

A. I. N° - 088502.0005/11-3  
AUTUADO - CORREIA ANDRADE SUPERMERCADOS LTDA.  
AUTUANTE - ANTÔNIO ANÍBAL BASTOS TINOCO  
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2016

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0141-01/16**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao ativo fixo do próprio estabelecimento, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Comprovado erro na apuração do débito, reduzindo a exigência fiscal. **b)** MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. As mercadorias objeto da exigência fiscal são para uso e consumo, cabendo ao sujeito passivo a obrigação não satisfeita de recolher a diferença de alíquotas. Infração caracterizada. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NORMAL. Comprovado, através de exame das fitas detalhe realizado pelo próprio autuante que as operações foram regularmente tributadas, a infração é improcedente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. Mercadorias objeto da exigência fiscal não se caracterizam como para uso e consumo. Infração improcedente. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. O sujeito passivo não conseguiu comprovar as alegações defensivas de que não utilizou o crédito fiscal. Infração mantida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuante incluiu itens que não se sujeitavam a antecipação tributária. Diligência reduz o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de setembro de 2011 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 118.456,40, além de multas no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01. 06.01.01 - Deixou de recolher o ICMS referente ao diferencial de alíquotas nas compras interestaduais efetuadas para o ativo imobilizado, realizadas nos exercícios de 2008 e 2009, no total de R\$ 7.202,99;

INFRAÇÃO 02. 06.02.01 - Deixou de recolher o ICMS referente ao diferencial de alíquotas nas compras interestaduais efetuadas para o uso e consumo do estabelecimento, realizadas nos meses de setembro de 2008 e agosto de 2009, no montante de R\$ 79,55;

INFRAÇÃO 03. 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS nas vendas efetuadas através de ECFs nos exercícios de 2008 e 2009, conforme planilhas demonstrativas, totalizando R\$ 65.054,92;

INFRAÇÃO 04. 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS nas compras de material de uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a maio e setembro de 2008, conforme anotações no Livro Registro de Entradas, detalhado nas planilhas elaboradas, no valor de R\$ 6.006,90;

INFRAÇÃO 05. 01.02.01 - Utilizou indevidamente, vez que de forma integral, do ICMS nas compras para o ativo imobilizado da empresa, nos exercícios de 2008 e 2009, conforme registro no Livro Registro de Entradas, detalhado nas planilhas que apresenta, no valor de R\$ 959,56;

INFRAÇÃO 06. 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS referente à substituição tributária de mercadorias elencadas nos anexos 88 e 89 do RICMS, no exercício de 2008 e meses de fevereiro, abril, junho, setembro a dezembro de 2009, conforme planilhas, no total de R\$ 39.152,48.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 1.073 a 1.082, onde argüi em sua defesa, que, para a infração 1, no exercício de 2009, no lançamento referente a setembro, o bem adquirido somente deu entrada no estabelecimento no mês de agosto, conforme comprova a folha nº 228 do livro Registro de Entradas daquele ano que anexa.

Em relação aos veículos objetos das Notas Fiscais de nºs 7217 e 695914 argumenta que os mesmos foram adquiridos diretamente do fabricante localizado no Estado de Minas Gerais e no Estado da Bahia a alíquota interna dos veículos é 12% (doze por cento), conforme previsto no artigo 51, III do RICMS-BA, transcrito.

Argumenta que as regras de faturamento de veículo direto para o consumidor estão indicadas nos artigos 682-A a 682-E do RICMS-BA e no Convênio ICMS 51/00, e, observando as notas fiscais emitidas pelo fabricante, verifica a aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) na venda direta ao consumidor, conforme regra prevista no mencionado Convênio ICMS 51/00, e diante dos termos do inciso II do parágrafo único do artigo 69 do RICMS-BA, somente seria devido o pagamento da diferença de alíquotas quando a alíquota interna deste Estado fosse superior à alíquota da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais.

Quanto à infração 2, em relação ao lançamento de data de ocorrência 30/09/2008, impugna o lançamento haja vista que o material para uso ou consumo (bobinas termoscript PDV 80 x 40m) adquirido conforme nota fiscal 143506, regularmente escriturada à folha 264 do livro Registro de Entradas, teve a diferença de alíquota paga em DAE específico (código de receita 0791) no dia 27/10/2008, no valor de R\$ 66,55, referente a 09/2008, conforme comprova o “Extrato dos pagamentos realizados – histórico dos DAE’s e/ou GNRE’s”, para o período de 01/01/2008 a 31/01/2010, obtido no site da SEFAZ-BA com consulta realizada em 11/11/2011, não havendo diferença no valor pago.

Em relação ao lançamento de data de ocorrência 31/08/2009, argui que os materiais para uso ou consumo adquiridos conforme Notas Fiscais nºs 002635 e 040874, regularmente escrituradas, respectivamente, às folhas 232 e 254 do livro Registro de Entradas, tiveram a diferença de alíquota pagas em DAEs específicos (código de receita 0791) no dia 25/09/2009, nos valores respectivos de R\$ 202,99 (duzentos e dois reais e noventa e nove centavos) e R\$ 10,00 (dez reais), referentes a 08/2009, conforme comprova o “Extrato dos pagamentos realizados – histórico dos DAE’s e/ou GNRE’s”, para o período de 01/01/2008 a 31/01/2010, obtido no site da SEFAZ-BA com consulta realizada em 11/11/2011, também não havendo diferença nos valores pagos.

Relativamente à infração 3, entende que o levantamento considerou a tributação indicada nos registros fiscais dos tipos 60R dos arquivos eletrônicos previsto no Convênio ICMS 57/95 que foram gerados em junho e setembro de 2010.

Fala que, por erro no seu sistema, os arquivos foram gerados com indicação da situação tributária ou alíquota vigente em 2010 para os produtos relacionados nos registros fiscais dos tipos 60R em todos os meses de 2008 e de 2009, ressaltando que as informações contidas nos registros fiscais dos tipos 60M e 60A estão em conformidade com as Reduções Z emitidas à época. Para fins de

exemplo, apresenta a Redução Z de nº 000919, emitida em 17/01/2008, no ECF 009 e de número de fabricação 7249.

Acosta imagem na qual relaciona o trecho do arquivo Sintegra de janeiro de 2008 onde estão indicados os registros 60M e 60A para a Redução Z de nº 000919, emitida em 17/01/2008, no ECF 009 e de número de fabricação 7249, com as informações impressas na Redução Z, cuja cópia anexa juntamente com as folhas 10 e 11 do livro Registro de Saídas onde consta escriturada, para efeito de comprovação das suas alegações.

**REDUÇÃO Z EMITIDA EM 17/01/2008 – CRZ: 000919  
ECF: 009 FABRICAÇÃO: 7249**

The screenshot shows a Microsoft Word document with a table of fiscal data. The table has several columns, including 'ST', 'VENDA', 'IMPOSTO', and 'TOTAL'. Arrows point from specific rows in the table to the right side of the screen, where detailed financial summary information is displayed. The summary includes fields like 'GT ATUAL', 'GT ANTERIOR', 'VENDA BRUTA', 'DESCONTO', 'CANCELAMENTO', 'VENDA LÍQUIDA', and 'ACRESCIMO'. There are also sections for 'SITUAÇÕES TRIBUTÁRIAS' and 'CONTADORES'.

ST	VENDA	IMPOSTO	TOTAL
T17.00%	814,14	136,40	
T07.00%	59,21	4,14	
T27.00%	11,00	2,97	
T12.00%	8,85	1,06	
T11,70%	0,00	0,00	
T18,90%	33,22	6,28	
F	903,03	—	
I	263,25	—	
N	0,00	—	
<b>TOTAL:</b>	<b>2.092,70</b>	<b>152,85</b>	

Observa que os registros fiscais 60M e 60A apresentados estão de acordo com a Redução Z emitida. Isto se repete para todas as Reduções Z emitidas em 2008 e 2009.

Para o mesmo mês de janeiro de 2008, apresenta quadro comparativo dos valores de vendas apresentados nos registros fiscais tipos 60M, 60A e 60R, cuja análise demonstra que o somatório dos valores de venda bruta diária (60M) é igual ao somatório dos valores dos totalizadores parciais apresentados nos registros fiscais dos tipos 60A.

Chama atenção para o fato de que o somatório dos valores dos registros fiscais dos tipos 60R não é igual ao somatório dos valores dos totalizadores parciais apresentados nos registros fiscais dos registros tipo 60A, desconsiderando os valores de descontos e cancelamentos nestes registros.

REGISTROS 60M, 60A E 60R			
DEMONSTRATIVOS DOS VALORES DE VENDAS			
Registro	Janeiro	2008	
<b>60M</b>	15516	001	174.397,71
<b>60M</b>	15517	002	7.830,78
<b>60M</b>	7249	009	72.197,52
<b>60M</b>	7250	010	166.470,60
<b>60M</b>	7251	011	12.431,43
<b>60M</b>	7252	012	74.238,25
<b>60M</b>	8202	014	102.098,42
<b>60M</b>		<b>TOTAL</b>	<b>609.664,71</b>
Registro	SitTrib	Venda Líquida	
<b>60A</b>	0700	14.727,21	
<b>60A</b>	1190	215,99	
<b>60A</b>	1200	3.617,56	
<b>60A</b>	1700	229.943,21	
<b>60A</b>	1890	5.359,26	
<b>60A</b>	2700	706,17	
<b>60A</b>	CANC	5.320,98	

<b>60A</b>	DESC	4.253,72
<b>60A</b>	F	275.895,71
<b>60A</b>	I	69.624,90
<b>60A</b>	N	0,00
<b>60A</b>	<b>TOTAL</b>	<b>609.664,71</b>
<b>Registro</b>	<b>SitTrib</b>	<b>Venda Líquida</b>
<b>60R</b>	0700	200,78
<b>60R</b>	1200	529,69
<b>60R</b>	1700	2.790,93
<b>60R</b>	2700	11,00
<b>60R</b>	F	4.797,68
<b>60R</b>	I	1.093,79
<b>60R</b>	<b>TOTAL</b>	<b>9.423,87</b>

Conclui inexistir correlação entre os valores apurados nos registros fiscais dos tipos 60R com os valores apurados nos registros fiscais dos tipos 60A, desconsiderando os valores de descontos e cancelamentos nestes registros. Isto porque os registros fiscais dos tipos 60R foram gerados com erros quando da transmissão dos arquivos em 2010.

Traz, ainda, exemplos de Cupons Fiscais emitidos em 2008 com a indicação de alguns dos produtos apresentados no levantamento fiscal, porém com a indicação da tributação aplicada à época, bem como exemplos de Cupons Fiscais emitidos em 2009 com a indicação de alguns dos produtos apresentados no levantamento fiscal, com a correta tributação aplicada à época, e tal análise comprova que os produtos foram vendidos considerando a correta tributação prevista na legislação então aplicada quando dos fatos geradores.

Quanto à infração 4, indica que o autuante cometeu enganos no levantamento das informações, tendo em vista que analisando os lançamentos fiscais no livro Registro de Entradas do exercício de 2008, observa que as notas fiscais relacionadas no levantamento apresentado se referem a aquisições de material de embalagem (19), na maioria, de ativo permanente (03) e de uso ou consumo (02), sendo que nas aquisições de ativos permanentes e materiais para uso ou consumo não foram apropriados créditos.

Em relação às aquisições de materiais para embalagem, foram apropriados créditos fiscais com base na previsão legal indicada no artigo 93 inciso I alínea “a”, do RICMS-BA, igualmente transcrito.

Elabora quadro no qual indica o número da folha do livro Registro de Entradas onde estão lançadas as notas fiscais anexadas.

2008						
Mês	DtLanc	NumDoc	CFOP	Folha LRF	Crédito	Observação
01	02	101780	2551	00002	não	ativo permanente
01	02	43856	1102	00003	sim	material de embalagem
01	07	43971	1102	00004	sim	material de embalagem
01	08	5256	1102	00005	sim	material de embalagem
01	11	17854	2551	00008	não	ativo permanente
01	14	47291	1102	00009	sim	material de embalagem
01	15	17887	2551	00010	não	ativo permanente
01	17	44217	1102	00012	sim	material de embalagem
01	22	998299	2102	00014	sim	material de embalagem
01	24	5610	1102	00015	sim	material de embalagem
01	31	44647	1102	00021	sim	material de embalagem
01	31	44675	1102	00021	sim	material de embalagem
03	01	134508	2556	00055	não	uso ou consumo
03	01	24159	2102	00056	sim	material de embalagem
03	14	45623	1102	00067	sim	material de embalagem
04	09	46249	1102	00095	sim	material de embalagem
05	02	45961	1102	00116	sim	material de embalagem
05	02	48722	1102	00117	sim	material de embalagem
05	02	48888	2556	00117	não	uso ou consumo
05	06	6703	1102	00120	sim	material de embalagem
05	07	46909	1102	00122	sim	material de embalagem
09	04	49753	1102	00241	sim	material de embalagem
09	04	49754	1102	00241	sim	material de embalagem

09	13	49893	1102	00249	sim	material de embalagem
----	----	-------	------	-------	-----	-----------------------

Igualmente observa que da análise do livro Registro de Apuração do ICMS, se verifica que não apropriou crédito nas aquisições de materiais para uso ou consumo, em relação aos CFOP 1556 ou 2556, e o próprio autuante assinalou com carimbo a verificação dos lançamentos dos créditos nos livros Registro de Apuração do ICMS.

Na infração 5, garante que o autuante também cometeu enganos no levantamento das informações, diante da análise do livro Registro de Apuração do ICMS, no qual se verifica que a empresa não apropriou créditos nas aquisições de ativos permanentes em relação aos CFOP 1551 ou 2551, e a exemplo da infração anterior, o auditor fiscal assinalou com carimbo a verificação dos lançamentos dos créditos nos livros Registro de Apuração do ICMS.

Por último, na infração 6, impugna os lançamentos sob o argumento de terem sido incluídos produtos não alcançados pelo regime de substituição tributária, prevista no artigo 353 do RICMS-BA, apontando as seguintes inconsistências nos levantamentos:

- a) foram considerados os produtos “PRESERVATIVOS YORKTEX CLASSICO c/03 Unid” e “PRESERVATIVOS YORKTEX MORANGO c/03 Unid” nos levantamentos de 2008 e 2009. A isenção está prevista no artigo 32 XVII do RICMS-BA;
- b) os produtos “TINTA ALCOLOR STD AZUL 500 ml”, “TINTA ALCOLOR STD VERMELHA 500 ml” e “TINTA ALCOLOR STD PRETA 500 ml” foram adquiridos para uso ou consumo no estabelecimento, não estando sujeito à substituição tributária;
- c) foram considerados produtos não sujeitos à substituição tributária, conforme tabelas que apresenta. Em relação às bebidas alcoólicas, ressalta que até 31/03/2009 estas estavam excluídas da substituição tributária e a partir de 1º/04/2009 até 31/12/2009 a substituição tributária alcançou somente as bebidas alcoólicas das posições 22.05 e 22.08 da NCM, com as ressalvas contidas no artigo 353 inciso II item 2 do RICMS-BA;
- d) a autuação incluiu produtos cujo ICMS substituição tributária foi retido pelo fornecedor, conforme relação de itens e documentos que anexa;
- e) não foram considerados os pagamentos realizados com códigos de receitas 1154 e 2183 para o período do levantamento, considerando o mês de referência do DAE.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 1.184 a 1.187, esclarece inicialmente que os dados obtidos para embasamento do auto ora em debate, foram extraídas dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte à SEFAZ.

Passa a analisar, então, as argumentações defensivas. Na infração 1, dá razão ao contribuinte em alegar que os veículos constantes da cobrança do diferencial de alíquotas, constantes das Notas Fiscais nºs 695914 de 30/07/09 e 7217 de 09/07/09, não podem ser contempladas na cobrança, pois, realmente, as alíquotas interestaduais e internas, por força da redução prevista em Convenio, são idênticas – 12%. Diz persistir a cobrança referente à Nota Fiscal nº 010222, de 18/11/08, reconhecida pelo contribuinte e não impugnada.

Na infração 2, esclarece que a defesa do contribuinte divaga ao se reportar às Notas Fiscais nºs 143506, do ano de 2008, e 02635 e 40874, do ano de 2009, informando que os diferenciais de alíquotas referentes àquelas notas já haviam sido recolhidos. Assegura que tais documentos não foram inseridos nos demonstrativos referentes àqueles exercícios, como se pode observar às fls. 38 a 46.

Na infração 3, diz acreditar que o procedimento adotado pela empresa não lhe concede o direito de solicitar a impugnação daquela infração, já que o número de registros encontrados excede os 6.000, impossibilitando, assim, uma análise mais criteriosa.

Já nas infrações 4 e 5, com a alegação de que não se apropriou de créditos relativos às aquisições de material para uso e consumo e para o ativo permanente, o contribuinte apresentou um demonstrativo e cópias das notas fiscais ali inseridas, para pedir a impugnação das mesmas,

demonstrando que os CFOPS elencados por ele se referiam, na sua maioria, a compras de material de embalagem. Se assim é, o próprio arquivo do contribuinte, em cujas informações se baseou para proceder ao levantamento, induziu-o ao erro, haja vista que os CFOPS encontrados registrados nas suas entradas totais dos exercícios de 2008 e 2009, diferem completamente daqueles constantes do demonstrativo ora acostado aos fólios. Para uma melhor apreciação informa estar anexando CD ROM onde figuram as entradas totais do contribuinte nos anos de 2008 e 2009 com os CFOPS e as notas fiscais em ordem crescente para uma melhor verificação.

Salienta que as mercadorias constantes das notas fiscais acostadas ao auto pela defesa, no intuito de comprovar tratar-se de material de embalagem, quedaram-se infrutíferas, já que se tratam, realmente, de material de uso e consumo, pois eram utilizadas no supermercado do contribuinte, apenas para colocar as compras dos seus clientes e não embalar as mesmas.

Reportando-se à infração 6 em que o contribuinte suscita nulidade por não se conhecer o montante do débito tributário a ser cobrado, solicita a manutenção da mesma, exceto os subitens A e B, sendo o Auto de Infração julgado procedente, com as correções advindas das alterações nas infrações 1 e 06A e 06B.

Distribuído, o feito foi convertido em diligência (fl. 1.191), a fim de que o autuante, em relação à infração 3, intimasse o contribuinte a corrigir os arquivos magnéticos, apresentando documentos legíveis, e de posse de tais documentos, elaborasse novos demonstrativos, corrigindo os erros apontados, e reabrindo prazo de defesa.

Em atenção a tal solicitação, o autuante à fl. 1.193, esclarece que no tocante à intimação para apresentação dos arquivos 60R, referentes aos exercícios de 2008 e 2009, já devidamente corrigidos, constantes da solicitação, o contribuinte informou que no dia 03/04/2012 enviou à SEFAZ os arquivos regularizados, o que lhe possibilitou a retificação dos demonstrativos constantes da infração 3 deste PAF, para o que junta as planilhas necessárias à análise, ficando a referida infração assim constituída: 2008 - R\$ 28.516,01; e 2009 – R\$ 25.563,84, perfazendo um total, com a soma dos dois exercícios de R\$ 54.079,85;

Reportando-se à infração 6, para dirimir quaisquer dúvidas, novos demonstrativos contemplando as correções advindas do contraditório do contribuinte, informa que aquela infração ficou constituída dos demonstrativos constantes das fls. 1211 a 1231:

- 2008 janeiro: R\$ 125,99; fevereiro: R\$ 1.582,22; março: R\$ 1.205,06; abril: R\$ 1.080,92; maio R\$ 613,84; junho: R\$ 503,51; julho: R\$ 1.037,44; agosto: R\$ 428,22; setembro: R\$ 905,45; outubro: R\$ 512,68; novembro R\$ 1.416,98 e dezembro R\$ 1674,38;
- 2009 fevereiro: R\$ 885,48; abril: R\$ 79,90; junho: R\$ 2384,42; julho: R\$ 452,17; setembro: R\$ 1.080,50; outubro: R\$ 1.241,20; novembro: R\$ 2.229,52 e dezembro R\$ 4.224,65.

Intimado para conhecimento do teor da diligência (fl. 1.374), o autuado retorna ao feito para (fls. 1.376 a 1.387), para ressaltar, inicialmente, desconhecer os termos da diligência solicitada pela 4ª JJF, pois não lhe foi oferecida cópia da mesma.

Sobre a manifestação apresentada pelo autuante, afirma, para a infração 3, no exercício de 2008 que o levantamento realizado contém equívocos que o impedem conhecer o montante do débito do imposto, motivo que leva à nulidade da infração nos termos do § 1º do artigo 18 do RPAF, sendo eles:

- a) os produtos dos tipos gomas de mascar, bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas, dropes e pirulitos estavam abrangidos pelo regime de substituição tributária até 31/12/2008, conforme previsto no artigo 353, II itens 8.2, 8.3 e 8.4 do RICMS-BA vigente à época;
- b) o produto do tipo lustras móveis (encáusticas e preparações semelhantes) para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira estavam sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme artigo 353 inciso II item 16.7.3 do RICMS-BA vigente à época;

- c) os produtos dos tipos bolos e tortas, fabricados com farinha de trigo e enquadrados na posição 1905 da NCM, estão sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme artigo 353, inciso II, item 11.4.2 do RICMS-BA vigente à época, e ainda, conforme Parecer DITRI nº 15647/2006, cujo teor transcreve.
- d) “Castanha-do-pará” é o fruto do castanheiro-do-pará, logo é uma fruta e sua venda a granel está isenta do ICMS nos termos artigo 14, I, “b” do RICMS-BA vigente à época;
- e) “Castanha-de-caju” é fruto do cajueiro, e, assim sendo, se caracteriza como fruta e sua venda a granel está isenta do ICMS nos termos artigo 14, I, “b” do RICMS-BA vigente à época; já a venda adicionada de sal ou torrada a torna um produto classificado como salgado industrializado, estando sujeito ao regime de substituição tributária, conforme art. 353 II item 29.3 do RICMS-BA vigente à época;
- f) o produto do tipo ameixa é o fruto da ameixeira, logo é uma fruta e sua venda a granel está isenta do ICMS nos termos artigo 14 inciso I “b” do RICMS-BA vigente à época;
- g) o produto do tipo querosene estava sujeito ao regime de substituição tributária, conforme artigo 512, I, “c” e artigo 512-A inciso I item 3 do RICMS/97 então vigente;
- h) o produto do tipo lubrificante estava sujeito ao regime de substituição tributária, conforme artigo 512, II, “b” e artigo 512-A, do RICMS-BA então em vigor;
- i) o produto “colomba” é um bolo fabricado com farinha de trigo e enquadrado na posição 1905 da NCM, estando sujeito ao regime de substituição tributária, conforme artigo 353, II, item 11.4.2 do RICMS-BA vigente à época, bem como nos termos do Parecer DITRI nº 15647/2006, também transscrito em sua Ementa.

No exercício fiscal de 2009, observa que nos levantamentos realizados da mesma forma foram cometidos alguns equívocos que também impedem conhecer o montante do débito do imposto, motivo que leva à nulidade da infração nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF, sendo:

- a) o produto do tipo lustras móveis (encáusticas, líquidos, preparações e outros) para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação estavam sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme no artigo 353, II, item 16.3 do RICMS-BA vigente à época;
- b) “Castanha-de-caju” é o fruto do fruto do cajueiro, logo é uma fruta e sua venda a granel está isenta do ICMS nos termos artigo 14, I, “b” do RICMS-BA vigente à época; já a venda adicionada de sal ou torrada a torna um produto classificado como salgado industrializado, estando sujeito ao regime de substituição tributária, conforme artigo 353, II, item 29.3 do RICMS-BA vigente à época;
- c) o produto do tipo querosene estava sujeito ao regime de substituição tributária, conforme artigo 512, I, “c” e artigo 512-A, I, 3, do RICMS-BA vigente à época;
- d) o produto do tipo lubrificante estava sujeito ao regime de substituição tributária, conforme artigo 512, II, “b” e artigo 512-A, “c”, combinado com os §§ 1º e 9º, do RICMS-BA vigente à época;
- e) o produto do tipo amendoim japonês é um produto classificado como salgado industrializado, estando sujeito ao regime de substituição tributária, conforme artigo 353, II, item 29.3 do RICMS-BA vigente à época;
- f) os produtos do tipo catuaba selvagem ou dengosa são bebidas alcoólicas preparada a partir do vinho tinto doce adicionada de diversas plantas que popularmente levam o nome de catuaba, entre as quais a *Erythroxylum* catuaba e a Embiruçu, classificada no código 22059000 da NCM (outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas), estando sujeita ao regime de substituição tributária desde 01/04/2009 nos termos do então artigo 353, inciso II, item 2.2 do RICMS-BA vigente à época.

Com relação aos produtos dos tipos pastilhas e vinhos, afirma ter identificado que o sistema ainda apresentou erro na geração dos registros fiscais dois tipos 60R, pois as correções não foram

salvas adequadamente. A tributação correta aplicada a esses itens pode ser observada nos exemplos de cupons fiscais que apensa. Afirma ter sido o problema sanado e novos arquivos transmitidos à SEFAZ.

No tocante à infração 6, observa permanecerem as seguintes inconsistências nos levantamentos:

- a) produtos isentos: foram considerados os produtos “PRESERVATIVOS YORKTEX CLASSICO C/03 Unid” e “PRESERVATIVOS YORKTEX MORANGO C/03 Unid” nos levantamentos, estando tal isenção prevista no artigo 32, inciso XVII do RICMS-BA. Cita como exemplo o mês de abril de 2009;
- b) produtos não sujeitos à substituição tributária: foram considerados produtos não sujeitos à substituição tributária, conforme tabelas que elabora. Em relação às bebidas alcoólicas, ressalta que até 31/03/2009 estas estavam excluídas da substituição tributária e a partir de 1º/04/2009 até 31/12/2009 a substituição tributária alcançou somente as bebidas alcoólicas das posições 2205 e 2208 da NCM, com as ressalvas contidas no artigo 353, II, item 2, do RICMS-BA.
- c) produtos sujeitos à substituição tributária e com o ICMS retido pelo fornecedor: foram considerados produtos cujo ICMS substituição tributária foi retido pelo fornecedor, conforme relação de itens e documentos que indica.
- d) produtos sujeitos à antecipação tributária: não foram considerados os pagamentos realizados com códigos de receitas 1154 e 2183 para o período do levantamento, considerando o mês de referência do DAE, conforme documentos já acostados ao feito, e se por acaso não sejam excluídos os produtos que tiveram o ICMS retido por substituição tributária e destacado nos documentos fiscais de origem, devem ser considerados também os recolhimentos no código de receita 1187.

Finaliza, observando que em relação às infrações objetos das manifestações, renova requerimento de nulidade, por não ser possível determinar, com segurança, o montante do débito tributário face aos equívocos cometidos pelo autuante, e não sendo acatada a nulidade das infrações, renova também requerimento para que sejam sanados os erros indicados para apresentação de novos demonstrativos de débito para análise e considerações, com observação do disposto no § 1º do artigo 18 do RPAF/99.

Em 27 de abril de 2012, a empresa protocola petição, solicitando a juntada dos documentos constantes às fls. 1.391 a 1.415, qual seja, cupons fiscais legíveis.

Em mais uma intervenção, o autuante às fls. 1.417 a 1.419 observa que no tocante à infração 03, realmente cabe razão a autuada, pois pirulitos, balas, gomas de mascar, balas e outros, realmente, estavam sob o regime da substituição tributária até a data de 31/12/2008;

Relativamente ao produto lustro móveis, fala que o mesmo só entrou na substituição tributária com o advento do Protocolo 106/09, que passou a vigorar, somente, em 01/01/2010;

Quanto aos produtos bolos e tortas, fabricados com farinha de trigo e enquadrados na posição 1905 da NCM, segundo a informação constante do parecer da DITRI 15647/2006, confirma estarem sob o regime da substituição tributária à época;

Observa que o RICMS/BA é bastante claro no tocante a isenção dos produtos castanha de caju, ameixa, dentre outros, somente em estado *in natura*, ressalvando a questão da castanha de caju salgada, considerada salgado industrializado, portanto sob o regime da substituição tributária e da castanha do Pará, cuja isenção está condicionada à venda *in natura*. Já a ameixa, vendida em calda ou em doce, tem a sua tributação garantida no RICMS/BA;

Já o querosene e lubrificante estavam, realmente, sujeitos à substituição tributária;

A colomba, sendo um tipo de bolo fabricado com farinha de trigo constante do Parecer DITRI nº 15647/2006 citado, que o classifica no regime da substituição tributária. Todos os tópicos acima referidos constam do exercício de 2008.

No exercício de 2009, além dos produtos já analisados para o exercício anterior, aborda que o

amendoim japonês é um salgado industrializado, portanto sob o regime da substituição tributária; A catuaba selvagem só teve a sua inserção observada a partir do dia 01.01.2010, na substituição tributária, após a publicação do Decreto nº 11.806/2009, em atenção ao Protocolo ICMS 107/09.

Reportando-se às assertivas da defesa do contribuinte relativamente à infração 6, salienta que as suas alegações só poderão ser analisadas caso junte as notas fiscais em que os produtos listados como não sujeitos a substituição tributária, principalmente aquelas onde constam as bebidas alcoólicas, com as suas NCMS, bem como outras, em que segundo a defesa, o fornecedor/remetente teria efetuado a retenção do ICMS por substituição.

Observa que a manifestação do contribuinte, para ser levada a efeito, deve estar perfeitamente enquadrada no que prevê o RPAF/99, ou seja, que faça a juntada das notas fiscais objeto das relações que juntou à defesa, no que tange à afirmativa de que foram inseridas nos demonstrativos da auditoria, produtos não sujeitos à substituição tributária, bem como, outros cujo ICMS havia sido retido pelo remetente. Só assim, sua manifestação poderá ser analisada com mais imparcialidade.

Para finalizar, informa que outros demonstrativos serão anexados, ali contemplados alguns produtos que foram objeto de equívocos nos levantamentos efetuados anteriormente e, que por isso mesmo, foram retirados a partir da informação da defesa. Com a juntada dos mesmos, as infrações 3 e 6 ficaram assim constituídas:

ANO	INFRAÇÃO	A.I.	DEMONS
2008	3	52.287,05	23.044,66
2009	3	12.767,87	10.319,29
TOTAIS		65.054,92	33.363,95
2008	6	25.738,46	11.086,69
2009	6	13.414,02	12.577,84
TOTAIS		39.152,48	23.664,53

Assim sendo, pede pela subsistência do feito, com as correções efetuadas nos novos demonstrativos anexados.

Cientificado de tal posicionamento (fl. 1.488), o autuado retorna ao feito para (fls. 1.490 a 1.503) argumentando, em relação ao exercício de 2008 que:

- a) O produto do tipo lustra móveis (encáusticas e preparações semelhantes) para conservação e limpeza de móveis de madeira, soalhos e de outros artigos de madeira estavam sujeitos ao regime de substituição tributária, conforme no artigo 353, II, item 16.7.3 do RICMS-BA vigente à época;
- b) Suas considerações foram acerca do produto encáusticas e preparações semelhantes, previsto no então artigo 353, II, item 16.7.3 (até 31/12/2008) e no item 16.3 (a partir de 1º/01/2009) como sujeito à substituição tributária, sendo que para os demais produtos do tipo lustra móveis (NCM 2710) garante terem sido tributados, conforme exemplos de cupons fiscais apresentados.
- c) Sendo “Castanha-do-pará” o fruto do castanheiro-do-pará, entende ser fruta e sua venda a granel está isenta do ICMS nos termos art. 14, I, “b” do RICMS-BA vigente à época, tendo suas considerações sido feitas em relação às frutas em estado natural; as demais foram tributadas;
- d) Já a “Castanha-de-caju” é fruto do fruto do cajueiro, logo é uma fruta e sua venda a granel está isenta do ICMS nos termos artigo 14, I, “b” do RICMS-BA vigente à época; já a venda adicionada de sal ou torrada a torna um produto classificado como salgado industrializado, estando sujeito ao regime de substituição tributária, conforme art. 353, II, item 29.3 do RICMS-BA vigente, e que suas considerações foram em relação às frutas em estado natural; as demais foram tributadas, inclusive com substituição tributária;
- e) A ameixa é o fruto da ameixeira, logo é uma fruta e sua venda a granel também estaria isenta do ICMS nos termos art. 14, I, “b” do RICMS-BA vigente à época, e da mesma forma que aos produtos anteriores, as suas observações foram em relação às frutas em estado natural, sendo

as demais tributadas;

Para o exercício fiscal de 2009, repete os argumentos já postos anteriormente, acrescentando, ainda, o produto do tipo catuaba selvagem ou dengosa os quais, ao seu entender, são bebidas alcoólicas preparadas a partir do vinho tinto doce adicionada de diversas plantas que popularmente levam o nome de catuaba, entre as quais a Erythroxylum catuaba e a Embiruçu, que pode ser classificada no código 22059000 da NCM (outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas), estando sujeita ao regime de substituição tributária desde 01/04/2009 nos termos do então art. 353, II, item 2.1, do RICMS-BA vigente à época, e a descrição do produto indica que é uma bebida à base de vinho tinto seco, álcool etílico, fermentado de maçã, composto com catuaba, guaraná e marapuama, acidulante INS-330 e conservante INS-202, o que também lhe dá o caráter de misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, e não tendo sido considerada pelo auditor fiscal, deve ser revista.

Em relação aos produtos dos tipos pastilhas e vinhos, aduz que identificou erro no sistema na geração dos registros fiscais dos tipos 60R, pois as correções não foram salvas adequadamente.

Alega ter sido a tributação correta aplicada em esses itens exposta por meio de exemplos de cupons fiscais apresentados na manifestação anterior e parece não foram considerados pelo preposto fiscal. Requer a correção do levantamento, pois o preposto fiscal não considerou tais elementos probantes.

Para a infração 6, frente ao argumento de que foram considerados os produtos preservativos nos levantamentos, estando a isenção prevista no artigo 32, XVII do RICMS-BA, a exemplo do mês de abril de 2009, sendo que o preposto fiscal não se manifestou, mas acredita que tenha levado em consideração, pois houve redução no valor apurado;

Quanto aos produtos não sujeitos à substituição tributária considerados sob a incidência de tal instituto pelo autuante, na forma das tabelas que apresenta, ressalta, em relação às bebidas alcoólicas, que até 31/03/2009 estavam excluídas da substituição tributária e a partir de 1º/04/2009 até 31/12/2009 a substituição tributária alcançou somente as bebidas alcoólicas das posições 2205 e 2208 da NCM, com as ressalvas contidas no artigo 353, inciso II, item 2, do RICMS-BA, tendo, da mesma forma que no item anterior, o autuante não se manifestado, todavia, acredita que tenha levado em consideração, pois houve redução no valor apurado;

Já produtos sujeitos à substituição tributária e com o ICMS retido pelo fornecedor, conforme relação de itens e documentos que elabora, diz que quanto a manifestação do preposto fiscal no sentido de que somente poderá ser analisada caso fossem juntadas as notas fiscais dos produtos listados como não sujeitos à substituição tributária e as notas fiscais com ICMS retido pelo fornecedor, entende que as notas fiscais poderão ser analisadas diretamente pelo preposto fiscal, mediante arrecadação dos documentos, haja vista serem muitos os elementos relacionados.

Para produtos sujeitos à antecipação tributária, não foram considerados os pagamentos realizados com códigos de receitas 1145 (citado erroneamente como sendo 1154) e 2183 para o período do levantamento, considerando o mês de referência do DAE, conforme documento já apresentado na impugnação inicial, e acaso não sejam excluídos os produtos que tiveram o ICMS retido por substituição tributária e destacado nos documentos fiscais de origem, devem ser considerados também os recolhimentos no código de receita 1187, informa que o preposto fiscal manifestou que a defesa indicou códigos de receita inexistentes, o qual obviamente não foi considerado, e assegura que, de fato, houve erro de digitação da manifestação ao querer indicar o código de receita 1145 (digitou 1154), porém o preposto fiscal não considerou todos os recolhimentos feitos ou em seu proveito, requerendo que sejam os mesmos considerados.

Renova requerimento para que sejam sanados os erros indicados, com análise dos elementos probantes, especialmente dos exemplos de cupons fiscais emitidos à época. Sugere, inclusive, que o preposto fiscal, na busca a verdade material, arrecade as fitas-detalhes do período e constate que as situações tributárias dos produtos comercializados mediante emissão de Cupom

Fiscal foram corretamente assinaladas, não havendo cometimento da infração 3, e mais uma vez reitera a observação do disposto no § 1º do artigo 18 do RPAF-BA.

Em petição protocolada em 06 de junho de 2012, o sujeito passivo trouxe diversos documentos que, ao seu entender, comprovariam a inexistência da infração 6 (fls. 1.506B a 1.643).

Mais uma vez, manifesta-se o autuante (fls. 1.645 a 1.647), analisando os documentos trazidos pelo autuado, e elaborando novos demonstrativos.

Em mais uma manifestação, a empresa (fls. 1.741 a 1.743), esclarece que somente foram apresentadas as planilhas referentes ao exercício fiscal de 2008 e nestas ainda constam produtos não alcançados pelo regime de substituição tributária, a exemplos de cereais/passas, alimento Trio Protein Mass Banana, querosene King, Bacardi Carta Blanca, e outros que compõem a tabela elaborada, não sujeitos à substituição tributária, e em relação à infração 3, as suas alegações persistem, e a verdade material somente seria alcançada quando fossem analisados os Cupons Fiscais emitidos à época e constatar que os produtos foram comercializados com as tributações corretas. E também, quando entendesse que os arquivos contêm erros.

Aduz que o que vale é o documento fiscal emitido e a escrituração fiscal da Redução Z, para efeito da correta tributação e lançamento a débito do ICMS devido, e neste sentido apresenta diversos exemplos de Cupons Fiscais emitidos e o autuante não intimou na empresa a apresentá-los para análise, sendo que não trazer aos autos todos os originais ou cópias de todos os Cupons Fiscais emitidos não é deixar de fazer prova das alegações, por sua parte. Trata-se de bom senso. Os originais, a SEFAZ não aceita em protocolo e as cópias dos Cupons Fiscais demandariam meses de trabalhos para tirá-las e com custo elevadíssimo.

Renova o requerimento para que sejam sanados os erros indicados, com análise dos elementos probantes, especialmente dos exemplos de cupons fiscais emitidos à época. Sugere que o preposto fiscal, na busca da verdade material, arrecade as fitas-detalhes do período e constate que as situações tributárias dos produtos comercializados mediante emissão de Cupom Fiscal foram corretamente assinaladas, não havendo cometimento da infração 03. Mais uma vez, requer a observação do disposto no § 1º do artigo 18 do RPAF/99.

Na manifestação de fl. 1.746, o autuante refuta a afirmação de que não intimou a empresa a apresentar os cupons fiscais constantes do arquivo 60R, pedindo o acatamento das alterações feitas anteriormente.

Nova diligência solicitada, encaminha o feito para que fosse fornecida ao sujeito passivo cópia do documento de fl. 1.191, concedendo-lhe prazo para manifestação.

Intimado do teor da diligência (fls. 1.751 a 1.752), o sujeito passivo volta ao processo, entendendo que a diligência fiscal solicitada deveria ir além da apresentação de cópias das folhas 1191 e 1749, pois na manifestação datada de 14 de julho de 2012 acusa a falta de apresentação dos demonstrativos relacionados ao exercício fiscal de 2009 para a Infração 6.

E, ainda em relação a esta infração, assevera persistirem equívocos quanto à inserção de alguns produtos no regime de substituição tributária.

Em relação à infração 3, diz que a busca da verdade material deve ser alcançada, mas o auditor fiscal ainda não tomou a iniciativa de verificar os Cupons Fiscais emitidos à época para confirmar as alegações da manifestante. Ressalta que arquivo no padrão Sintegra não é documento fiscal, apenas serve de auxílio à fiscalização, mas não substitui documento ou livro fiscal. Diz que apresentará as provas diretamente ao órgão julgador, durante a sessão de julgamento.

Relativamente à folha 1.193, afirma desconhecer seu teor, muito menos os demonstrativos que sustentam os resultados alcançados para o exercício fiscal de 2009, em relação à infração 6.

Renova requerimento para que sejam sanados os erros indicados, com análise dos elementos probantes, especialmente dos exemplos de cupons fiscais emitidos à época, bem como a proposta de apresentação das fitas-detalhes do período para se constatar que as situações tributárias dos

produtos comercializados mediante emissão de Cupom Fiscal foram corretamente assinaladas, não havendo cometimento da infração 3. Requer, também, a apresentação dos demonstrativos que sustentam os resultados alcançados para o exercício fiscal de 2009, em relação à infração 6, e observação do disposto no § 1º do artigo 18 do RPAF-BA.

O autuante, por sua vez, instado a manifestar-se, reitera os termos das informações posteriores, e pede que o feito seja julgado (fl. 1.760).

Em nova diligência, o relator solicitou ao autuante a observância do teor do artigo 127 do RPAF/99 (fl. 1.764), tendo o autuante (fl. 1.776) atestado o cumprimento da mesma, através de nova informação fiscal, e o sujeito passivo, na pessoa de seu advogado, se manifestado (fls. 1.833 a 1.837), no sentido de que recebeu uma intimação acompanhada de cópias dos documentos de folhas 1764 e 1766 a 1827 do PAF.

Observa que os demonstrativos de folhas 1.816 a 1.821 são idênticos aos demonstrativos de folhas 1.822 a 1.827, o que infere dizer que as folhas dos demonstrativos destinados à autuada ficaram no PAF e não foram entregues, conforme alegado anteriormente em peça de manifestação.

Da análise das folhas 1.816 a 1.821, que correspondem ao demonstrativo para o exercício de 2008, diz persistirem erros em relação a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, indicando as mercadorias que não estão em tal regime e que constam do demonstrativo do exercício de 2008, tendo o mesmo fato ocorrido em 2009.

Indica as mercadorias que não estão no regime de substituição tributária e que constam do demonstrativo do exercício de 2009.

Fala que quando o lançamento apresenta erro deve ser considerado nulo e proposto que a ação fiscal seja renovada, isto porque quando não se pode afirmar com segurança qual o montante do débito tributário, o lançamento deve ser considerado nulo (§ 1º do artigo 18 do RPAF-BA), e que desde 2011 está num jogo que parece “pingue-pongue”, onde o processo vem do autuante com “demonstrativo” e volta com manifestação de “tem erro no demonstrativo”. Se se joga esse jogo por economia processual, qual o limite dessa “economia processual”? Questiona.

Discorre sobre o princípio da economia, para concluir que desde 2011 tanto quanto a autuada tem despesas, o Fisco tem despesas com esse processo, perquirindo quem está ganhando com isso, e o processo está inacabado, vez estar saneando os demonstrativos, produzindo prova contra si mesmo.

Após analisar o § 1º do artigo 18 do RPAF-BA, conclui que o lançamento é nulo se ocorrer incorreção, omissão e a não-observância de exigência meramente formal contida na legislação que prejudiquem a determinação da natureza da infração, a determinação do autuado e a determinação do montante do débito tributário.

Após asseverar que os demonstrativos existentes no Auto de Infração contêm incorreções que impedem determinar o montante do débito tributário, e esbarram em uma das condicionantes que determinam a declaração de sua nulidade, vez, não se pode determinar o montante do débito tributário.

Indica o endereço no qual receberá intimações, e que a mesma situação se revela para a infração 3, pois a busca da verdade material deve ser exaurida e até o momento não houve nenhuma intimação para apresentação dos Cupons Fiscais que comprovam a regularidade das operações, mesmo tendo apresentado cópias de alguns Cupons Fiscais a título de exemplo, pois não seria possível apresentar cópias de todos eles.

Em função de tal manifestação, o autuante volta ao processo (fls. 1.843 a 1.845), e informa que após análise minuciosa das planilhas que embasaram a autuação, considerou oportuna a manifestação do advogado da empresa, assistindo razão à mesma, já que os produtos indicados sendo submetidos à substituição tributária, serão retirados das planilhas.

Quanto à infração 03, refuta qualquer possibilidade de alteração, tendo em vista que extinto o prazo para que o contribuinte retificasse o arquivo 60R, apresentando novo demonstrativo de

débito, e mantendo a subsistência parcial do lançamento.

Em nova diligênciia (fl. 1.862), foi determinada a ciênciia do contribuinte de tal informaçâo, concedendo-lhe prazo para manifestaçâo.

Após intimado (fls. 1.864 e 1.865), volta ao processo o sujeito passivo (fls. 1.868 e 1.869), acusando que o demonstrativo da infraçâo 6 para o mês de janeiro e março de 2008 e 2009 nâo foi apresentado junto com os elementos da informaçâo fiscal datada de 18/12/2013. Se nâo existem diferenças para esses meses, entâo os valores indicados no quadro à fl. 1.844 estâo errados, considerando os somatórios das diferenças mensais apontadas os demonstrativos, e que, mesmo apôs algumas exclusões de produtos, ainda persistem erros nos levantamentos realizados.

Em relaçâo a 2008, aponta que o produto “cachaça Boazinha 600 ml” ainda consta nos demonstrativos.

Os produtos “TINTA ALCOLOR STD AZUL 500 ml”, “TINTA ALCOLOR STD PRETA 500 ml” e “TINTA ALCOLOR STD VERMELHA 500 ml” foram adquiridas para uso ou consumo, e estâo presentes nos demonstrativos de 2008 e de 2009.

Aponta ainda persistirem erros de cálculos nos demonstrativos de 2008, como, por exemplo, os sete primeiros itens do mês de fevereiro de 2008 à fl. 1.846, especialmente as colunas “S/TOTAL”, “B/C SUBST” e “ICMS” seguinte.

Com relaçâo à infraçâo 03, entende que ainda que os arquivos contenham erros, a verdade material deve ser buscada sempre, e que apresentou cópias de alguns Cupons Fiscais a títuolo de exemplo, pois nôo seria possível apresentar cópias de todos eles.

Fala que embora em sua última manifestaçâo indicasse o endereço onde receberia citações, intimações e documentos da espécie, isto nôo foi observado em relaçâo à intimaçâo apresentada, o que o leva a reiterar a solicitaçâo, afim de que nôo haja prejuízo em termos de prazo de resposta, diante do fato de que o autuado tem domicílio tributário na cidade de Vitória da Conquista e seu procurador em Salvador, necessitando de remessa por via postal da intimaçâo e dos elementos que a acompanha para que este procurador possa dela conhecer e oferecer manifestaçâo.

Requer a observaçâo do disposto no § 1º do artigo 18 do RPAF-BA, e a citaçâo para conhecer o dia e hora do retorno do julgamento, caso nôo haja publicaçâo por edital, para que nôo incorra em nulidade do julgamento por cerceamento ao direito de ampla defesa.

Já o autuante (fls. 1.875 a 1.876) retorna ao feito mais uma vez, observando que naquilo concerrente a falta dos demonstrativos relativos aos meses de janeiro e março dos exercícios auditados, o que concorreria para erro nos valores ali indicados no somatório geral, para indicar que se os demonstrativos relativos aos meses de janeiro e março dos anos de 2008 e 2009 nôo estavam anexados àquele demonstrativo, é porque nada se tinha a cobrar. Já no tocante ao erro no somatório geral, agradece ao defensor da autuada, já que, realmente, o somatório estava errado em favor do contribuinte, tendo retificado o mesmo e o atual demonstrativo já contempla o valor correto.

No tocante ao item “Cachaça Boazinha”, o mesmo foi retirado do demonstrativo de 2008, como solicitado pela defesa. Para os produtos, “tintas”, citados pelo defendantte da autuada, como constantes dos demonstrativos dos anos de 2008 e 2009, acredita que tal solicitaçâo tenha se dado por equívoco, pois desde a anexaçâo dos mesmos às fls. 1.846 a 1.859, tais produtos jâ tinham sido excluídos.

Diz, ainda, que os erros apontados pela defesa nos itens de fevereiro de 2008, nas planilhas acostadas à fl. 1.846 deste PAF, foram corrigidos, e o somatório geral de ambos os exercícios estâo devidamente evidenciados nas planilhas anexadas nesta oportunidade.

Em relaçâo a infraçâo 03, nôo acata o pedido da defesa, por achá-lo intempestivo e inadequado, solicitando o julgamento do feito como parcialmente procedente.

Dada ciência ao autuado (fls. 1.894 e 1.895), este (fls. 1.898 a 1.899), assevera que erros ainda persistem nos levantamentos realizados.

Em relação a 2008, desconhece o ocorrido, mas produtos como “MASSA PIF PAF LASANHA FRANGO AO MOLHO ROSE 650 g” e “SOBREPALETA PIF PAF SUINA RECHEADA kg” ainda constam nos demonstrativos. Estas inconsistências já haviam sido apontadas anteriormente.

Reclama, ainda, da manutenção nos demonstrativos dos produtos “TINTA ALCOLOR STD AZUL 500 ml”, “TINTA ALCOLOR STD PRETA 500 ml” e “TINTA ALCOLOR STD VERMELHA 500 ml”. Como disse e provou, tais produtos foram adquiridos para uso ou consumo, e ainda estão presentes nos demonstrativos de 2008 e de 2009.

Ainda com relação à infração 3, entende que ainda que os arquivos contenham erros, a verdade material deve ser buscada sempre, razão pela qual apresentou cópias de alguns Cupons Fiscais a título de exemplo, pois não seria possível apresentar cópias de todos eles.

Refuta a afirmação de que a verificação neste momento processual ser intempestiva, pois desde a primeira manifestação de impugnação de lançamento foi abordado por ela. Inadequada também não o é, pois tem direito a mais ampla e irrestrita forma de constituir prova.

Entende provado que apresentou cópias de exemplos de cupons fiscais com a correta tributação das mercadorias, combatente a infração 3, porém o autuante não os aceitou, e seu pleito de análise das fitas-detalhe originais para análise, foi em nome da verdade material.

Reitera pedido para encaminhamento das intimações e notificações para o seu escritório, tendo em vista o não atendimento das solicitações anteriores, e que tal inobservância traz prejuízo em termos de prazo de resposta, haja vista que o autuado tem domicílio tributário na cidade de Vitória da Conquista e seu procurador em Salvador, necessitando de remessa por via postal da intimação e dos elementos que a acompanha para que este procurador possa dela conhecer e oferecer manifestação. Da mesma forma, reitera a observação do disposto no § 1º do artigo 18 do RPAF-BA, bem como que seja citado para conhecer o dia e hora do retorno do julgamento, caso não haja publicação por edital, para que não incorra em nulidade do julgamento por cerceamento ao direito de ampla defesa.

Encaminhado para julgamento, foi o feito redistribuído, tendo em vista o afastamento do relator anteriormente designado.

Em nova diligência (fl. 1.908), foi solicitada a apresentação, por parte da autuada, dos originais das fitas detalhe, a fim de constatar-se se os produtos objetos de observação defensiva foram ou não tributados, e sendo o caso, refazer-se demonstrativo, dando-se a devida ciência ao contribuinte, e prazo para manifestação.

Tendo o sujeito passivo apresentado às mesmas, o autuante, após exame acurado, informou que restou comprovada a excelência do lançamento efetivado nos ECFS, impossibilitando a cobrança da infração 03, motivando a sua exclusão do lançamento (fl. 1.930).

Reitera, entretanto, as informações anteriores para as demais infrações.

Ao seu turno, o sujeito passivo (fl. 1.937), ao tempo em que acata a informação anterior do autuante, reitera, de igual forma, os termos das manifestações anteriores.

Na sessão de julgamento, o advogado da empresa autuada compareceu para fazer sustentação oral na qual reafirmou os argumentos anteriormente postos, especialmente aqueles relativos aos produtos massa de lasanha, tintas e carré de porco que entende indevidamente mantidos no demonstrativo da infração 6.

## VOTO

O lançamento constitui-se em seis infrações, todas impugnadas pelo sujeito passivo.

Analiso, inicialmente, as questões preliminares postas.

Quanto a eventual violação do artigo 18, § 1º do RPAF/99, não posso acolher. Tal dispositivo, determina que eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, lhe fornecendo no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo, o que ocorreu por diversas vezes, inclusive valendo observação da empresa quanto a demora do julgamento por tal motivo, sempre se atentando para o seu cumprimento e respeito.

As alterações ocorridas nos diversos momentos em que o autuado trouxe elementos contrários à autuação, e o autuado, em analisando e refazendo os demonstrativos apresentados, concorreram para a busca da verdade material, objetivo maior do processo administrativo fiscal.

O fato do autuado ter sido, em determinado momento processual, intimado diretamente, e não por meio de seu advogado, não se constitui em elemento que possa vir a resultar em qualquer nulidade. Isso diante do fato de que, no processo administrativo, contrariamente ao processo judicial, os atos processuais são dirigidos ao estabelecimento comercial da empresa.

Além disso, tendo sido garantido ao sujeito passivo o pleno direito de defesa, o mesmo participou ativamente da sua instrução, manifestando-se em todas as oportunidades que lhe foram concedidas, o que afasta, de logo, qualquer possível nulidade.

Além disso, verifico que o artigo 108 do RPAF/99 que regula as intimações foi devidamente obedecido, ao longo do curso processual.

Passo a analisar então o mérito da autuação. Na infração 1, a autuada contesta o lançamento relativo às Notas Fiscais nºs 7217 e 695914, sob o argumento de que tendo sido adquiridas no Estado de Minas Gerais, sendo que, no Estado da Bahia a alíquota interna para tais bens é 12% (doze por cento), conforme previsto no artigo 51, III do RICMS/97, e as regras de faturamento de veículo direto para o consumidor estão indicadas nos artigos 682-A a 682-E do RICMS-BA e no Convênio ICMS 51/00, e, observando as notas fiscais emitidas pelo fabricante, verifica a aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) na venda direta ao consumidor, conforme regra prevista no Convênio ICMS 51/00, e diante dos termos do inciso II do parágrafo único do artigo 69 do RICMS-BA, somente seria devido o pagamento da diferença de alíquotas quando a alíquota interna deste Estado fosse superior à alíquota da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais, hipótese que não se configura, sendo tal argumentação aceita pelo autuante, o qual excluiu os valores dos mencionados documentos do lançamento.

Com efeito, a regra insculpida no Convênio ICMS 51/00 estabelece disciplina relacionada com as operações com veículos automotores novos, efetuadas por meio de faturamento direto para o consumidor, sendo recepcionado o seu teor na legislação do Estado da Bahia, nos artigos 682-A a 682-E do RICMS/97, então vigente.

As notas fiscais acostadas em cópia às fls. 35 e 36, atestam a aplicação da alíquota de 12% a título de ICMS sobre o valor da operação, observando, também, que o vendedor dos veículos efetuou a substituição tributária dos mesmos, conforme observação constante nos documentos fiscais, o que também implicaria na ausência de motivação legal para qualquer cobrança a respeito.

Diante de tais disposições, e pelo fato de inexistir no caso, diferencial de alíquota devido, e consequentemente, possível de ser cobrado, agiu acertadamente o autuante ao realizar a exclusão de tais operações.

As regras de faturamento de veículo direto para o consumidor estão indicadas nos artigos 682-A a 682-E do RICMS-BA e no Convênio ICMS 51/00, e, observando as notas fiscais emitidas pelo fabricante, verifica a aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) na venda direta ao consumidor, conforme regra prevista no Convênio ICMS 51/00, e diante dos termos do inciso II do parágrafo único do artigo 69 do RICMS-BA, somente seria devido o pagamento da diferença de

alíquotas quando a alíquota interna deste Estado fosse superior à alíquota da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais.

Além disso, pelo exame dos documentos presentes no feito, observo que o vendedor efetuou a substituição tributária, constando tal indicação do campo “observações” dos documentos fiscais emitidos.

Já o lançamento que contesta o valor referente a setembro, diante da arguição de que o bem adquirido somente deu entrada no estabelecimento no mês de agosto, conforme comprovaria a folha nº 228 do livro Registro de Entradas anexada, em verdade, na fl. 1.085 consta cópia de tal registro do livro fiscal. Todavia, encontra-se grifada apenas a Nota Fiscal nº 7217, no mês de agosto, sem qualquer menção a outro documento fiscal.

Por tal razão, entendo que presente a regra estatuída nos artigos 142 e 143 do RPAF/99, segundo os quais, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, motivo pelo qual julgo a infração procedente em parte, no valor de R\$ 411,21.

Para a infração 2, o sujeito passivo nega existir diferença a recolher, diante do fato de já ter pago o imposto devido na aquisição de bobinas termoscript PDV 80 x 40m, constante da Nota Fiscal nº 143506, regularmente escriturada à fl. 264 do livro Registro de Entradas, teve a diferença paga em DAE específico (código de receita 0791) no dia 27/10/2008, no valor de R\$ 66,55, ao passo que a mesma situação se repete em relação à nota fiscal 092008, conforme comprova o “*Extrato dos pagamentos realizados – histórico dos DAE’s e/ou GNRE’s*”, para o período de 01/01/2008 a 31/01/2010, obtido no site da SEFAZ-BA com consulta realizada em 11/11/2011, no que foi contestado pelo autuante, o qual afirmou não serem aqueles mencionados pela defesa os documentos arrolados na acusação fiscal.

Com efeito, na fl. 40 encontra-se o demonstrativo para o exercício de 2008, relativo à nota fiscal 29.850 (fl. 41), emitida por Think Indústria e Comércio de Papéis Ltda., relativa a sacos de papel craft, e à fl. 42, recibo firmado pelo contribuinte relativo ao mesmo, sendo o valor informado como devido R\$ 64,65. Já nas fls. 43 a 45, estão encartados os demonstrativos relativos à Nota Fiscal nº 96.026, emitida por Commit Produtos Motivacionais Ltda. (fl. 46), relativo ao produto “dê um show”, o que demonstra que as alegações defensivas postas para tal infração, não possuem qualquer correlação com os documentos arrolados no Auto de Infração, o que permite, mais uma vez, aplicar as regras dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, ficando mantida a infração, tal como inicialmente lançada.

Quanto à infração 3, a tese defensiva é a de que não aplicou a alíquota de forma errada nas vendas efetuadas através de ECFs, vez que os arquivos que serviram de base para a acusação apresentavam problemas, e que a acusação subsiste, vez que as fitas detalhe dos equipamentos fiscais usados comprovaram a tributação correta dos produtos elencados no Auto de Infração.

Já o autuante elaborou relatório detalhado da infração (fls. 48 a 227 e 299 a 350), relacionando nota a nota, operação a operação, as mercadorias objeto da autuação, esclarecendo, no rodapé que a fonte de tais informações eram os arquivos magnéticos enviados à Secretaria da Fazenda.

Diante das alegações defensivas, o então relator converteu o feito em várias diligências, inclusive uma com o precípicio objetivo de que fossem apresentados novos arquivos magnéticos devidamente retificados, tendo, posteriormente, a infração ensejado a realização de inúmeras outras diligências, que somente foram cessadas, frente a determinação para que o sujeito passivo apresentasse as fitas detalhes, o que ocorreu, oportunidade na qual os argumentos defensivos foram devidamente aceitos pelo autuante, ainda que parcialmente, com redução de valores para a infração, diante da prova material carreada aos autos.

Importante esclarecer pela sua pertinência, que o Emissor de Cupom Fiscal somente pode ser utilizado se estiver de acordo com a Comissão Técnica Permanente do ICMS (COTEPE/ICMS) e

também o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Todas as diretrizes devem ser seguidas para que o consumidor tenha segurança no momento da compra e o lojista tenha tranquilidade junto aos órgãos fiscalizadores.

No momento de qualquer compra, o estabelecimento comercial que possua o Emissor de Cupom Fiscal (ECF), o operador do equipamento digita os dados da venda realizada em um software no computador que funciona diretamente com o Emissor de Cupom Fiscal. Na sequência, o ECF é impresso e entregue ao cliente.

Neste ponto, vale ressaltar que a empresa tem direito de ficar com outra via do cupom fiscal da venda realizada, podendo optar pela impressão (chamada “Fita Detalhe”) ou mesmo deixar tudo digitalmente arquivado na “Memória de Fita Detalhe”. Com isso, no final do período de apuração do imposto é possível verificar o valor total a ser escriturado para apuração do mesmo através de relatórios emitidos pelo próprio ECF.

A fita detalhe representa nada mais do que o conjunto das segundas vias de todos os documentos fiscais emitidos pelo ECF, e como visto, deverá ser impressa pelo equipamento concomitantemente com a indicação do registro das operações ou das prestações no dispositivo de visualização. O operador do equipamento deverá efetuar Leitura "X" no início e outra no fim da Fita detalhe. As bobinas da fita detalhe devem ser armazenadas sem seccionamento, por ECF e por estabelecimento e mantidas à disposição do Fisco em ordem cronológica pelo prazo previsto de cinco anos.

Em outros momentos, a autuada reiterou seus argumentos, sempre enfrentando a firma oposição do autuante, o qual, inclusive defendeu a impropriedade de apresentação de novos arquivos magnéticos ou a quantidade de registros a serem analisados individualmente (cerca de seis mil, aproximadamente).

Já vimos em outro instante deste processo, a essência da fita detalhe. Através dela se pode recuperar ou acessar os dados das operações realizadas pelo estabelecimento. O contribuinte, desde o ingresso da peça inicial de defesa, trouxe, como exemplos, cópias de fitas detalhes de seus equipamentos emissores de cupom fiscal, insistindo na sua análise, de forma tenaz, muito embora algumas delas, como aquelas encartadas às fls. 1.112 a 1.116 se apresentassem ilegíveis. A última diligência, embora única, solicitada por este Relator, propiciou à empresa a apresentação de todas as fitas detalhe, analisadas pelo autuante, o qual, concluiu pela inexistência da infração.

Registro, por pertinência, relativamente à reclamação da empresa, em uma de suas manifestações, que ela própria deu causa a extensão do processo no tempo, ao apresentar arquivos SINTEGRA por duas vezes, sem atribuir a tributação correta para diversos produtos, razão para que, ao curso processual apontasse os erros ainda existentes no levantamento, tendo em vista que os arquivos com erros foram à base da autuação.

Com efeito, se num primeiro momento a infração poderia apresentar substância, com a apresentação de arquivos eletrônicos retificados, especialmente em relação aos registros 60R, somente com apresentação das fitas detalhes em seus originais, espancou qualquer dúvida em relação à matéria, qual seja, a de que a tributação dos produtos nas saídas foi correta, a exemplo daqueles submetidos à substituição tributária, como querosene, lubrificantes, bolos e tortas a base de farinha de trigo, ou isentos, como frutas *in natura* (castanha-do-pará, ameixa), por força de obediência ao regramento normativo, motivo pelo qual me alinho ao entendimento do autuante, julgando a mesma improcedente.

Na infração 4, o autuante elaborou demonstrativo de fls. 352 a 354, listando os documentos que embasaram os valores apurados, sendo a tese defensiva a de que o autuante cometeu enganos no levantamento das informações, tendo em vista que analisando os lançamentos fiscais no livro Registro de Entradas do exercício de 2008, observa que as notas fiscais relacionadas no levantamento apresentado se referem a aquisições de material de embalagem, na maioria, de ativo permanente e de uso ou consumo, sendo que nas aquisições de ativos permanentes e materiais para uso ou consumo não foram apropriados créditos.

Em relação às aquisições de materiais para embalagem, confirma que foram apropriados créditos fiscais com base na previsão legal indicada no artigo 93, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97, igualmente transrito, estando os documentos listados às fls. 1.118 a 1.160.

Elabora quadro no qual indica o número da folha do livro Registro de Entradas onde estão lançadas as notas fiscais anexadas.

Já o autuante, tratando as infrações 4 e 5 de forma conjunta, argumenta que, sendo verdadeiras as alegações defensivas, o próprio arquivo do contribuinte, em cujas informações se baseou para proceder ao levantamento, induziu-o ao erro, haja vista que os CFOPS encontrados registrados nas suas entradas totais dos exercícios de 2008 e 2009, diferem completamente daqueles constantes do demonstrativo ora acostados ao Auto de Infração. Para uma melhor apreciação anexou CD ROM onde figuram as entradas totais do contribuinte nos anos de 2008 e 2009 com os CFOPS e as notas fiscais em ordem crescente para uma melhor verificação.

Salienta que as mercadorias constantes das notas fiscais acostadas pela defesa, no intuito de comprovar tratar-se de material de embalagem, quedaram-se infrutíferas, já que se tratam, realmente, de material de uso e consumo, pois eram utilizadas no supermercado do contribuinte, apenas para colocar as compras dos seus clientes e não embalar as mesmas, ao abordar a infração 4.

Com efeito, o artigo 93, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97 vigente à época dos fatos geradores, assim determinava:

*“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:*

*I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:*

*a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;”*

De tal redação, percebe-se que o crédito fiscal poderia ser admitido, a princípio, na hipótese de aquisições de mercadorias para comercialização, incluídos materiais de embalagem.

Dos documentos fiscais trazidos em sede defensiva, se constata tratarem-se de sacolas, sacos picotados, filme, etiquetas, rolos tinteiros, o que enseja a aplicação de tal regra.

Além desses produtos, o documento de fl. 1.118, inserido neste item da autuação, como se denota no demonstrativo de fl. 352, não pode ser considerado como material de uso e consumo, e sim, de ativo imobilizado por se tratar de equipamento de selagem, conforme se denota no corpo da nota fiscal: *“selovac 200 modelo 200 II com duas barras de selagem e bomba de vácuo busch, voltagem 220. Monofásico”*.

Consultando o sitio da empresa vendedora de tal equipamento, [www.selovac.com.br](http://www.selovac.com.br) constato que *“A Selovac possui uma linha completa de equipamentos a vácuo capazes de atender os mais variados segmentos de mercado. Com constantes investimentos em tecnologia, buscamos em parceira com nossos clientes, desenvolver soluções em equipamentos a vácuo.*

*Além das máquinas a vácuo, possuímos nossas termoformadoras, linha de peças, bombas de vácuo e materiais de reposição”.*

Tal assertiva confirma ser a mercadoria não para uso e consumo, mas ativo imobilizado, sujeito a regra específica para apropriação do crédito fiscal.

Quanto à Nota Fiscal nº 998209, emitida por Vigor S. A. Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor, constante à fl. 1.134, constato se tratar de “Margarina 80% Amélia 15 Kg”, e “Creme Misto Culinário 12 x 1”, igualmente arrolados no demonstrativo da infração de fl. 352, e sendo o contribuinte autuado supermercado, a lógica, até prova em contrário, é o de que são mercadorias destinadas à venda. Poder-se-ia alegar que tal produto em embalagem de 15 Kg não seria apropriada para comercialização, diante de tal peso de apresentação, mas poderia ser utilizada como insumo para elaboração de pães, bolos ou doces, e consequentemente, ter o crédito

admitido.

Desta forma, devidamente comprovado que os produtos elencados pelo autuante possibilitam a apropriação do crédito fiscal pelo sujeito passivo, julgo a infração improcedente.

Quanto à infração 5, a sua base é o demonstrativo de fls. 356 a 359, sendo a tese defensiva a de que o autuante também cometeu enganos no levantamento das informações, diante da análise do livro Registro de Apuração do ICMS, no qual se verifica que a empresa não apropriou créditos nas aquisições de ativos permanentes em relação aos CFOP 1551 ou 2551, e a exemplo da infração anterior, o auditor fiscal assinalou com carimbo a verificação dos lançamentos dos créditos nos livros Registro de Apuração do ICMS.

Nesta, os argumentos do autuante, em sua informação fiscal, são os mesmos adotados para a infração anterior, sendo que neste caso, os documentos fiscais não vieram ao feito.

A simples negativa do sujeito passivo, sem qualquer outro elemento de prova que viesse a robustecer as alegações, tendo em vista que na sua peça nota-se que não teve o mesmo empenho e diligência em relação às demais infrações elencadas, trouxe apenas cópias do livro de entradas de mercadorias, que, ao seu entender, comprovariam que não se apropriara dos créditos fiscais nas operações com os Códigos Fiscais de Operações (CFOP) 1551 ou 2551.

Entendo que tal argumento é por demais frágil. Em primeiro lugar, não se questiona o CFOP da operação. Em segundo, nada impede que determinadas entradas, sejam escrituradas com outros CFOPs que possibilitem a apropriação do crédito fiscal, o que tudo indica ser a prática adotada pelo sujeito passivo, diante da falta de maiores elementos que viessem a descaracterizar a acusação, não se desincumbindo do seu ônus em provar a negativa do cometimento da infração de forma satisfatória.

Desta maneira, entendo perfeitamente aplicável o disposto no RPAF/99, artigos 142 e 143 do RPAF/99, os quais, respectivamente, estabelecem que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, motivo pelo qual julgo a infração procedente.

Por último, na infração 6, o sujeito passivo impugna os lançamentos sob o argumento de ter sido incluídos nos levantamentos produtos não alcançados pelo regime de substituição tributária, prevista no artigo 353 do RICMS-BA, apontando inconsistências nos levantamentos

Discute-se, como já visto, a falta de recolhimento do ICMS referente à substituição tributária de mercadorias elencadas nos anexos 88 e 89 do RICMS, além da arguição de cerceamento de defesa, já enfrentada anteriormente, no que o autuante, após exame de diversos argumentos e documentos trazidos devidamente pelo contribuinte, acatou-os parcialmente.

No caso dos preservativos, muito embora a tese defensiva seja a de que o produto preservativo seja isento, devidamente acatada pelo autuante, o RICMS/97 vigente à época dos fatos, no artigo 353, inciso II, determinava que também integram o regime de substituição tributária produtos farmacêuticos medicinais especificados no item 13.7 do inciso II do artigo 353, dentre os quais preservativos, na forma determinada nos Convênios ICMS 76/94 e Protocolo ICMS 105/09.

Ademais, a isenção reportada pelo sujeito passivo, não é incondicional, e sim, está sujeita a condicionante, conforme se denota da redação do artigo 32, inciso XVII do mencionado RICMS/97, na redação estabelecida pelo Decreto nº 10.333, de 26/04/07, com vigência até 31/10/2011, período abarcado pela fiscalização:

*“até 31/12/11, nas operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Convs. ICMS 116/98)”.*

Desta forma, contrariamente ao entendimento do autuado, no que o autuante concordou, o

produto preservativo à época dos fatos encontrava-se sujeito à substituição tributária, motivo pelo qual não poderia ser retirado do levantamento.

Tal fato poderia importar na realização de nova diligência, para reintegração dos valores relativos a tal produto no levantamento, todavia, em nome do princípio da economia processual, e à vista da quantidade de diligências já realizadas ao curso do demorado trâmite processual, faço tal ajuste, de plano, reincluindo as operações com preservativos, tomando como base o demonstrativo encartado no CD de fl. 1.892.

Quanto aos demais produtos inicialmente arrolados, ao longo da instrução processual as parcelas foram sendo ajustadas, tendo em vista o fato de que foram retirados diversos produtos indicados pela defesa, em suas diversas manifestações.

Da mesma forma, necessária a retirada do demonstrativo, do produto “lasanha”, diante da previsão contida no artigo 353, inciso II, item 11.4.1 - macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1;

Quanto à reclamação da manutenção do produto “tintas” no demonstrativo, tal alegação não foi constatada na planilha encartada à fl. 1.892, qual seja, a última acostada pelo autuante.

O mesmo diz respeito ao produto “carré de porco”, igualmente não localizado nas planilhas já depuradas elaboradas pelo autuante.

A retificação dos valores realizada pelo autuante detalhada nos demonstrativos de fls. 1.877 a 1.890, deve ser acolhida, com as ressalvas do produto preservativo e lasanha, por representar a verdade material trazida ao processo, diante da apresentação dos argumentos e documentos pelo sujeito passivo, e o acatamento por parte do autuante.

Isso, diante do fato de que produtos como balas, chocolates/ovos de páscoa e algodão serem produtos para os quais a legislação tributária impõe o pagamento do imposto por substituição tributária, nos termos do artigo 353, inciso II do RICMS/97, nos itens, 8.3 (até 31 de dezembro de 2008), 8.5 (com as NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00), e 13.3, respectivamente, apenas para mencionar estes, exemplificativamente.

Pelos motivos e argumentos expostos, julgo a infração 6 parcialmente procedente, na forma do seguinte demonstrativo:

2008	ICMS
Janeiro	R\$ 0,00
Fevereiro	R\$ 1.440,63
Março	R\$ 0,00
Abril	R\$ 919,34
Maio	R\$ 421,40
Junho	R\$ 174,29
Julho	R\$ 788,21
Agosto	R\$ 408,43
Setembro	R\$ 262,37
Outubro	R\$ 1.221,15
Novembro	R\$ 970,01
Dezembro	R\$ 805,46
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 7.411,29</b>

2009	ICMS
Janeiro	R\$ 0,00
Fevereiro	R\$ 784,33
Março	R\$ 0,00
Abril	R\$ 18,17
Maio	R\$ 0,00
Junho	R\$ 2.333,48
Julho	R\$ 165,83
Agosto	R\$ 0,00

Setembro	R\$ 353,27
Outubro	R\$ 720,32
Novembro	R\$ 2.179,97
Dezembro	R\$ 3.170,22
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 9.725,59</b>

Desta forma, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo:

<b>INF.</b>	<b>VLR. LANÇADO</b>	<b>VLR. JULGADO</b>	<b>RESULTADO</b>
01	R\$ 7.202,99	R\$ 411,21	PROC. EM PARTE
02	R\$ 79,55	R\$ 79,55	PROCEDENTE
03	R\$ 65.054,92	R\$ 0,00	IMPROCEDENTE
04	R\$ 6.006,90	R\$ 0,00	IMPROCEDENTE
05	R\$ 959,56	R\$ 959,56	PROCEDENTE
06	R\$ 39.152,48	R\$ 17.136,88	PROC. EM PARTE
<b>TOTAL</b>	<b>R\$118.456,40</b>	<b>R\$ 18.587,20</b>	

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **088502.0005/11-3** lavrado contra **CORREIA ANDRADE SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.587,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA