

A. I. Nº - 088502.0008/13-9
AUTUADO - ELO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO ANÍBAL BASTOS TINOCO
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28.07.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0113-05/16

EMENTA: ICMS. 1. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. RECOLHIMENTO A MENOS. Acatadas as razões defensivas. Infração elidida. 2. ERRO NA DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO; a) VENDAS A CONTRIBUINTES DESABILITADOS. RECOLHIMENTO A MENOS; b) VENDAS A NÃO CONTRIBUINTES. RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações não impugnadas. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Refeitos, mediante diligência, os cálculos da autuação, remanescem diferenças relativas ao exercício de 2011. O autuante não pode alterar o escopo da acusação após a apresentação da defesa. Novos itens de inventário não poderiam, por óbvio, exsurgir no bojo de uma diligência, da qual sequer era objeto, fato que atenta contra o princípio processual da vedação à *reformatio in pejus*. Reconhecida nulidade do levantamento fiscal, no exercício de 2012. Infração parcialmente procedente. 4. ANTECIPAÇÃO. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Deve prevalecer a codificação conforme registro de recolhimento junto à rede bancária e registro no Sistema de Contabilização da Receita Pública Estadual. Infração parcialmente elidida; b) ANTECIPAÇÃO TOTAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Acatadas as alegações defensivas. Infração parcialmente elidida. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração não impugnada. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO; Redução conforme disposto na Lei nº 13.461/15; b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infrações não impugnadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2013, exige créditos tributários no valor histórico de R\$175.462,56, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 03.02.02 – Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril/11 a setembro/12. Valor histórico de R\$2.056,31. Multa de 60%. Consta que “INFRAÇÃO DETECTADA NOS EXERCÍCIOS DE 2011 E 2012 AO USAR O BENEFÍCIO INDEVIDO DO DEC. 7466/98, COM DESCONTO INFERIOR ÀQUELE CONSTANTE DO REFERIDO DECRETO”;

Infração 02 – 03.02.06 - Recolheu a menor ICMS em razão de utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo, nos meses de março, junho, julho, agosto, novembro e dezembro de

2011, e maio, julho e agosto de 2012. Valor do ICMS: R\$435,05. Multa de 60%. Consta que “INFRAÇÃO DETECTADA NOS EXERCÍCIOS DE 2011 E 2012 NAS VENDAS EFETUADAS PARA CONTRIBUENTES DESABILITADOS”;

Infração 03 - 03.02.06 - Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo, nos meses de janeiro, maio, junho, agosto e outubro de 2011, e fevereiro e maio a dezembro de 2012. Valor do ICMS: R\$1.012,02. Multa de 60%. Consta que “INFRAÇÃO DETECTADA NOS EXERCÍCIOS DE 2011 E 2012 NAS VENDAS EFETUADAS PARA NÃO CONTRIBUENTES ISENTOS/ESPECIAIS COM A REDUÇÃO PREVISTA NO DECRETO 7.799/00”;

Infração 04 – 04.05.02 – Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, nos meses de dezembro/11 e dezembro/12. Valor histórico de R\$13.020,33. Multa de 100%. Consta que “INFRAÇÃO DETECTADA NOS EXERCÍCIOS DE 2011 E 2012”;

Infração 05 – 07.15.02 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro a fevereiro, abril a julho, e setembro a dezembro de 2011, e janeiro a dezembro de 2012. Valor histórico de R\$ 122.078,60. Multa de 60%. Consta que “INFRAÇÕES DETECTADAS NOS EXERCÍCIOS DE 2011 E 2012”;

Infração 06 – 06.02.01 – 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, nos meses de março a junho, agosto, outubro e novembro de 2011, e fevereiro a julho, e setembro a novembro de 2012. Valor do ICMS: R\$6.389,19. Multa de 60%. Consta que “INFRAÇÃO DETECTADA NOS EXERCÍCIOS DE 2011 E 2012”;

Infração 07 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio a outubro, e dezembro de 2011, e janeiro a fevereiro, abril, junho a agosto e dezembro de 2012. Valor da multa: R\$824,97. Consta que “INFRAÇÃO DE (sic) TECTADA NOS EXERCÍCIOS DE 2011 E 2012”;

Infração 08 - 07.01.02 - Efetuou o recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, nos meses de dezembro de 2011, janeiro, abril e julho de 2012. Valor do ICMS: R\$29.142,39. Multa de 60%. Consta que “INFRAÇÃO DETECTADA NOS EXERCÍCIOS DE 2011 E 2012”;

Infração 09 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho, e agosto a dezembro de 2011, e março a abril, junho a julho e setembro a dezembro de 2012. Valor da multa: R\$503,70. Consta que “INFRAÇÃO DETECTADA NOS EXERCÍCIOS DE 2011 E 2012”.

A autuada apresenta impugnação às folhas 560 a 584, mediante a qual contesta parcialmente o presente lançamento, tendo concordado com o lançamento naquilo que se refere às infrações 02, 03, 06, 07 e 09. Quanto às infrações 01, 04, 05 e 08, contrapõe-se, deduzindo as razões a seguir.

Quanto à Infração 01 (... erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas ...), argumenta que não é sociedade industrial, de modo que não lhe é lícito, em hipótese alguma, valer-se do citado benefício, que não guarda qualquer relação com os fatos. Alega que, todos os itens que compuseram a infração, sem exceção, representam saídas internas de milho para pipoca, cuja alíquota é 7%, em consonância ao art. 16, I, "a", da Lei nº. 7.014/1996. Ressalta que se trata de entendimento reiterado por pareceres da DITRI e julgamentos do CONSEF, devendo ser julgada improcedente a cobrança. Acosta cópia do Parecer DITRI nº 06953/2009, à folha 578, em apoio ao seu ponto de vista. Alega ter elaborado demonstrativo, contendo todas as operações com milho

de pipoca tributadas a 7%, para evidenciar a coincidência com todas as notas fiscais e itens cobrados na infração 01, o qual anexou à folha 584 (DVD).

Quanto à Infração 04 (...omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais...), afirma que, a partir de levantamento quantitativo que realizou, foi possível notar a improcedência das omissões apontadas pelo autuante. Alega que houve supressão das saídas com CFOP 5927 (baixas por perdas, roubos ou extravio), devidamente documentadas, com as respectivas notas fiscais emitidas, o que ocasionou uma artificial omissão de saídas. A fim de evidenciar a desconsideração do CFOP 5927, diz ter juntado demonstrativo sintético (folha 584), apresentando em cada linha a movimentação anual dos respectivos CFOPs (inclusive do CFOP 5927) com sub-totais da movimentação para entradas e saídas de cada item. Alega ter especificado, de forma analítica, o referido levantamento de entradas e saídas, detalhando por nota fiscal, de todos os itens objeto de levantamento pela auditoria fiscal.

Argumenta que, em quase todos os itens que apresentavam omissões de saídas no levantamento fiscal, a quantidade das supostas omissões de saídas, coincide, justamente, com o quantitativo de saídas albergado pelo CFOP 5927. Afirma ter realizado os ajustes no levantamento quantitativo de estoques de mercadorias, nos respectivos exercícios, e ter elaborado novos demonstrativos de omissões, quando, excepcionalmente, ainda restaram omissões. Afirma que o cálculo do imposto consta do demonstrativo (folha 584) com bases de cálculos pelos mesmos valores de preço médio / inventário contidos no levantamento fiscal.

Quanto à Infração 05 (Recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial), afirma existirem diversos equívocos, descritos da forma a seguir: 1) consideração da alíquota interna de 17%, quando o Impugnante tem suas saídas submetidas ao benefício do Decreto nº. 7.799/2000, conforme Termo de Acordo (que anexa), impondo-se a substituição da alíquota interna nos demonstrativos fiscais de 17% para 10%; 2) consideração da alíquota interna de 17% relativamente ao cálculo da antecipação parcial pela aquisição de milho de pipoca, cuja alíquota interna nas operações subseqüentes é 7%; 3) cobrança da antecipação parcial relativamente a aquisições com alíquota interestadual de 12%, improcedentes em função da carga tributária de 10% nas saídas subseqüentes; 4) inclusão de itens em regime de substituição tributária; 5) inclusão de notas fiscais que não correspondem a mercadorias recebidas no estabelecimento do impugnante.

Assegura que o primeiro erro indicado (item "1") representa a maior parte dos valores envolvidos na autuação, sendo imprescindível sua correção. Explica que o benefício de redução da base de cálculo em 41,176%, de modo que a alíquota interna seja equivalente a 10%, aplicável nas operações subseqüentes, deverá ser considerado para cálculo da antecipação parcial, conforme dispõe o art. 352-A, §2º, do RICMS/1997 e art. 268, §3º, do RICMS/2012. Nesse sentido, informa que há pareceres e informação prestada pela Secretaria da Fazenda no "Perguntas e Respostas" de seu sítio na internet, cujo teor reproduz às folhas 566 a 567. Acosta cópia do Parecer 02106/2012, à folha 581, em apoio ao seu ponto de vista.

Aponta os itens incluídos no regime de substituição tributária, em relação aos quais o auditor fiscal teria realizado a cobrança da antecipação parcial, conforme descrição a seguir: BATATA PALHA CX 20/140G; NAQUINHOS PIMENTA MEX 24/60G; K JOY T1x48 IN AND OUT "FRIGO"; KinderJoy T1x12x8; Kinder Bueno T2x30x4 Novo; Kinder Bueno White T2x30x4 39g; Nutella T350X12; Ferrero Collection T9x7x2; Kinder Bueno T2x30x4 Novo; BATATA ONDULADA CX 14/100G; BATATA OND CHURRASCO 14/100G; BATATA ONDULADA NATURAL 24/50G; BATATA PALHA CX 24/80G; BATATA OND CHUR CX24/50G; BATATA ONDULADA CX 14/100G; BATATA OND CEB SALSA CX14/100G e BATATA OND CEBOLA SALSA 24/50G.

Outra inconsistência apontada pela defesa refere-se à inclusão da nota fiscal nº. 779.002, emitida em 30/04/2012, cujas mercadorias nunca teriam sido recebidas no estabelecimento do impugnante, em função do retorno documentado pela nota fiscal nº. 24.120.

A fim de demonstrar os erros de auditoria referidos, o impugnante afirma ter apresentado novo demonstrativo (folha 584), nos mesmos moldes do demonstrativo fiscal, porém alterando as alíquotas internas para 10% e 7%, excluindo as linhas referentes aos itens adquiridos a 12% sem

IPI e relativas a itens no regime de substituição tributária, além das notas fiscais que não correspondem a aquisições do impugnante, tais como a referida nota fiscal nº. 779002, objeto de retorno com a nota fiscal nº. 24.120.

Alega, ainda, que o auditor fiscal não fez prova de que as saídas internas subsequentes, com os itens em regime de tributação normal, objeto da cobrança da antecipação parcial, não foram tributadas. Defende tratar-se de dever indeclinável a fim de realizar o lançamento tributário, observando o quanto disposto no art. 42, § 1º, da Lei nº. 7.014/1996, cujo texto transcreve.

Diante das inconsistências alegadas, pede o julgamento por sua improcedência total.

Por fim, quanto à Infração 08 (... recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição ...), afirma que reconhece, desde já, a cobrança do valor de R\$832,48, relativa à competência dezembro de 2011, a qual providenciará seu pagamento.

Quanto às demais competências, afirma ter realizado um minucioso trabalho de auditoria em que elaborou planilha (folha 584), a partir da importação das notas fiscais eletrônicas a um banco de dados. Com tais informações, informa ter elaborado os cálculos da antecipação total, considerando o valor recolhido relativamente a cada uma das notas fiscais, conforme registro nas observações do lançamento da nota fiscal nos respectivos registros de Entrada, realizando-se os ajustes que indica, conforme a seguir: 1) correção do MVA considerado como 73,67% em alguns salgados industrializados (YOKITOS) adquiridos anteriormente à vigência do RICMS 2012 para 55%, constante no item 9 do Anexo 88 do RICMS/1997; 2) correção do MVA considerado como 56,87% em relação a alguns chocolates e similares (KinderJoy, Kinder Bueno, Rocher), também adquiridos anteriormente à vigência do RICMS 2012 para 30% do item 8-A do Anexo 88, considerando que a nota de saída do fornecedor consta CFOP 6102 (aquisições do atacado); 3) exclusão da nota fiscal nº. 119.056, emitida em 13/01/2012, porém objeto de devolução conf. nº. 120148, que também deverá ser excluída do levantamento; 4) exclusão das notas fiscais de devolução nº. 128.760, 3.504 e 3.505, bem como da nota fiscal nº. 779002, relativamente à qual foi emitida a nota fiscal de retorno 24.120, tudo conforme documentos juntados com a presente defesa; 5) exclusão dos itens AMAZOO AÇAÍ, uma vez que não são submetidos ao regime de substituição tributária; 6) correção do MVA considerado como 58,37% em relação ao item HIPOGLOS, cujo MVA correto é de 54,89% (lista positiva); 7) correção do MVA considerado como 31,47% em relação ao detergente líquido para 28,29% previsto no Anexo 1 do RICMS 2012, em seu item 25.5 à época vigente.

Além dos ajustes indicados, afirma ter considerado o teor do art. 8º, §5º, da Lei nº. 7.014/1996 para o fim de considerar indevida qualquer complementação a título de antecipação total junto a fornecedores inscritos como substitutos tributários. Para essa finalidade, teria feito constar em seu demonstrativo de defesa as respectivas inscrições extraídas das notas fiscais eletrônicas. Após realizar tais correções no levantamento das antecipações totais, afirma que houve falta de recolhimento imputável a pequenos erros de classificação de itens igual a R\$1.620,26, sendo que em um dos meses houve recolhimento a maior, nesta oportunidade, desconsiderado. Afirma que tais valores seriam recolhidos, ainda no âmbito da recém-instituída anistia do ICMS.

Considerando o teor dos erros de auditoria apontados, afirma esperar que, com a informação fiscal, sejam todos resolvidos pelo reconhecimento da procedência dos argumentos de defesa. Todavia, persistindo a resistência fiscal quanto aos argumentos trazidos pela impugnante, requer, com fulcro no art. 145, do RPAF, visando a busca pela verdade material, diligência para responder aos seguintes quesitos: 1) Os itens do demonstrativo fiscal relativo à infração 01, relativamente a operações tributadas a 7%, apresenta coincidência com o demonstrativo anexado pela defesa para demonstrar a alegação que tais saídas referem-se a vendas internas de milho para pipoca?; 2) O demonstrativo apresentado pela defesa relativamente à infração 01 tem lastro nas notas fiscais eletrônicas de saídas emitidas?; 3) Os demonstrativos apresentados pela defesa relativamente à auditoria de estoques (infração 04) corroboram-se pelo arquivo SINTEGRA e notas fiscais de entradas e saídas?; 4) Houve desconsideração do CFOP 5927 no levantamento quantitativo das saídas? Há mais algum outro CFOP desconsiderado?; 5) Os dados inseridos na planilha de cálculo

da antecipação parcial correspondem aos itens em regime de tributação normal das notas fiscais do período copiados da planilha de autoria do auditor fiscal, inclusive quanto aos pagamentos feitos pelo autuado no período?; 6) O cálculo da antecipação total corrobora-se pelas notas fiscais indicadas nas chaves de acesso constantes do demonstrativo e DANFE's apresentados relativos à operações que não corresponderam a entrada de mercadorias no estabelecido?

Requer que seja acolhida sua impugnação, conforme razões expostas. Nestes termos, pede deferimento.

Às folhas 588 a 590, consta um termo de confissão de dívida, assinado pelo impugnante, reconhecendo o valor total do débito no montante de R\$11.628,34, em 27/11/2013.

Às folhas 596 a 614, o autuante presta a sua informação fiscal, aduzindo o que segue.

Quanto às alegações defensivas relativamente à Infração 01, diz acatar integralmente as razões da defesa, devendo os valores relativos à mesma serem retirados da cobrança em curso.

Quanto à Infração 04, afirma que apesar de, realmente, ter suprimido da contagem de estoque o CFOP 5927 (baixas por perdas, roubos ou extravio), não acata a defesa do autuante, pois argumenta que as saídas a título deste CFOP devem ter documentos probantes da situação a que se reporta o contribuinte. Argumenta exemplificando conforme itens a seguir: “a) Se perda existiu, deve-se saber em que situação isto se deu; b) Se roubo existiu, o Boletim de Ocorrência da Delegacia competente tem que estar devidamente arquivado pelo contribuinte; c) Se houve extravio, há de se saber para onde foi extraviada a mercadoria objeto dessa saída”.

Alega que, não bastasse tais considerações, as notas fiscais aludidas pela defesa, em conflito com o que determina as operações contábeis em vigor, têm como destinatário a própria empresa, o que simboliza uma saída ficta, ou seja, a mercadoria não saiu do estoque do contribuinte. Por este motivo, o autuante mantém a cobrança desta infração.

Quanto à Infração 05, afirma ter acatado todas as alegações da defesa, retirando das planilhas tudo o que foi solicitado, inclusive, a diminuição da carga tributária de 17% para 10%, como deveria ser, remanescendo, entretanto, valores que deverão ser recolhidos, a despeito da grande diminuição no valor histórico da infração.

Quanto à Infração 08, afirma que, igualmente, foram acatadas todas as alegações da defesa, exceto aquela a sua solicitação de diminuição da MVA de 40% para 30%, no caso de compras de chocolates e similares, haja vista que as notas fiscais desse produto foram emitidas por estabelecimento industrial e não por atacadista, como quer fazer crer a defesa (vide notas fiscais às folhas 275 e 287 (de 2011), além das NF's 315, 316, 329, 337, 354, 367, e 368 (de 2012), ficando, entretanto, como valor a ser quitado pelo contribuinte, aquele por ele reconhecido, constante do primeiro parágrafo à página 571 deste PAF.

Assim, conclui a sua peça informativa, informando que, a partir de todas as modificações efetuadas, as infrações contestadas pelo contribuinte ficaram reduzidas conforme abaixo: Infração 01 – Valor Original R\$2.056,31 – Valor após defesa R\$000000; Infração 04 – Valor Original R\$13.020,33 – Valor após defesa mantido; Infração 05 – Valor Original R\$122.078,60 – Valor após defesa R\$8.909,86; e Infração 08 – Valor Original R\$29.142,39 – Valor após defesa R\$2.452,74 (reconhecido pela própria defesa). Valor total do Auto de Infração, já com as importâncias reconhecidas no termo de confissão anexo: R\$33.547,87. Acosta novos demonstrativos.

Ante o exposto acima, pede pela subsistência parcial do PAF em debate N° 088502.0008/13-9, já que as alocações advindas da defesa acatadas por este autuante trouxeram subsídios que elidiram em parte a ação fiscal, como diz provarem as planilhas e demonstrativo de débito em anexo.

Às folhas 623 a 627, a autuada apresenta manifestação, deduzindo o que segue.

Quanto à Infração 04, ressalta que o autuante reconhece expressamente que suprimiu da contagem das saídas aquelas albergadas sob o CFOP 5927, tal como alegado pelo Impugnante. Destaca, contudo, na presente hipótese, que o autuante afirma, em sede de informação fiscal, que é necessário aferir a situação em que as perdas existiram. Discorda, porém, pois, argumenta,

cabia-lhe, por outro lado, antes da lavratura do auto de infração e, portanto, no curso da ação fiscal, reunir elementos que confirmassem a suposta saída fictícia e não, simplesmente, presumir sem qualquer respaldo legal que as baixas por perdas escrituradas não tiveram causa, invertendo o ônus da prova ao contribuinte.

Defende que, em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, o lançamento tributário deverá ser julgado improcedente ou, na pior das hipóteses, nulo, uma vez que faltou a completa motivação da desconsideração das respectivas saídas com CFOP 5927, juntando evidências e documentação que embasem tal postura fiscal, possibilitando uma defesa técnica. Informa que, por ora, contesta as razões apresentadas na informação fiscal, pois o auditor, alega, não verificou, pormenorizadamente, todas as notas fiscais com CFOP 5927 a fim de afirmar que não há especificação quanto à situação em que ocorreram, razão pela qual não pode, simplesmente, presumir e afirmar que as baixas por perdas são fictícias. Ademais, prossegue, o fato de constar como destinatário o próprio impugnante explica-se pela inocorrência de circulação física e econômica dos bens, não havendo que se falar em saída ficta ou fraude, até porque não há razão para tal procedimento, haja vista que tais operações ocorreram com débito do ICMS, conforme pode ser verificado nas respectivas notas fiscais que o auditor fiscal absteve-se de verificar. Da forma como está, defende que as saídas com CFOP 5927 devem ser computadas no levantamento quantitativo, para julgar parcialmente improcedente a infração 04.

Quanto à Infração 05, refere-se à informação fiscal para dizer que o autuante informa que acatou todas as razões da defesa, retirando da planilha tudo quanto solicitado, mas remanesce, em seu modo de ver um crédito tributário de R\$8.909,86. Afirma, o impugnante, que nada mais encontrou referente à infração 05, partindo, exatamente, das mesmas planilhas adotadas pelo auditor e fazendo, não mais que as correções propostas.

Alega que, analisando os demonstrativos apresentados na informação fiscal, notam-se erros de perspectiva que merecem correção para que se verifique, definitivamente, a procedência das alegações do impugnante, bem como o acerto das planilhas que apresenta, demonstrando que não há crédito tributário remanescente. Ressalta que, de forma exemplificativa e não exaustiva, as notas fiscais nº. 244.488 e 170.231, emitidas em janeiro de 2012, somente foram escrituradas no mês de fevereiro, quando ocorreu a entrada das mercadorias no estabelecimento do adquirente, razão pela qual, nos demonstrativos apresentados pelo impugnante, constam no mês de fevereiro e o valor do imposto pago por antecipação parcial relativamente a tal nota apresenta-se, também, computado em fevereiro.

Alega que o autuante, verificando, tão-somente, a data de emissão aposta por terceiro remetente, considerou tais notas fiscais (e várias outras) como referentes ao mês de emissão, majorando, indevidamente, a antecipação parcial devida no mês. Alega que esse procedimento equivocado repete-se com várias outras notas fiscais, o que levou o auditor a não encontrar faltas de recolhimento nos meses de fevereiro, março, maio, junho, agosto e outubro, mas a encontrá-las em meses anteriores.

Explica que a sobra de recolhimento, nos respectivos meses, demonstraria ou, pelo menos, seria indício suficiente do acerto dos demonstrativos fiscais elaborados pela defesa. Ocorre que, simplesmente, o auditor fiscal suprimiu as informações relativas aos meses de fevereiro, março, maio, junho, agosto e outubro, impossibilitando aos órgãos julgadores verificar que em tais meses, segundo metodologia equivocada do mesmo, haveria sobra do recolhimento como parece ter ocorrido por lógica.

Aponta, ainda, que o auditor deixou de computar o pagamento da antecipação parcial referente ao exercício de dezembro de 2012. Da forma como está, alega, impõe-se a realização de diligência para que fiscal estranho ao feito confronte os demonstrativos elaborados pela defesa e pelo autuante, a fim de identificar precisamente em que reside a diferença, auxiliando os órgãos julgadores ao justo deslinde da controvérsia.

Quanto à Infração 08, referindo-se à informação fiscal, afirma que o auditor não acatou o MVA de 30% para aquisições de chocolate, presumindo que o impugnante compre de indústrias. O

impugnante, a seu turno, afirma que se lastreia no CFOP da operação, tratando-se todo aquele de venda de mercadorias adquiridas de terceiros como aquisição de atacado. Apesar da divergência, o autuante chega ao mesmo valor de imposto já assumido e pago pelo impugnante. Acata o lançamento neste ponto.

Reitera todos os pedidos do impugnante para o fim de julgar-se parcialmente procedente o presente auto de infração. Requer, com fulcro nos arts. 2º e 145 do RPAF, que esta Junta de Julgamento Fiscal, observando o princípio da verdade real, defira a realização de diligência a ser conduzida por fiscal estranho ao feito com o objetivo de identificar, precisamente, as divergências entre os demonstrativos produzidos pela defesa e pelo auditor fiscal em sede de informação, uma vez que o nobre auditor - quanto à infração 05 - afirma haver acatado todas as razões da impugnação, mas apresenta valor diverso na retificação de seus demonstrativos.

Para o êxito da diligência, requer, ainda, que seja determinado ao auditor fiscal estranho ao feito que introduza coluna com a data de entrada das mercadorias no estabelecimento do impugnante para correta apropriação mensal dos recolhimentos a título de antecipação parcial, suprimindo o equívoco cometido pelo auditor que, simplesmente, desconsiderou tal importante informação, gerando um crédito tributário indevido.

Nestes termos, pede deferimento.

Às folhas 631 a 637, o autuante presta uma nova informação fiscal, aduzindo os seguintes argumentos.

Quanto à Infração 04, afirma que a defesa se apegue, ainda, à manutenção do CFOP 5927 (baixa por perda, roubo ou extravio) para a consecução da auditoria em seu estoque, o que, segundo o seu defendente, certamente, inviabilizaria a cobrança que foi efetivada. Argumenta, porém, que para uma saída de mercadorias, a qualquer título, sempre existirá uma entrada. O ilustre advogado da empresa falou da inocorrência da circulação física da mercadoria, o que, de forma insofismável, corrobora o que foi contestado por este autuante. Argumenta que, se emitida foi uma nota de saída tendo como remetente e destinatário a mesma empresa, obviamente houve uma saída ficta. Não há como contestar tal afirmação, independentemente do título que ocasionou tal saída. Alega que, no caso em tela, houve uma saída e uma entrada ao mesmo tempo. Daí porque não ter utilizado o CFOP 5927 na auditoria de estoques, já que as quantidades que saíram, entraram de volta na empresa. Assim, se anularam.

Quanto à Infração 05, reafirma que foram acatados todos os pontos equivocados existentes na cobrança, mas, persistindo aqueles que, após análise efetuada, necessitam ser solucionados com o pagamento do ICMS devido. Mesmo assim, informa que a defesa da autuada se insurge.

Revedo o levantamento fiscal, observa que as planilhas relativas à antecipação parcial do exercício de 2012, juntadas ao processo (constantes das páginas 600 a 608), contemplam os meses de janeiro, abril, julho, setembro e dezembro, com um valor total de R\$8.909,86. Todavia, analisando pormenorizadamente as mesmas, admite que apenas os meses de abril e dezembro devem ser computados para efeito de cobrança do ICMS devido, já que os demais devem ser retirados do total antes aferido. Assim, esta infração fica reduzida, com o valor total de R\$2.706,09.

Explica que, no tocante a não ter computado o valor do recolhimento do mês de dezembro de 2012 na planilha, foi, simplesmente, porque tal valor, conforme DAE's de pagamento às folhas 18, 19 e 20, deste PAF, inexistiu. Alega se fazer necessário que o contribuinte comprove tal recolhimento, já que até o mês de junho de 2013 não constava do sistema de arrecadação da SEFAZ.

Quanto à Infração 08, afirma tratar-se, apenas, de uma alegação da defesa com relação a MVA utilizada por este autuante na planilha, quando da antecipação tributária, referente a chocolates e similares, ao utilizar a MVA de 40%, de acordo com a qualidade de indústria da empresa fornecedora, contestada pela defesa como 30% por ser enviada por atacadista. Todavia, dirimindo quaisquer dúvidas, afirma que as notas fiscais constantes das fls. 275, 278, 315, 316, 329, 337, 354, 367 e 368, anexas a este PAF, falam por si só.

Levando em consideração as razões expostas, afirma que o demonstrativo de débito para o PAF objeto desta querela, após o recolhimento do quantum apurado nas infrações 02, 03, 06, 07 e 09, não contestadas pela defesa, fica assim constituído: Infração 04 (R\$13.020,33); Infração 05 (R\$2.706,09); e Infração 08 (R\$2.452,74, reconhecido pela própria defesa); Valor total: R\$ 18.179,16. Acosta novos demonstrativos de débito.

À folha 647, a 4ª JJF baixou o processo em diligência com vistas a que fosse concedido um prazo de dez dias para que o contribuinte se manifestasse acerca dos novos demonstrativos acostados ao processo pelo autuante.

Às folhas 654 a 657, a autuada apresenta nova manifestação, aduzindo o que segue.

Quanto à Infração 04, reafirma que houve saídas não computadas no levantamento fiscal, não havendo base fática para que o autuante omita do levantamento as operações com CFOP 5927, gerando distorções no levantamento fiscal.

Quanto à Infração 05, afirma que a divergência cinge-se à cobrança da antecipação parcial para sujeitos ao regime de ST, como, por exemplo, as NF's 132061 e 132115, entradas em abril/12. Diverge, igualmente da afirmação de que não houve pagamento em 12/2012. Acosta impressão do sistema "Consulta de Pagamento" (folha 658) para comprovar o quanto alega.

Quanto à Infração 08, apresenta divergência muito embora o valor já tenha sido reconhecido, não havendo mais lide neste ponto.

Reitera o seu pedido de diligência para se avaliar as divergências apontadas.

Às folhas 662 a 663, o autuante produz uma nova informação fiscal, aduzindo o que segue.

Quanto à Infração 04, alega que não poderiam fazer parte da contagem do estoque já que, afim de ajustar o seu estoque, a empresa emitiu notas de saídas daquelas mercadorias, a si próprias destinadas, evidenciando, assim, uma saída ficta. Argumenta que é lógico que tais mercadorias, se saíram fictamente da empresa, continuavam no estoque. Assim, não tinha porque citá-las no demonstrativo, já que são mercadorias difíceis de serem aproveitadas pela sua própria natureza.

Quanto à Infração 05, mantém o lançamento já que, segundo a relação de DAE's anexada ao processo (folha 20), não contempla o recolhimento da antecipação parcial do mês 12/2012, conforme apurou durante a auditoria efetivada. Afirma existir, assim, uma incoerência entre o documento anexado pela defesa à folha 658, com o código de recolhimento 2175, quando na relação de DAES, à folha 20, aparece o código 1145 (antecipação tributária). Portanto, conclui que, salvo melhor juízo, depreende-se existir um equívoco de inserção. Mantém o lançamento.

À folha 667, a 2ª JJF baixou, mais uma vez, o processo em diligência com vistas a que fossem adotadas as seguintes providências: 1) Relativamente à infração 04, refazer a movimentação de estoque, computando as notas fiscais cujo CFOP seja 5.927 (lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração); 2) Relativamente à infração 05, acostar ao processo cópia dos documentos fiscais nº 132.061 e 132.115.

Às folhas 668 a 724, o autuante cumpriu a diligência, tendo feito as considerações a seguir.

Quanto à Infração 04, afirma que, após admitir o CFOP 5927 no levantamento fiscal, o valor do débito ficou reduzido para R\$29,86 (2011) e R\$427,49 (2012).

Quanto à Infração 05, afirma que parte das alocações, advindas da defesa, encontra eco, realmente, na retirada das planilhas objeto da sua solicitação, de algumas mercadorias da substituição tributária. Mesmo assim, após a alteração proposta, com a retirada de produtos, constantes das notas fiscais citadas, afirma ter restado provada a existência, também, de mercadorias da antecipação parcial. Essas permaneceram. Explica, assim, que os novos valores para efeito de análise dessa Junta, estão evidenciados nas planilhas que também acosta a esse PAF. Salienta, inclusive, que por erro no somatório dos valores dos meses de março e abril, no primeiro onde foram lançadas as notas, o valor final ficou acima do constante na planilha anterior, cabendo, assim, a esse Egrégio Conselho, a decisão a ser tomada para legitimar ou não

tal constatação. Inclusive, se for o caso, permitir que no futuro seja feita uma nova fiscalização para a cobrança do quantum devido e apurado.

Esta infração totalizou, após as correções solicitadas e aos consertos efetuados nos somatórios dos meses supracitados, a importância de R\$108.737,04, superior àquela constante do auto de infração em apreço que era de R\$90.484,26. Mantém os valores da Infração 05 em R\$108.737,04.

Às folhas 731 a 734, a empresa apresenta mais uma manifestação, aduzindo o que segue.

Alega que, apesar da informação de que foram acatadas as determinações para cômputo das saídas com CFOP 5927 no levantamento quantitativo de estoques, o auditor permanece em erro, pois comparando os itens objeto de autuação originária no exercício de 2012 e aqueles constantes dos demonstrativos ora juntados, nota-se que o autuante aumentou indevidamente o escopo de sua análise, fazendo constar os itens de código 61755, 65727, 65728 e 65729 no levantamento fiscal, ausentes no levantamento original.

Quanto ao único item que já constava do auto de infração originário, ressalta que o autuante continua em erro, pois verificou a movimentação do item de código 65726, em 2012, quando constatou que não foram computadas entradas com CFOP 1918 mediante a nota fiscal nº. 94.786 e que continuaram fora do levantamento as saídas com CFOP 5927, a exemplo da nota fiscal nº. 94.776.

Alega que, para aumentar o escopo da autuação, deve ser reaberto prazo de defesa, concedendo mais 30 dias ao contribuinte para responder à acusação fiscal, sob pena de nulidade, razão pela qual não apresenta maiores considerações sobre os demais itens incluídos na autuação, haja vista, também, a impossibilidade de realizar a análise de estoque necessária para defesa no exíguo prazo decencial.

Espera, contudo, que sejam considerados os equívocos demonstrados e que, se aceito o aumento do escopo pretendido pela autoridade fiscal, seja concedido novo prazo de 30 dias para manifestação, conforme, inclusive, pretendia esta Junta de Julgamento Fiscal na decisão de fl. 67, descumprida pela autoridade preparadora que concedeu 10 dias para manifestação.

Quanto à Infração 05, aponta que as planilhas de cálculo da antecipação parcial, apresentadas pela auditoria, contêm a alíquota interna de 17%, sem consideração à redução de base de cálculo. Afirma que somente esse erro é capaz de justificar o imposto encontrado de R\$ 108.737,04. Ressalta a contradição do autuante, pois em diligência anterior já havia reconhecido haver um crédito tributário remanescente de R\$ 2.706,09, que agora passou a R\$ 108.737,04.

Alerta que outro detalhe, que foi alertado em diligência anterior e permanece desconsiderado pelo autuante, diz respeito ao recolhimento da antecipação parcial relativa à competência 12/2012 no valor de R\$2.158,61 que não foi computado nas planilhas do autuante. Afirma, ainda, que permanece a cobrança de antecipação parcial de chocolates rocher, nutella e outros itens semelhantes incluídos na substituição tributária, devendo o demonstrativo ser refeito a salvo de falhas, quando constatar-se-á a total procedência das razões defensivas.

Reitera todos os pedidos para o fim de julgar-se parcialmente procedente o presente auto de infração.

Requer, com fulcro no art. 2º e 145 do RPAF, que esta Junta de Julgamento Fiscal, observando a tutela da verdade real, defira a realização de diligência para produzir as restantes modificações propostas no demonstrativo de cálculo da antecipação parcial.

Requer, ainda, que seja concedido novo prazo de 30 dias para que o impugnante manifeste-se sobre a inclusão de novos itens nos levantamentos quantitativos de estoque de mercadorias.

Nestes termos, pede deferimento.

Às folhas 737 a 750, o autuante presta uma nova informação fiscal, aduzindo o que segue.

Quanto à Infração 04, reitera tudo o quanto já dissera na informação fiscal.

Quanto à Infração 05, reconhece que parte das alocações, advindas da defesa, encontra eco, realmente, na retirada das planilhas objeto da sua solicitação, de algumas mercadorias da substituição tributária. Mesmo assim, após a alteração proposta, com a retirada de produtos, constantes das notas fiscais citadas, restou provada a existência, também, de mercadorias da antecipação parcial. Essas permaneceram. Assim, os novos valores para efeito de análise dessa Câmara, estão evidenciados nas planilhas que também acosta a esse PAF.

Explica que esta infração totalizou, após as correções solicitadas e aos consertos efetuados nos somatórios dos meses supracitados, a importância de R\$ 4.064,17, conforme folhas 694 a 710 que, por inobservância desse autuante, ali foram inseridas, quando, na realidade, as corretas seriam as que agora junto ao PAF, mas, de qualquer sorte, superior àquela constante da diligência anterior das folhas 631 a 637 do auto de infração em apreço, que era de R\$2.706,09.

À folha 754, a 2ª JF baixou, mais uma vez, o processo em diligência com vistas a que o contribuinte fosse cientificado do teor da informação fiscal produzida às folhas 737 a 750, mediante a qual o autuante alterou o demonstrativo de débito do processo.

Quanto à Infração 05, aponta que remanescem os seguintes equívocos do levantamento fiscal: 1) cobrança da parcial relativamente às NF's 779002 e 24120, pois não correspondem a entradas no estabelecimento do autuado, tendo a primeira retornado para o fornecedor mediante a NF 24120, a qual também não representa ingresso; 2) desconconsideração, pelo autuante, do recolhimento da antecipação parcial relativa à competência 12/2012, no valor de R\$2.158,61, não computado nas planilhas.

Reitera o seu pedido pela procedência parcial.

À folha 765, o autuante presta uma nova informação fiscal, aduzindo o que segue.

Quanto às notas fiscais de n's 779.002 e 24.120, citadas como não correspondentes a entrada no estabelecimento da empresa autuada, tece os seguintes comentários. Afirma que a Nota Fiscal 779.002 (procedente de São Paulo, emitida em abril de 2012, com a inserção do CFOP 6105 - Venda de produção do estabelecimento que não deva por ele transitar) constitui-se em venda efetuada para a autuada;

Já a Nota fiscal 24.120 (com procedência em São Paulo, e não Bahia, caso devolução fosse), possui o CFOP 2904 (Retorno de remessa para venda fora do estabelecimento). Afirma que as mercadorias não foram totalmente vendidas em veículo da autuada e por isso retornaram para a mesma, pois é o que transparece, a partir do CFOP utilizado. Conclui, então, que não há que se falar em nota fiscal de retorno para São Paulo.

Já no segundo tópico relativo à desconconsideração desse autuante (do recolhimento da antecipação parcial relativa à competência 12/2012, no valor de 2.158,61) que não foi computado nas planilhas do fisco, informa o seguinte. O valor em questão, constante da Relação de DAE's (documento à folha 20 desse PAF), traz o código de receita 1.145 (ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA), tendo sido aproveitado, portanto, nas entradas por substituição, e não, na ANTECIPAÇÃO PARCIAL (Código de Receita 2.175) já que o código dela difere.

Assim, entende que quem incorreu em erro não foi o autuante, e sim, a autuada pelas considerações que teceu.

Por esses motivos, não acata a manifestação do patrono da autuada, mantendo a sua posição já manifestada em outros contraditórios.

É o relatório

VOTO

Preliminarmente, observo que a fiscalização descreveu detalhadamente os fatos objetos da autuação, tendo, inclusive, anexado planilhas, DANFE's e extratos de recolhimento do Sistema Sefaz com os elementos de prova suficientes à demonstração dos fatos alegados. Entendo, por isso, que o lançamento se encontra revestido das formalidades previstas em lei.

No mérito, noto que o sujeito passivo acata o lançamento fiscal naquilo que se refere às Infrações 02, 03, 06, 07 e 09, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 561, abaixo reproduzido.

“Trata-se de auto de infração lavrado contra a Impugnante, exigindo ICMS sob 9 rubricas infracionais, das quais serão assumidas e pagas integralmente as infrações 02, 03, 06, 07 e 09 (grifos acrescidos), versando a defesa sobre as infrações 01, 04, 05 e 08, adiante descritas com indicação dos respectivos valores históricos.”

Assim, considerando que o contribuinte não se opôs ao lançamento nestes pontos, tenho por procedentes as Infrações 02, 03, 06, 07 e 09.

Quanto à Infração 01, a acusação fiscal é de “recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas ...”. O sujeito passivo se opôs ao lançamento, alegando que as operações autuadas se referem a saídas internas de milho, as quais gozam de um tratamento tributário de 7%, conforme se pode ler, à folha 563, em trecho assim destacado.

“Todas os itens que compuseram a infração, sem exceção, representam saídas internas de milho para pipoca, cuja alíquota é 7%, em consonância ao art. 16, I, “a”, da Lei nº. 7.014/1996. ...”

Em sua informação fiscal, o autuante acata as alegações defensivas e pede para serem excluídos tais valores da autuação, conforme trecho da sua informação fiscal, à folha 598, abaixo transcrito.

“Infração 01: Acato integralmente as razões da defesa, devendo os valores relativos à mesma serem retirados da cobrança em curso;”

Assim, tenho a Infração 01 como improcedente.

Quanto à Infração 04, a acusação fiscal consiste em “...omissão de saídas de mercadorias tributáveis ..., apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado ...”. A defesa se opõe ao lançamento, alegando que o levantamento fiscal omitiu, indevidamente, as operações com CFOP 5927 (baixas por perdas, roubos ou extravio), conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 564, abaixo transcrito.

“A partir do levantamento quantitativo realizado pelo Impugnante foi possível notar a improcedência das omissões apontadas pelo autuante. Buscando as divergências entre os levantamentos realizados pela defesa e aqueles de autoria da autoridade autuante notou-se que houve supressão das saídas com CFOP 5927 (baixas por perdas, roubos ou extravio), devidamente documentadas, com as respectivas notas fiscais emitidas, ocasionando, assim, uma artificial omissão de saídas.”

Em sua informação fiscal, o autuante admite que não incluiu tais operações no levantamento fiscal, ao argumento de que a defesa não apresentou os documentos probantes da situação alegada, conforme folha 598, abaixo transcrito.

“Infração 04: Apesar de, realmente, ter suprimido da contagem de estoque o CFOP 5927 (baixas por perdas, roubos ou extravio), contesto a defesa do autuante, pois as saídas a título deste CFOP devem ter documentos probantes da situação a que se reporta o contribuinte. ...”

Após a inclusão das operações com CFOP 5927 (em cumprimento à diligência solicitada à folha 667), o valor do débito em 2011 reduziu-se para R\$29,86, enquanto que em 2012 reduziu-se para R\$427,49, conforme folha 668.

Em nova manifestação, a autuada alega que o autuante aumentou o escopo da acusação no exercício de 2012, tendo incluído itens no levantamento fiscal, até então ausentes.

Quanto ao exercício de 2011, observo que a autuada silenciou relativamente ao demonstrativo de débito refeito pelo autuante, às folhas 671 a 675, que apurou um valor do débito de R\$29,86. Sendo assim, entendo que aceitou, tacitamente, os novos valores apurados. Tenho por devido tal montante em 2011.

Quanto ao exercício de 2012, o exame dos autos é revelador de que o autuante ampliou, efetivamente, o escopo da acusação fiscal após a apresentação da impugnação, no contexto da realização da diligência fiscal, solicitada por essa JJF. De fato, é possível constatar que, na movimentação relativa a 2012 (folha 670), foram inseridos os códigos de mercadoria “61755”, “65727”, “65728” e “65729”, em conformidade com o que alega o sujeito passivo.

O exame dos relatórios originais do roteiro fiscal (folhas 129 a 140) revela que tais códigos não foram objeto dos trabalhos de movimentação de estoque, não tendo, sequer, sido feito qualquer exame em seus estoques, e suas notas fiscais de entrada ou saída.

Ora, não tendo sido objeto do procedimento fiscal em exame, não poderiam, por óbvio, exsurgir no bojo de uma diligência, da qual sequer era objeto, fato que atenta contra o princípio processual da vedação à *reformatio in pejus*. Ademais, a inovação processual não foi devidamente cientificada à parte, que somente identificou o fato após comparação com os relatórios analíticos primitivos, aspecto que cerceia o direito de defesa. Entendo, por isso, que se encontra maculada a exigência fiscal relativamente ao exercício de 2012, viciada pela agressão aos princípios processuais explicitados acima, restando nula.

Tenho, assim, por procedente em parte a Infração 04, no montante de R\$29,86, valor correspondente ao exercício de 2011, sendo nula a exigência relativa ao exercício de 2012.

Quanto à Infração 05, a acusação fiscal consiste em “recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização ...”. O sujeito passivo contestou o lançamento, apontando diversas inconsistências, conforme se pode extrair da leitura de trecho da sua peça defensiva à folha 565, abaixo reproduzido.

“De maneira clara e objetiva passa-se a expor os equívocos contidos no levantamento fiscal que resultaram na indevida constituição do crédito tributário: 1) consideração da alíquota interna de 17%, quando o Impugnante tem suas saídas submetidas ao benefício do Decreto nº. 7.799/2000, conforme Termo de Acordo anexo, impondo-se a substituição da alíquota interna nos demonstrativos fiscais de 17% para 10%; 2) consideração da alíquota interna de 17% relativamente ao cálculo da antecipação parcial pela aquisição de milho de pipoca, cuja alíquota interna nas operações subsequentes é 7%; 3) cobrança da antecipação parcial relativamente a aquisições com alíquota interestadual de 12%, improcedentes em função da carga tributária de 10% nas saídas subsequentes; 4) inclusão de itens em regime de substituição tributária; 5) inclusão de notas fiscais que não correspondem a mercadorias recebidas no estabelecimento da Impugnante.”

Em sua informação fiscal, o autuante informa que acatou todas as alegações da defesa, tendo, contudo, remanescido valores, conforme folha 599, em trecho abaixo destacado.

“Infração 05: Este autuante acatou todas as alegações da defesa, retirando das planilhas tudo o que foi solicitado, inclusive, a diminuição da carga tributária de 17% para 10%, como deveria ser, remanescendo, entretanto, valores que deverão ser recolhidos, a despeito da grande diminuição no valor histórico da infração.”

Assim, o valor do débito foi reduzido para R\$8.909,86.

O sujeito passivo, em manifestação às folhas 625 a 626, volta a se insurgir contra o levantamento fiscal, apontando diversas inconsistências, devidamente especificadas.

Em nova informação fiscal, o autuante volta a acatar as alegações da autuada, reduzindo o valor do débito para R\$3.017,13 (abril/12, fl. 605) e R\$1.387,57 (dezembro/12, fl. 608). Afirma restar R\$2.706,09, negando, contudo, o cômputo dos recolhimentos alegados, conforme explicações em trecho que reproduzo abaixo.

“... Todavia, analisando pormenorizadamente as mesmas, constatamos que apenas os meses de abril e dezembro devem ser computados para efeito de cobrança do ICMS devido, já que os demais devem ser retirados do total antes aferido. Assim, esta infração fica com o valor total de R\$2.706,09. E, no tocante ao não ter computado o valor do recolhimento do mês de dezembro de 2012 na planilha, foi, simplesmente, porque tal valor, conforme DAES de pagamento às fls 18, 19 e 20, deste PAF, inexistiu. Necessário se faz que o contribuinte comprove tal recolhimento, já que até o mês de junho de 2013 não constava do sistema de arrecadação da SEFAZ.”

Em nova manifestação, a autuada volta a se insurgir, alegando a cobrança indevida de itens sujeitos ao regime de ST, além do fato de ter pago o imposto relativo à competência 12/2012, conforme folha 656.

Após mais algumas manifestações, de parte a parte, com equívocos e correções, o autuante refez os demonstrativos de débito, chegando a um valor total da Infração 05 no montante de R\$4.064,17, relativos às competências de abr/12 (R\$1.959,06), mai/12 (R\$170,49) e dez/12 (R\$3.893,68), conforme folhas 737 a 749.

Em sua última manifestação, a empresa alega que a NF 779.002 não deveria ter sido computada no levantamento, pois suas mercadorias foram devolvidas mediante a NF 24.120. Alega, também, que o pagamento de dezembro/2012 não foi computado.

A controvérsia restringe-se, portanto, à nota fiscal citada e ao pagamento relativo a dezembro de 2012.

Quanto à NF 779.002, não assiste razão à autuada, pois não há correlação entre os CFOP's da NF 779.002 e o da 24.120, o que é revelador de que a operação não foi desfeita, pelo menos essa é a conclusão a que se pode chegar a partir das provas acostadas ao processo.

Quanto ao pagamento relativo à competência de dezembro/2012, o exame do Extrato “Relação de DAES – Ano 2013” acostado ao processo (folha 20) nos permite chegar à conclusão de que o valor de R\$2.158,61 se encontra registrado na Sefaz/BA sob o código de receita 1.145 (ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA), diferentemente do que alega o sujeito passivo. Assim, entendo que deve prevalecer a codificação conforme registro de recolhimento junto à rede bancária e registro no Sistema de Contabilização da Receita Pública Estadual, não se prestando, portanto, o DAE citado para dar quitação aos valores exigidos na Infração 05, pertinentes à Antecipação Parcial.

Assim, tenho a Infração 05 como procedente em parte, no montante de R\$6.023,23, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

MÊS/ANO	VALOR	MULTA
abr/12	R\$1.959,06	60%
mai/12	R\$ 170,49	60%
dez/12	R\$3.893,68	60%
TOTAL	R\$6.023,23	

Quanto à Infração 08, a acusação fiscal consiste em “Efetuou o recolhimento a menor de ICMS por antecipação, ...”. O sujeito passivo se insurge em relação ao lançamento, apontando várias inconsistências, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 570, abaixo reproduzido.

“1) correção do MVA considerado como 73,67% em alguns salgados industrializados (YOKITOS) adquiridos anteriormente à vigência do RICMS 2012 para 55%, constante no item 9 do Anexo 88 do RICMS/1997; 2) correção do MVA considerado como 56,87% em relação a alguns chocolates e similares (KinderJoy, Kinder Bueno, Rocher), também adquiridos anteriormente à vigência do RICMS 2012 para 30% do item 8-A do Anexo 88, considerando que a nota de saída do fornecedor consta CFOP 6102 (aquisições do atacado); 3) exclusão da nota fiscal nº. 119.056, emitida em 13/01/2012, porém objeto de devolução conf. nº. 120148, que também deverá ser excluída do levantamento; 4) exclusão das notas fiscais de devolução nº. 128.760, 3.504 e 3.505, bem como da nota fiscal nº. 779002, relativamente à qual foi emitida a nota fiscal de retorno 24.120, tudo conforme documentos juntados com a presente defesa; 5) exclusão dos itens AMAZOO ACAI, uma vez que não são submetidos ao regime de substituição tributária; 6) correção do MVA considerado como 58,37% em relação ao item HIPOGLOS, cujo MVA correto é da 54,89% (lista positiva); 7) correção do MVA considerado como 31,47% em relação ao detergente líquido para 28,29% previsto no Anexo 1 do RICMS 2012, em seu item 25.5 à época vigente.

Além dos ajustes supra o Impugnante considerou o teor do art. 8º, §5º, da Lei nº. 7.014/1996 para o fim de considerar indevida qualquer complementação a título de antecipação total junto a fornecedores inscritos como substitutos tributários. Para essa finalidade a Impugnante fez constar em seu demonstrativo de defesa as respectivas inscrições extraídas das notas fiscais eletrônicas.”

Em sua informação fiscal, o autuante declara que acatou todas as alegações defensivas, exceto a diminuição do MVA de 40% para 30%, conforme folha 599, em trecho abaixo reproduzido.

“Infração 08: Nesta infração foram acatadas todas as alegações da defesa, exceto aquela que solicita a diminuição da MVA de 40% para 30% no caso de compras de chocolates e similares, haja vista que as notas fiscais desse produto foram emitidas por estabelecimento industrial e não por atacadista, como quer fazer crer a defesa (vide notas fiscais às folhas 275, 287(2011), 315, 316, 329, 337, 354, 367, e 368(2012), ficando, entretanto, como valor a ser quitado pelo contribuinte, aquele por ele reconhecido, constante do primeiro parágrafo à página 571 deste PAF.

Em sua manifestação, a autuada apresenta divergências, mas reconhece que o valor exigido coincide com aquele a que chegara e que já havia sido objeto de denúncia espontânea, conforme folha 627, em trecho assim transcrito.

“Apesar da divergência, o autuante chega ao mesmo valor de imposto já assumido e pago pela Impugnante.”

Assim, deixou de existir resistência à pretensão estatal, não mais restando lide a ser julgada. Tenho por procedente em parte a Infração 08, no montante de R\$2.452,74, em conformidade com o demonstrativo abaixo:

MÊS/ANO	VALOR	MULTA
DEZ/2011	R\$ 832,48	60%
JAN/2012	R\$ 1.610,83	60%
ABR/2012	R\$ 9,43	60%
TOTAL	R\$ 2.452,74	

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o auto de infração, no montante de R\$14.383,03 (de ICMS), mais R\$1.328,67 (de multa), de acordo com o demonstrativo de débito abaixo. Os valores recolhidos deverão ser homologados.

INFRAÇÃO	ICMS	MULTA	ENQUAD. LEGAL
01	R\$ 0,00	60%	Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96
02	R\$ 435,05	60%	Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96
03	R\$ 1.012,02	60%	Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96
04	R\$ 29,86	100%	Art. 42, inciso III da Lei 7.014/96
05	R\$ 6.023,23	60%	Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96
06	R\$ 6.389,19	60%	Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96
07	-	R\$ 82,50	Art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96
08	R\$ 2.452,74	60%	Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96
09	-	R\$ 503,70	Art. 42, inciso XI da Lei 7.014/96
TOTAL	R\$16.342,09	R\$ 586,20	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PRODEDEnte EM PARTE** o Auto de Infração nº **088502.0008/13-9**, lavrado contra **ELO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor **de R\$16.342,09**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.312,23 e de 100% sobre R\$29,86, previstas no art. 42, incisos II, “a”, “d” e “f” e III, da Lei nº 7.096/14, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no montante de **R\$586,20**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da citada Lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelecido pela Lei 9.837/05. Devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR