que alega estarem escrituradas, às fls. 324 a 326 dos autos, para, em seguida, contestar o índice de proporcionalidade aplicado pelo autuante, por não atentar ao princípio da razoabilidade e por não ter qualquer respaldo em norma legal, o onerando demasiadamente por infração que inexistente. Defende ser completamente desarrazoada a aplicação de multa de 100%, a qual entende ser de 1%, caso restasse comprovada a infração, nos termos do art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96. Requer que a infração seja anulada integralmente.

Quanto à infração 2, o defendente aduz ser a exigência equivocada, pois o fisco cobra tributos já quitados e considera que o recolhimento de alguns produtos deveria se dar por substituição tributária, quando na verdade deve ser efetuado o cálculo por antecipação parcial. Exemplifica com o produto Paratudo, em relação ao qual o contribuinte efetuou o recolhimento do ICMS por antecipação parcial. Salienta que o anexo I do RICMS dispõe acerca das mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária e o produto Paratudo não faz parte deste rol, o que implica, consequentemente, que o ICMS sobre ele incidente sujeita-se à antecipação parcial.

Em seguida, apresenta tabela das mercadorias cobradas em duplicidade e das mercadorias equivocadamente consideradas pelo fisco como sujeitas à Substituição Tributária, inerentes aos produtos “Paratudo”, “Esponja Aço”, “Refr Docile”, “Refr Tandy”, “Sabão Pó”, “Aparelho Bar.”, “Farinha Trigo”, “B. Lac. UHT” e “Açúcar”, do que destaca que “...um produto só se sujeita ao Regime de Substituição Tributária, quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma tributária vigente, art. 289 e anexo 1 do RICMS-BA12.”

Inerente à infração 3, o autuado concluiu existir cobrança do ICMS em duplicidade, como também de que houve equívoco do fisco ao aplicar a alíquota interna de 17% para todos os produtos, desconsiderando as mercadorias que são beneficiadas pela redução de alíquota, tais como: leite em pó, vinagre e margarina que possuem alíquota de 7%, flocão, farinha e óleo de soja, conforme demonstra analiticamente por meio de tabelas, às fls. 338 a 345 dos autos.

No tocante à infração 4, o sujeito passivo alega que, no exercício de 2012, o autuante extraiu da conta fornecedores o valor de R\$-21.044,00 referente à empresa BUNGE ALIMENTOS e ao mesmo tempo solicitou informações da citada empresa, tendo esta informado que o saldo da conta fornecedores era de R\$-190,60, apurando uma diferença de R\$-20.853,40. Contudo, não existe nenhuma diferença no saldo da conta fornecedores, ora transcrita no Balanço Patrimonial.

Aduz que a partir do razão analítico, cópias das notas fiscais de compras e suas respectivas duplicatas, resta demonstrado o verdadeiro saldo existente na conta fornecedores, uma vez que, em 01/12/12, houve aquisição de compras através da NF nº 5427, no valor de R\$21.044,00, com vencimento para 01/01/13, do que se conclui que não existe valor a ser recolhido na infração. Destaca que a mesma sistemática foi adotada pelo fisco no exercício de 2013.

Por fim, o defendente salienta que, após terem sido justificadas as razões que levam à improcedência de cada uma das infrações, é imperioso que se reconheça que recolheu o ICMS incidente sobre sua atividade comercial de modo correto e em estrita observância à legislação vigente e que concluir de modo contrário resultará em contrariedade ao princípio da segurança jurídica e legalidade, além de inquestionável prejuízo patrimonial ao qual não deu causa.

Diante do exposto, requer a improcedência do Auto de Infração e protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, mormente, pela juntada de novos documentos, aditamento da presente defesa e prova pericial, o que diz que “desde já fica requerido”. Como prova de suas alegações, anexa documentos às fls. 350 a 489 dos autos.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 493 a 504 dos autos, inicialmente, quanto à infração 1, ressalta que o autuado para desqualificar a infração cita, em sua tese de defesa, o art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, no entanto, o enquadramento foi com base no art. 42, III, da citada Lei, conforme especificado no Auto de Infração, no qual estipula a multa de 100% do valor do imposto não recolhido, apurado mediante entradas de mercadorias ou bens não registrados. Mantém a infração.

Em relação à infração 2, informa que procede a alegação de defesa quanto a alguns valores pagos e sobre as discordâncias do autuado quanto a substituição tributária, o autuante aduz que:

1. O produto Paratudo, NCM 2206.00.90, se enquadra como mercadoria da substituição tributária, como se pode observar no ANEXO 1 do RICMS/12, quando refere-se ao NCM 2206, que diz:

Outras bebidas fermentadas (sidra, perada, hidromel, por exemplo); misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, não especificadas nem compreendidas em outras posições da posição da NCM – 2206

2. O produto Refresco Docile, NCM 2106.90.10, se enquadra como mercadoria da substituição tributária, como se pode observar no ANEXO 1 do RICMS/12, quando refere-se ao NCM 2106.90.1, que diz: *Refrigerantes e extratos concentrados destinados ao preparo em máquinas ("pré-mix" e "post-mix") - 2202; 2106.90.1*
3. O produto farinha de trigo, de fato consta como venda mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, cujo CFOP é 6404, no entanto o recolhimento de ICMS nos termos do protocolo deverá ser feito através de GNRE, no momento da saída da mercadoria, devendo uma via desse documento acompanhar o trânsito até o destino. Desta forma, todos os pagamentos efetuados através dos DAE's, estão já computados como ICMS recolhido (Coluna "S" da Antecipação Tributária), visto que não houve recolhimentos através de GNRE's.
4. O produto Bebida Láctea UHT, NCM 2202.90.00, se enquadra como mercadoria da substituição tributária, como podemos observar no ANEXO 1 do RICMS/12, quando refere-se ao NCM 2202.9, que diz: *Bebidas energéticas e isotônicas – 2106.9 e 2202.9*

O autuante aduz que o autuado não interpretou corretamente a planilha de Antecipação Tributária (fls. 12/14), pois, quando se refere ao mês de outubro/12, diz: *"o fisco elaborou planilhas cobrando valores a recolher de R\$-24.334,19", do que infere que o autuado está somando o ICMS Recolhido, e reconhecido neste PAF, de R\$4.181,43 (coluna S) com a coluna ICMS a pagar de R\$ 20.152,76 (coluna T). O preposto fiscal destaca que foram lançados valores dos pagamentos, de acordo com as receitas 1.145 - ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, conforme Relatórios Arrecadação por Receita e Relação de DAEs".* Por fim, conclui pela procedência parcial da infração, consoante nova planilha da Antecipação Tributária, às fls. 505/507 dos autos.

Inerente à infração 3, o autuante conclui que procede a alegação de defesa quanto a alíquota dos itens leite em pó, vinagre e farinha. Quanto ao produto flocão, diz não haver alteração, visto que as compras têm crédito de 12%, origem Goiás (observa que o ICMS a pagar é R\$0,00) e que não foi encontrado margarina na planilha apresentada. Em relação à alíquota para óleo de soja, diz que será mantida, visto que o art. 266, XXII, diz: *"das operações internas com óleo refinado de soja ou de algodão, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12% (doze por cento)".*

Desta forma, todos os pagamentos efetuados através de DAE's, estão já computados como ICMS Pago (Coluna "T" da Antecipação Parcial, fls. 508/514), visto que não houve recolhimentos através de GNRE's, do que diz apresentar nova planilha da Antecipação Parcial.

No tocante à infração 4, o autuante diz que o autuado faz referências aos documentos: Razão Analítico, Nota Fiscal de compra, demonstrativo da fatura, duplicatas, por ele lançados. No entanto, o trabalho de auditoria vai além do simples batimentos e conferências do que é apresentado pelo contribuinte. Assim, esta infração está baseada no Balancete de 31/12/2013, apresentado à fl. 27 (de onde retirou-se os saldos), juntamente com os saldos informados pelo fornecedor à fl. 28, o que culminou com o Passivo Fictício (fls. 25/26). Mantém a infração.

Por fim, após análise das considerações de defesa, o autuante opina pela procedência das infrações 1 e 4, e acata parcialmente as argumentações relativas às infrações 3 e 4 do Auto de Infração.

Instado a se manifestar sobre a informação fiscal, o autuado, às fls. 529 a 533 dos autos, em relação à infração 1, aduz que o autuante refutou as alegações de defesa de modo genérico e infundado,

dizendo somente que a multa de 100% deve persistir, assim como a totalidade da infração, deixando de se manifestar sobre o apontado erro da aplicação do índice de proporcionalidade, tendo em vista que não há respaldo legal que fundamente o índice aplicado e não foi elaborada nenhuma planilha de índice para chegar a tal proporcionalidade. Também o autuante manteve-se silente quanto a demonstração e comprovação de notas fiscais registradas.

Inerente à infração 2, com referência aos produtos Refresco Docile e Tandy, o autuado assevera que não se incluem no rol da substituição tributária, como entende o autuante, do que, para sustentar sua tese, o autuado recorre ao Parecer nº 14.372/12 que diz que “Um produto está sujeito ao regime de Substituição Tributária, quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma tributária vigente. Art. 289 e anexo 1 do RICMS-BA/12”. O defendente afirma que o produto refresco Tandy 8dpx15unx30g é um produto para ser consumido juntamente com água, do tipo “quisuco”, e não ao preparo em máquinas (pré-mix e post-mix), sendo assim, o mesmo é considerado como produto de antecipação parcial.

Inerente ao produto Farinha de Trigo, o qual o fisco acata que é de fato submetido à substituição tributária, mas alega que não houve recolhimento através de GNRE, o contribuinte informa que as Notas Fiscais nºs 67040 e 67041 foram devidamente pagas pela empresa emitente, conforme GNRE no valor de R\$70.279,16, sendo este valor referente a toda movimentação do mês, sendo anexado um relatório das notas fiscais. Portanto, segundo o autuado, inexiste valores a recolher.

Com referência ao produto “B. Lac. UHT CHOC 200 (9x3) PIRA”, aduz o apelante que não se enquadra no rol da substituição tributária, conforme o citado Parecer nº 14.372/12, visto que o dito produto (Todynho) não é considerado uma bebida energética ou isotônica, como afirma o autuante, sendo assim, o mesmo é considerado como produto de antecipação parcial.

Quanto à infração 3, aduz que o fisco concorda com a procedência das alíquotas do leite em pó, vinagre, farinha e diz que não encontrou o produto margarina em sua planilha. Contudo, o autuado afirma que tal produto consta das Notas Fiscais nºs 2682439 e 2682438, referentes ao mês de 10/12; Notas Fiscais nºs 83747 e 83846, referentes ao mês de 05/13, e nota fiscal nº 440687, referente ao mês de 11/13, não tendo o fisco promovido a alteração da planilha.

Assevera que no mês de fevereiro/12 o fisco continua exigindo ICMS referente ao vinagre, razão de manter as informações constantes de sua planilha anterior e o valor da diferença a recolher.

Na planilha de outubro/12 o fisco altera seu levantamento e inclui o imposto sobre margarina, o que ocasiona divergência em seus cálculos, razão de manter as informações constantes de sua planilha anterior e o valor da diferença a recolher.

Na planilha de maio/13 diz concordar com o levantamento do fisco.

Na planilha de junho/13 diz que o fisco alterou seu levantamento, incluindo o produto Farinha Torrada Saco 50 kg, o qual é isento de ICMS, ocasionando divergência em seus cálculos, razão de manter as informações constantes de sua planilha anterior e o valor da diferença a recolher.

Na planilha de novembro/13 diz que o fisco alterou seu levantamento, incluindo o produto Margarina, ocasionando divergência em seus cálculos, razão de manter as informações constantes de sua planilha anterior e o valor da diferença a recolher.

Quanto à infração 4, o autuado sustenta que a ausência da infração foi devidamente demonstrada através do razão analítico, notas fiscais de compra, demonstrativo de fatura e comprovantes de pagamento das duplicatas.

Por fim, o defendente salienta que o autuante concluiu sua informação fiscal pela procedência das infrações 1 e 4 e procedência parcial das infrações 3 e 4, não mencionando a infração 2, ao passo que repete a infração 4 como procedente e parcialmente procedente. Assim, faz-se necessário que seja sanada a omissão, do que anexa documentos, às fls. 535 a 539 dos autos, e requer a total improcedência do Auto de Infração.

Preposto fiscal estranho ao feito, à fl. 544 dos autos, ao se pronunciar sobre a manifestação do

autuado, limitou-se a manter, na íntegra, os termos constantes da informação fiscal.

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações, com o débito exigido no montante de R\$256.278,90, as quais foram objeto da insurgência do sujeito passivo.

Inicialmente, há de se registrar que todas as exações do lançamento de ofício foram devidamente documentadas e se fundamentam em levantamentos fiscais e demonstrativos, constantes nos autos e em mídia eletrônica, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, consoante restou comprovado em sua peça de defesa, conforme documentos às fls. 355 a 373 dos autos. Em consequência, verifico que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.

Nos termos do art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido de prova pericial, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

Em seguida, da análise das razões de mérito verifica-se que, com relação à infração 1, a base fundamental da insurgência do sujeito passivo reside na alegação de que os produtos não escriturados corresponde a mercadorias de consumo e que houve despesas, apontadas na infração, devidamente registradas, como também contesta o índice de proporcionalidade aplicado pelo autuante, por não ter qualquer respaldo em norma legal, o onerando por infração inexistente. Por fim, caso restasse comprovada a infração, defende a aplicação de multa de 1%, nos termos do art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96.

Quanto à alegação de que se trata de materiais de uso e consumo, há de se esclarecer que, com base na presunção legal prevista no art. 4º, §4º, IV, da Lei nº 7.014/96, salvo prova em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto, presumindo-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, sempre que se verificar entradas de mercadorias ou bens não registrados. Tal presunção legal decorre do fato de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas realizadas e também não contabilizadas.

Sendo assim, neste caso, por presunção legal, o que se exige é o imposto sobre as operações anteriores relativas às mercadorias tributadas e não oferecidas à tributação, cuja receita foi omitida e serviu de suporte financeiro para as aquisições não registradas. Em consequência, não há de se falar de que se trata de aquisição de materiais de uso e consumo (óleo diesel), pois, na verdade, não é desta mercadoria que se exige o imposto, mas, sim, de mercadorias desconhecidas e anteriormente vendidas sem documentação fiscal, cuja receita serviu de suporte financeiro à aquisição do material de uso e consumo, não registrado.

Quanto ao argumento do autuado de que houve despesas, apontadas na infração, devidamente registradas, do que, como prova de sua alegação, apresenta tabelas sob título de “NOTAS FISCAIS ESCRITURADAS – REGISTRO DE ENTRADAS”, às fls. 324 a 326 dos autos, como também anotações manuscritas de datas às fls. 370 e 371 dos autos, há de se esclarecer que tal expediente, sem juntar cópia do lançamento no livro Registro de Entradas e, em consequência, na escrita contábil, como prova de suas alegações, conforme determina os artigos 132, II, e 133 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não comprovou o efetivo registro das notas fiscais na escrita do contribuinte, de modo a desonerar-lo do ônus de tornar improcedente a presunção legal.

Eis a razão de não se aplicar a multa de 1%, nos termos do art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, a qual se destina ao caso de o contribuinte apenas não registrar a nota fiscal na escrita fiscal, porém, comprovadamente, a ter contabilizado.

Inerente à contestação do índice de proporcionalidade aplicado pelo autuante, por não ter qualquer

respaldo em norma legal, há de se esclarecer que tal aplicação do índice de proporcionalidade é mais benéfico ao contribuinte, pois o valor da exigência reduz proporcionalmente às operações tributáveis, excluindo da cobrança os valores relativos às saídas isentas e outras, em decorrência do preceito insito na presunção legal de “*salvo prova em contrário*”, tendo a jurisprudência deste CONSEF adotado a premissa de que o fato de o contribuinte operar com outros tipos de tributação (isentas e com substituição tributária), deve a presunção legal se restringir proporcionalmente às operações com mercadorias tributadas, o que já explica o cálculo da apuração do aludido índice, cuja regulamentação, repita-se decorre do entendimento de que tais circunstâncias (operações isentas e outras) já servem como prova em contrário, cuja regra foi consubstanciada no próprio art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96 e o *modus operandi* na Instrução Normativa nº 56/2007.

Diante de tais considerações, a primeira infração é subsistente.

No tocante à infração 2, em suma, o defendente alega exigência de: tributos já quitados; produtos sujeitos à antecipação parcial (“Paratudo”, “Esponja Açor”, “Refr Docile”, “Refr Tandy”, “Sabão Pó”, “Aparelho Bar.”, “Farinha Trigo”, “B. Lac. UHT” e “Açúcar”), do que destaca que “...um produto só se sujeita ao Regime de Substituição Tributária, quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma tributária vigente, art. 289 e anexo 1 do RICMS-BA12.”

Por sua vez, o autuante, quando da sua informação fiscal, acatou a alguns valores pagos, manteve a substituição tributária relativa aos produtos: Paratudo, NCM 2206.00.90; Refresco Docile, NCM 2106.90.10; farinha de trigo, pois foram excluídos os pagamentos efetuados através dos DAE, e Bebida Láctea UHT, NCM 2202.90.00, concluindo pela procedência parcial da infração, no valor de R\$200.568,48, consoante nova planilha da Antecipação Tributária, às fls. 505/507 dos autos.

O autuado, em nova manifestação, reitera sua alegação de que não se incluem no rol da substituição tributária os produtos: Refresco Docile, Refresco Tandy (“quisuco”), Beb. Lac. UHT CHOC, os quais não possuem, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma tributária vigente. Já a Farinha de Trigo, informa que as notas fiscais nº 67040 e 67041 foram devidamente pagas pela empresa emitente, conforme GNRE no valor de R\$70.279,16, sendo este valor referente a toda movimentação do mês, do que aduz inexistir valores a recolher.

Da análise das razões acima relatadas observa-se que a lide remanesce apenas em relação aos produtos:

1. Refrescos Docile e Tandy, os quais o autuado defende não se incluírem no regime de substituição tributária, compreendido no item 37 do Anexo 1 do RICMS/12, já que são consumidos juntamente com água, tipo “k-suco”, e não ao preparado em máquinas (pré-mix e post-mix), devendo ser considerado como produto sujeito à antecipação parcial;
2. Bebida Láctea UHT CHOC. (Todynho) por não se incluir como bebida energética ou isotônica, compreendida no item 6 do Anexo 1 do RICMS/12, devendo ser considerada como produto sujeito à antecipação parcial;
3. Farinha de Trigo, visto que o ICMS/ST das Notas Fiscais nºs 67040 e 67041 foram devidamente pagas pela empresa emitente, conforme GNRE no valor de R\$70.279,16.

Concordo com as alegações de defesa de que não se enquadram no regime de substituição tributária os aludidos refrescos e bebida láctea, cujos produtos, em que pese consignarem NCM previstas nos citados itens do Anexo 1, não se enquadram na descrição dos produtos os quais se quer abranger com o regime de substituição tributária, conforme razões expostas pelo autuado.

Inerente à alegação que o ICMS/ST da farinha de trigos das Notas Fiscais nºs 67040 e 67041 foi pago pelo emitente, conforme GNRE no valor de R\$70.279,16, à fl. 536 dos autos, vislumbro que a aludida guia consigna: o mesmo emitente das citadas notas fiscais (J. MACEDO S/A); o Estado da Bahia como unidade favorecida; o Protocolo ICMS 46/00, relativo ao produto farinha de trigo e o período de referência 06/2013, o qual coaduna com a emissão das notas fiscais. Já às fls. 537 e 538 dos autos constam memória de cálculo dos valores relativos às referidas notas fiscais (R\$5.870,11

contra R\$6.078,99 exigido – fl. 13) e o comprovante de pagamento, não tendo o preposto fiscal que prestou a informação fiscal, à fl. 544 dos autos, se insurgido especificamente, à tais documentos. Sendo assim, após confirmar o recolhimento no Sistema da SEFAZ, concluo que não prevalece a exigência do ICMS antecipação tributária da farinha de trigo, relativo às citadas notas fiscais nº 67040 e 67041, relativas ao mês de julho/13, e sequer o valor remanescente (R\$208,88) inerente à diferença entre o recolhido através da GNRE e o reclamado, em relação as citadas notas fiscais, uma vez que, nos termos do Protocolo ICMS 46/00, o responsável pela retenção e recolhimento do imposto é o remetente (J Macedo S/A), na condição de contribuinte substituto tributário inscrito no Estado da Bahia, inexistindo, neste caso, a responsabilidade solidária do adquirente, conforme prevista no art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96.

Assim, a partir da planilha às fls. 505/507 do PAF, devem-se excluir da infração 2 os valores exigidos do ICMS por antecipação, relativos aos produtos: “REFR. DOCILE”; “REFR. TANDY” e “B. L UHT CHOC”, como também excluir, no mês de julho/13, o valor exigido de R\$6.078,99, inerente ao produto farinha de trigo, conforme errata a seguir:

Data Ocorr.	ICMS 505/507	ICMS excluir	ICMS Dev.	Data Ocorr.	ICMS fls. 505/507	ICMS excluir	ICMS Dev.
31/01/2012	-	-	-	31/01/2013	-	-	-
28/02/2012	9.226,88	-	9.226,88	28/02/2013	16.000,80	-	16.000,80
31/03/2012	7.120,77	-	7.120,77	31/03/2013	7.277,30	1.394,65	5.882,65
30/04/2012	-	-	-	30/04/2013	6.392,28	-	6.392,28
31/05/2012	13.561,01	-	13.561,01	31/05/2013	14.889,71	2.388,52	12.501,19
30/06/2012	-	-	-	30/06/2013	14.141,18	-	14.141,18
31/07/2012	9.634,31	-	9.634,31	31/07/2013	6.078,99	6.078,99	-
31/08/2012	31.781,64	-	31.781,64	31/08/2013	4.144,99	-	4.144,99
30/09/2012	2.964,25	-	2.964,25	30/09/2013	404,35	404,35	-
31/10/2012	20.152,76	942,78	19.209,98	31/10/2013	4.386,98	777,60	3.609,38
30/11/2012	-	-	-	30/11/2013	5.508,59	1.634,40	3.874,19
31/12/2012	16.000,80	-	16.000,80	31/12/2013	11.900,89	730,94	11.169,95
TOTAIS:	110.442,42	942,78	109.499,64	TOTAIS:	91.126,06	13.200,57	77.716,61

Diante de tais considerações, a segunda infração é subsistente em parte, no valor de R\$187.216,25.

Quanto à infração 3, o autuante após analisar as alegações de defesa concluiu por agravar a exação de R\$14.173,95 para R\$14.386,95, consoante planilha da Antecipação Parcial, às fls. 508 a 514, em razão da correção de erro material no mês de outubro de 2012 [diferença de ICMS Devido e ICMS Pago (fls. 18: R\$4.621,81 – R\$1.872,57 = R\$2.536,24 contra fls. 511: R\$4.621,81 – R\$1.872,57 = R\$2.749,24)].

Por sua vez, em nova manifestação, o autuado aduz que o fisco concorda com a procedência das alíquotas do leite em pó, vinagre, farinha e diz que não encontrou o produto margarina em sua planilha. Porém, o defendente destaca que:

1. a margarina consta das Notas Fiscais nºs 2682439 e 2682438, referentes ao mês de 10/12; Notas Fiscais nºs 83747 e 83746, referentes ao mês de 05/13, e Nota Fiscal nº 440687, referente ao mês de 11/13, não tendo o fisco promovido a alteração da planilha;
2. no mês de fevereiro/12 o fisco continua exigindo ICMS referente ao vinagre;
3. em outubro/12 o fisco altera sua planilha e inclui o imposto sobre margarina, o que ocasiona divergência em seus cálculos;
4. em junho/13 o fisco alterou sua planilha, incluindo o produto Farinha Torrada Saco 50 kg, o qual é isento de ICMS;
5. no mês de novembro/13 o fisco alterou sua planilha, incluindo o produto Margarina.

Da análise da planilha “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”, às fls. 508 a 514 dos autos, e das remanescentes razões de defesa, decorrem as seguintes conclusões:

1. Efetivamente constam da planilha as citadas notas fiscais, relativas ao produto margarina, com carga tributária nas operações internas de 10%, sendo, à época, prevista a de 7%, conforme art. 268, XXVII, do RICMS/12, sendo indevida a exigência da antecipação parcial do ICMS para o produto, nos valores de: R\$13,84; R\$433,71 (Notas Fiscais nºs 2682439 e 2682438, referentes ao

mês de 10/12); R\$3,29 (Notas Fiscais nºs 83747 e 83746, referentes ao mês de 05/13) e R\$919,62 (Nota Fiscal nº 440687, referente ao mês de 11/13).

2. Também se confirma a alegação de defesa de que no mês de fevereiro/12 mantem-se a exigência do ICMS antecipação parcial do produto vinagre, em razão da aplicação da carga tributária nas operações internas de 10%, sendo, à época, prevista a de 7%, conforme art. 268, XXVII, do RICMS/12, devendo-se excluir o valor de R\$124,94, relativo à Nota Fiscal nº 57773, de fevereiro/12.
3. Inexiste a alegada inclusão de margarina em outubro/12, pois todos os lançamentos originais (fls. 17/18) se mantêm na planilha de fls. 510 e 511 dos autos, em relação ao dito mês de outubro de 2012. A divergência nos total do valor no mês (R\$2.536,24 – fl. 18; e R\$2.749,24 – fl. 511) decorre da correção de erro material entre as colunas: ICMS Devido e ICMS Pago, conforme já relatado.
4. Igualmente, inexistência inclusão, em junho de 2013, do produto Farinha Torrada Saco 50 kg, inerente às Notas Fiscais nºs 258 e 259, as quais originalmente já constavam da planilha às fls. 20 dos autos e se mantiveram no levantamento de fls. 513 dos autos. Contudo, cabe razão ao autuado quando afirma se tratar de produto isento, conforme art. 265, II, *b*, do RICMS/12, sendo indevida a correspondente exigência do ICMS antecipação parcial no valor de R\$480,00, cuja importância deverá ser deduzida do total de R\$3.444,98, remanescendo a quantia de R\$2.964,98, em junho/13.
5. Também, inexistência inclusão, em novembro/13, do produto margarina, inerente à nota fiscal nº 440687, a qual originalmente já constava da planilha às fls. 21 dos autos e se manteve no levantamento de fls. 514 dos autos, cuja nota fiscal já foi objeto de análise no item “1”.
6. Por fim, na planilha “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”, às fls. 508 a 514 dos autos, para o produto leite em pó, perdura a carga tributária nas operações internas de 10%, sendo, à época, prevista a de 7%, conforme art. 268, XXV, do RICMS/12, sendo indevida a exigência para este produto, nos valores de: R\$153,00; R\$459,00 e R\$918,00 (notas fiscais nº 163 e 162), referentes ao mês de abril/12.

Assim, a partir da planilha às fls. 508 a 514 dos autos e das conclusões acima especificadas, devem-se excluir da infração 3 os valores relativos aos itens “1”, “2”, “4” e “6”, conforme errata a seguir:

Data Ocorr.	ICMS 508/514	ICMS excluir	ICMS Dev.
31/01/2012	1.730,49	-	1.730,49
28/02/2012	461,55	124,94	336,61
30/04/2012	3.022,59	1.530,00	1.492,59
31/05/2012	-	-	-
30/06/2012	-	-	-
31/10/2012	2.749,24	447,55	2.301,69
30/11/2012	-	-	-
TOTAIS:	7.963,87	2.102,49	5.861,38

Data Ocorr.	ICMS 508/514	ICMS excluir	ICMS Dev.
31/01/2013	-	-	-
28/02/2013	-	-	-
30/04/2013	-	-	-
31/05/2013	2.012,05	3,29	2.008,76
30/06/2013	3.444,98	480,00	2.964,98
31/10/2013	-	-	-
30/11/2013	966,05	919,62	46,43
TOTAIS:	6.423,08	1.402,91	5.020,17

Diante de tais considerações, a terceira infração é subsistente em parte, no valor de R\$10.881,55.

Finalmente, em relação à quarta infração, na qual se exige ICMS de R\$7.829,35, apurado através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, nos exercícios de 2012 e 2013, conforme demonstrada às fls. 25 e 26 dos autos, verifica-se que o preposto fiscal, com base no Balancete Analítico da empresa, à fl. 27 dos autos, inerente ao exercício de 2013, constatou o saldo *inicial* da conta “Fornecedores”, relativo à empresa BUNGE ALIMENTOS S/A, de R\$21.044,00 e o saldo *final* de R\$52.756,93, do que se fundamentou para a exigência, ora em análise.

Há de se esclarecer que a Conta Fornecedores se destina a lançar as obrigações decorrentes da contrapartida de compras a prazo de mercadorias, devendo, no caso concreto, a partir do saldo remanescente do exercício 2012 (saldo inicial do exercício de 2013), incluir a crédito as compras a prazo do exercício seguinte e abater a débito os pagamentos das duplicatas realizados, de modo a se apurar o saldo contabilizado no final do exercício de 2013. Logo, a configuração da dita conta, específica à BUNGE ALIMENTOS S/A, é: saldo inicial + compras - pagamentos = saldo final.

Assim, uma vez *declarado pelo contribuinte* em sua escrita contábil que o saldo da aludida conta “Fornecedores”, relativa à BUNGE ALIMENTOS S/A, do exercício de 2013 é de R\$52.756,93, vale

dizer que tal importância já está compreendida do saldo inicial (final de 2012) de R\$21.044,00, cujos montantes, deduzidos de valores informados como pagos pelo fornecedor, foram considerados pelo fisco como bases de cálculo de operações omissas, consoante art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, que a alíquota de 17% resultaram no ICMS exigidos de R\$3.545,08 e R\$4.484,27, nos anos de 2012 e 2013.

Contudo, como já dito, por ter o fisco procedido à auditoria da conta “Fornecedores”, específica à BUNGE ALIMENTOS S/A, também no exercício de 2013, cujo saldo contabilizado pelo contribuinte, no montante de R\$52.756,93 estava inflado do passivo fictício de R\$20.853,40 (fl. 25), relativo ao exercício de 2012, deve-se excluir tal valor do passivo fictício apurado em relação ao exercício de 2013, no montante de R\$26.378,07 (fl. 26), resultando na base de cálculo de R\$5.524,67 (R\$26.378,07 - R\$20.853,40), que a alíquota de 17% resulta o ICMS exigido no exercício de 2013 de R\$939,19.

Há de se ressaltar que tal procedimento visa a evitar a exigência em duplicidade, uma vez que a base de cálculo do *passivo fictício* do exercício de 2012 estava inclusa na base de cálculo do *passivo fictício* do exercício de 2013, fato este notório por se tratar da mesma ação fiscal.

A existência de passivo fictício é uma presunção legal, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, de que o contribuinte realizou, no próprio exercício, pagamentos de tal ordem de grandeza e não os contabilizou, mantendo a dívida de forma fictícia, por se tratar de receitas também não contabilizadas, cujo ônus da prova em contrário é do contribuinte que não se desincumbiu de exercê-la, comprovando o efetivo pagamento das duplicatas, relativas ao saldo contabilizado como devido, em período posterior.

Diante de tais considerações, a quarta infração é subsistente em parte, no valor de R\$4.484,27, sendo R\$3.545,08, em 31/12/2012, e R\$939,19 em 31/12/2013, devendo-se corrigir as datas de vencimento e de ocorrência relativas ao exercício de 2012, consignadas no Auto de Infração.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$225.604,43.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298576.0011/15-7**, lavrado contra **ELBA ADRIANA CARNEIRO SOUZA MAGALHÃES (GYRUS ATACADISTA DE ALIMENTOS)** - ME, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$225.604,43**, acrescido das multas de 60% sobre R\$198.097,80 e 100% sobre R\$27.506,63, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR