

A. I. N° - 293872.0001/16-7
AUTUADO - CANAÃ COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26.10.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0173-02/16

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Defesa comprovou erro no levantamento fiscal. Refeitos os cálculos pelo próprio autuante. Infração parcialmente procedente. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. Defesa comprovou erro no levantamento fiscal. Refeitos os cálculos pelo próprio autuante. Infração parcialmente mantida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Defesa comprovou erro no levantamento fiscal. Refeitos os cálculos pelo próprio autuante. Infração parcialmente mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/03/2016, para constituir o crédito tributário no valor de R\$1.524.990,69, em razão de:

Infração 01 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação de mercadorias regularmente escrituradas. Valor histórico autuado R\$22.070,78. Infração Demonstrada no Anexo I do PAF.

Infração 02 – 03.02.06 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Valor histórico autuado R\$9.161,19. Infração Demonstrada no Anexo II do PAF.

Infração 03 – 07.01.04 - Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 69 e 88. Valor histórico autuado R\$1.493.758,72. Infração Demonstrada no Anexo III do PAF. Foi anexado aos autos e também entregue ao contribuinte CD AUTENTICADO, contendo os demonstrativos desta infração, em razão do grande volume de registros.

O autuado impugnou parcial o lançamento tributário, a partir da folha 147 dos autos, aduz que se dedica, com habitualidade, a atividade econômica de "COMÉRCIO ATACADISTA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EM GERAL", e que suas operações estão sujeitas à sistemática da Substituição Tributária em relação ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS).

Reconhece que, eventualmente, pode ocorrer alguns equívocos na apuração do imposto a recolher mensalmente, até mesmo por conta das inúmeras operações, próprias do seu negócio de comércio atacadista, o contribuinte, ora autuado, por isso, não descuida do cumprimento das obrigações inerentes a esse imposto e demais obrigações tributárias. Porém, por não concordar (integralmente) com a decisão material ou a interpretação jurídica dada aos fatos pela Fiscalização, e por entender que vem procurando cumprir estritamente a legislação em vigor,

pede vênia para demonstrar a improcedência em parte da autuação e expor e requerer o quanto segue.

Como preliminar, aduz que não apresentará impugnação em relação às infrações 01 e 02, exceto nas operações com charque, porque a cobrança do ICMS da forma como laborou a Fiscalização reflete a realidade dos fatos. Por um erro temporário em seu sistema, os valores devidos em relação a alguns itens, após a redução da base de cálculo, nos termos do Decreto 7.799/2000, não foram corretamente apurados, e as respectivas notas fiscais de saída foram emitidas com a alíquota zerada.

No mérito, em relação às infrações 01 e 02, alega improcedência em parte da exigência das diferenças, recolhimento a menor do ICMS em razão de ter aplicado alíquota diversa daquela prevista na legislação, em relação ao produto “*Charque (JARKED BEEF)*”, pois na tributação de charque aplicam-se as alíquotas de 17% nas operações internas e de 12% nas operações interestaduais, mas a base de cálculo deve ser reduzida de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento), em relação às operações internas e Interestaduais, respectivamente, conforme o inciso XXXI do artigo 87 e o artigo 78-B, ambos do RICMS-BA, em vigor até 31.03.2012, conforme transcrito.

"Art. 87 - Redução da base de cálculo

...

XXXI - das operações internas com vinagre, charque e margarina, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento)."

"Art. 78-B. É reduzida a base de cálculo nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suíños, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento) do valor das operações (Conv. ICMS 89/05). Grifos da defesa.

Realça que na vigência do novo Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, Decreto 13.780/12, a partir de abril de 2012, as saídas interestaduais com charque permaneceram com a carga tributária reduzida para 7%, com previsão no art. 268, inciso XIV:

"Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

XIV - nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suíño, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento) do valor das operações (Conv. ICMS 89/05); Grifos da defesa.

Argumenta que, como se vê, o Estado da Bahia, exercendo a sua competência tributária, recepcionou em sua legislação, os termos do Convênio ICMS 89/05, autorizado que estava para reduzir a base de cálculo do ICMS, nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suíños, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento) do valor das operações.

Ressalta que nenhuma discussão resta sobre a inclusão do charque, como carne salgada que é, no mencionado Acordo, posto que é nesse mesmo sentido, o pensamento da doutrina especializada em benefícios fiscais e em particular, o posicionamento da própria Gerência Tributação do Estado da Bahia, do que se vê, no Parecer abaixo transcrito:

"PARECER Nº 10331/2009 DATA: 17/06/2009. ICMS. Na tributação de charque aplicam-se as alíquotas de 17% (dezessete por cento) nas operações internas e de 12% (doze por cento) nas operações interestaduais, mas a base de cálculo deve ser reduzida de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento), em relação às operações internas e Interestaduais, respectivamente, conforme o inciso XXXI do artigo 87 e o artigo 78-B, ambos do RICMS-BA em vigor.

A consultante, estabelecimento que tem entre suas atividades a de comércio atacadista de carnes, perguntando qual a alíquota incidente na venda de charque em operações internas e interestaduais.

RESPOSTA: Consultando o Regulamento do ICMS baiano em vigor verifica-se que o charque é tributado aplicando-se nas saídas internas a alíquota de 17% (dezessete por cento) e saídas com destino a outras unidades federadas a alíquota interestadual de 12% (doze por cento). No entanto, nos termos do artigo 78-B

e do inciso XXXI do artigo 87, ambos do RICMS-BA em vigor, em relação às operações interestaduais e internas, respectivamente, a base de cálculo deve ser reduzida de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento). Assim sendo, na emissão do documento fiscal, embora o preço e o valor da operação devam ser os valores realmente praticados, o valor tomado como base para o cálculo do ICMS devido deverá ser aquele que multiplicado por 17% (dezessete por cento) nas operações internas, ou 12% (doze por cento) nas operações interestaduais, resulte em um valor que represente 7% (sete por cento) do valor real da operação. É o parecer Parecerista: CESAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA GECOT/Gerente: 19/06/2009 – SANDRA URANIA SILVA ANDRADE DITRI/Diretor: 19/06/2009 - JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA"

Portanto, entende que deve ser excluída do Auto de Infração a cobrança dos valores que recaíram sobre as operações com o charque remetido para outros Estados, porque tal exigência atinge o direito do contribuinte, que agiu corretamente como lhe autorizou a legislação do ICMS e, fazendo incidir sobre as saídas interestaduais uma carga tributária de 7% e não 12% como entendeu o Auditor Fiscal.

Em relação à infração 03, consigna que várias operações alcançadas pela Fiscalização não são aptas a impor a Autuada a exigência da diferença do respectivo ICMS-ST e não podem prosperar, porque desgarradas do evento "**operações subsequentes**", que autorizam a exigência do ICMS-ST. Frisa que as situações explicitadas a seguir comprovarão as assertivas da autuada, desconstruindo em parte os valores identificados no presente Auto de Infração, na forma a seguir destacada:

Salienta que, não obstante, o trabalho da fiscalização, o mesmo não se desincumbiu da observação do desfazimento de algumas operações, tais como: cancelamento, devolução, mercadorias fora do regime da substituição tributária, mercadorias cujo pagamento foi feito através de GNRE, entre outras situações, que acabou por gerar cobrança do imposto, indevido. E isto porque no novo modelo de fiscalização, a auditoria é feita eletronicamente, sem a análise, a pesquisa, o exame necessário na documentação que sustenta os próprios registros. O resultado é que a ação fiscal não conseguiu identificar as situações em que não existiu o fato gerador da antecipação tributária. Consequentemente, para tais casos, não há que se falar em qualquer complemento, ou recolhimento a menos do ICMS-ST, que seja devido pela Autuada, como quer fazer crer o Fisco por meio do seu "ANEXO III" que compõem o AI.

Entende ser imperioso a exposição dos seguintes casos:

- I - Cancelamento da nota fiscal constante no demonstrativo fiscal, cujos documentos de prova se encontram anexos ao presente Auto de Infração.*
- II - Devolução das mercadorias adquirida e incabível a exigência do ICMS-ST*
- III - Pagamento feito através da GNRE (Guia nacional de recolhimento de tributos estaduais)*
- IV - Notas fiscais de mercadorias tributáveis, tanto é assim, que está sendo exigido o ICMS ST, cujo ICMS incidente na operação original não foi destacado ou o destaque foi feito em nota fiscal apartada, não considerada pelo Auditor Fiscal. Ainda, quando não haja o destaque em apartado, o crédito é legítimo e legal sob pena de ofensa ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS (art. 155, §2º, I da Constituição Federal de 1988).*
- V - mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária*
- VI - mercadorias ingressadas no estabelecimento autuado somente em janeiro de 2014, lançado no demonstrativo fiscal, equivocadamente, como se tivesse ingressado ainda em dezembro de 2013.*

Prosseguindo, passou a apontar os equívocos, nota a nota, para concluir que as parcelas neste Auto de Infração consubstanciadas nas situações defendidas na presente impugnação, não se sustentam.

Ao final, requer em relação às **infrações 01, 02** a exclusão da exigência do produto charque; em relação à **infração 03**, para a exclusão dos valores e das operações que foram desfeitas, canceladas, devolvidas; dos créditos fiscais desconsiderados; das mercadorias que não estavam enquadradas no sistema de substituição tributária ou das mercadorias que adentraram no estabelecimento autuado, somente após o período da fiscalização e, devem, todos esses casos serem excluídos.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 289 e 290, em relação às infrações 01 e 02, reconhece a existência um equívoco na autuação relativo a cobrança das operações interestaduais, uma vez que a carga tributária final, nestes casos, é de 7% e não 12%. Desta forma, o argumento defensivo foi parcialmente acolhido. As operações internas com "charque" foram corretamente mantidas na infração 01, uma vez que o autuado aplicou alíquota "0" nestas operações e não "7%" como é devido.

Destaca que, dessa forma, após a exclusão das operações interestaduais com "charque", a infração 01 fica reduzida para R\$ 21.875,39 e a infração 02 para o montante de R\$ 3.035,53, conforme demonstrativos, fls. 242 a 245.

Em relação à infração 03, assegura que foram analisadas as razões da defesa e as notas fiscais cujas operações o autuado não concorda com a autuação, em seguida chegou as seguintes conclusões:

- *No caso de ocorrer devolução total, parcial ou desfazimento do negócio, tendo o adquirente recolhido o imposto por antecipação, o §5º do Art. 299 do RICMS/2012 orienta que 'o ressarcimento do imposto antecipado, quando cabível, será feito mediante pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal'.*
- *Todas as mercadorias constantes da infração 03 estão enquadradas no regime de substituição tributária.*
- *O autuado comprovou que as seguintes notas fiscais foram canceladas pelo emitente, em razão disso, serão excluídas da infração 03. Notas fiscais nº 40268; 527590; 529652; 182015; 598479; 598480; 34681; 117221; 745984; 745985; 760781; 760782; 291938; 190887 e 101817.*
- *Em relação às notas fiscais nº 25997;42092;2345;49125 e 101818, o autuado comprovou que a devolução das mercadorias ocorreu antes do prazo exigido para pagamento do imposto antecipado, desta forma, acatamos os argumentos defensivos e excluímos as referidas notas fiscais da infração 03.*
- *foram acolhidas as alegações da defesa referentes às notas fiscais nº 139116, 140390 e 2939189, sendo excluídas do demonstrativo da infração.*
- *No caso das notas fiscais nº 48060;48400;22981;24784;49011;49436;51461 e 92612, concluímos que o fato do emitente não ter destacado o imposto referente às operações não desonera o adquirente do recolhimento do imposto antecipado. O contribuinte deveria solicitar ao emitente uma nota fiscal complementar contendo o destaque do imposto. Desta forma, não acolhemos os argumentos defensivos referentes a estas notas fiscais.*
- *Ficou comprovado que as referidas notas fiscais foram escrituradas no exercício seguinte à autuação e serão excluídas do demonstrativo da infração 03. Notas fiscais nº 65867;75986;76505;59984;9736 e 65827.*

Destaca que, após as alterações apresentadas, à infração 03 fica reduzida para o montante de R\$1.256.130,99, conforme demonstrativos acostado a informação fiscal, fl. 247 e 248 dos autos.

Ao final, opina pela parcialmente procedente das infrações 01, 02 e 03 nos valores de R\$21.875,39, R\$3.035,53 e R\$1.256.130,99, respectivamente.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal, dos novos levantamentos e demonstrativos, sendo intimado para se manifestar.

Em nova manifestação defensiva, fls. 252 a 256, frisa que após a defesa impetrada, o auditor Fiscal acatou parcialmente as alegações feitas, em razão das supostas irregularidades acima descritas, mantendo porém parte da exigência, na infração 03, em relação às notas fiscais 480060, 48400, 22981, 24784, 49011, 49436, 41462 e 92612, sob o argumento de o emitente da nota fiscal não ter efetuado o destaque do ICMS, nem ter emitido nota fiscal complementar e que esse fato não desonera o contribuinte, ora autuado, do recolhimento do ICMS antecipado.

Esclarece que não houve qualquer desoneração do pagamento do ICMS antecipação parcial, nesses casos. O que ocorreu é que a fiscalização entendeu (e continua entendendo) que a falta de destaque do ICMS no corpo de tais documentos fiscais retira do contribuinte autuado o direito constitucionalmente estabelecido do valor do crédito fiscal.

Destaca que, ao analisar a manifestação fiscal, denota-se que a autoridade fiscalizadora não se atentou para o princípio da não-cumulatividade, previsto no Art. 155, II, §2º, II, alínea b, em que se estabelece que o imposto que for devido em virtude de operação anterior gera crédito para a

operação seguinte, mesmo que interestadual, atendidos os requisitos constitucionais, bem como as previsões das leis complementares e convênios.

Aduz que a prescrição constitucional da não-cumulatividade se realiza se compensando o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, outra não pode ser a assertiva, está a exigir a aplicação de um eficiente sistema de abatimentos, de deduções dos créditos apurados nas operações anteriores para compensação nas seguintes.

Assegura que a manutenção da exigência em relação às notas fiscais consignadas pela fiscalização, nessa infração 03, é absolutamente impertinente e não deve ser tolerada.

Ao final, requer que seja revista a manutenção pretendida pelo Auditor Fiscal, em sua Informação, em relação à infração 03.

Em nova informação fiscal, fl. 261, o autuante destaca que a defesa não apresentou nenhum fato novo e não apresentou qualquer documentação fiscal, dessa forma reitera que não concorda com o argumento defensivo, mantendo os termos da informação anterior.

Às folhas 263 a 267, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Parcelamento PAF, constando o pagamento do valor histórico de R\$ 1.256.429,40, correspondente aos valores reconhecidos.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 03 (três) infrações.

Em sua defesa o autuado registra que sua impugnação é parcial, reconhecendo que, eventualmente, ocorreu alguns equívocos na apuração do imposto a recolher mensalmente, até mesmo por conta das inúmeras operações, próprias do seu negócio de comércio atacadista.

Em relação às infrações 01 e 02, alegou improcedência em parte das mesmas, impugnando as cobranças relativas ao produto “*Charque (JARKED BEEF)*”, argumentando que na tributação se aplicam as alíquotas de 17% nas operações internas e de 12% nas operações interestaduais, mas a base de cálculo deve ser reduzida de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento), em relação às operações internas e Interestaduais, respectivamente, conforme o inciso XXXI do artigo 87 e o artigo 78-B, ambos do RICMS-BA, em vigor até 31.03.2012.

Entendo que o argumento defensivo deve ser parcialmente acolhido, uma vez que o próprio autuante, na informação fiscal, reconheceu a existência de equívoco na autuação relativo a cobrança das operações interestaduais, uma vez que a carga tributária final, nestes casos, é de 7% e não 12%. Logo, o argumento defensivo, nesta parte, fica acolhido.

Entretanto, em relação as operações internas, não cabe acolhimento ao pleito defensivo, uma vez que o autuado aplicou alíquota “0” nestas operações e não “7%” como é devido.

Logo, acato o resultado da revisão fiscal, após a exclusão das operações interestaduais com “charque”, que resultou na redução do valor autuado na infração 01 para R\$21.875,39 e na infração 02 para o montante de R\$3.035,53, conforme demonstrativos, fls. 242 a 245.

Ademais, devo ressaltar que, diante da revisão fiscal, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo sendo informado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou, em relação aos novos valores relativos às infrações 01 e 02. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina que “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*”.

Infrações 01 e 02 parcialmente mantidas.

No tocante à infração 03, o autuado, assim como nas infrações anteriores, impugnou

parcialmente o valor autuado, apontando diversos argumentos, já relatados, os quais passou ao exame.

Acolho o argumento defensivo no tocante às Notas fiscais nºs 65867;75986;76505;59984;9736 e 65827, uma vez que restou comprovado que foram notas fiscais escrituradas no exercício seguinte ao período objeto da autuado em lide, fato que foi constado pelo próprio fiscal autuante, quando da sua informação fiscal. Portanto, ficam excluídas da autuação.

Também acolho o argumento defensivo em relação às notas fiscais nºs 25997; 42092; 2345; 49125 e 101818, uma vez que o autuado comprovou que a devolução das mercadorias ocorreu antes do prazo exigido para pagamento do imposto antecipado. Fato que foi constado pelo próprio fiscal autuante, quando da sua informação fiscal. Portanto, ficam excluídas da autuação.

Igualmente, acato o argumento defensivo no tocante às Notas fiscais nºs 40268; 527590; 529652; 182015; 598479; 598480; 34681; 117221; 745984; 745985; 760781; 760782; 291938; 190887 e 101817, pois restou comprovado que foram canceladas pelo emitente, fato que foi constado pelo próprio fiscal autuante, quando da sua informação fiscal. Portanto, ficam excluídas da autuação.

Acato, ainda, o argumento defensivo em relação às Notas Fiscais nºs 139116, 140390 e 2939189, pois restou comprovado que foi recolhido o imposto mediante *GNRE*, fato que foi constado pelo próprio fiscal autuante, quando da sua informação fiscal. Portanto, ficam excluídas da autuação.

Não acato o argumento defensivo de que existem mercadorias no levantamento fiscal que não são enquadradas na substituição tributárias, conforme abaixo transcrito da defesa do sujeito passivo:

“V - mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária.”

Pois se trata de uma alegação genérica, uma vez que, de posse dos levantamentos fiscais, caberia ao contribuinte autuado apontar, de forma objetiva, quais seriam essas mercadorias e em que nota fiscal constam do levantamento que embasou a autuação.

Devo registrar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

O contribuinte autuado se manifestou em 03 (três) oportunidades.

Na primeira, em sua defesa inicial, a partir da folha 147 dos autos, onde alega, genericamente, que: *V - mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária. Sem apontar de forma objetiva, quais seriam essas mercadorias e em que nota fiscal constam do levantamento que embasou a autuação.*

Tal alegação defensiva foi rebatida pelo autuante ao afirmar que todas as mercadorias objeto da autuação estavam enquadradas na substituição tributária.

Na segunda manifestação defensiva, folhas 252 a 256 dos autos, após receber cópia da informação fiscal, na qual o autuante afirmou que todas as mercadorias objeto da autuação estavam enquadradas na substituição tributária, **o contribuinte autuado silenciou sobre a alegação do autuante.**

Em respeito ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, EM VIGOR até a presente data, interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, transcrevo o artigo 140 do citado regulamento:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Na terceira manifestação defensiva, de igual modo, na Fase de Sustentação Oral, o contador do autuado nada falou em relação ao referido tema.

Assim, entendo que caberia ao autuando, em suas manifestações defensivas, ter apontado, de forma objetiva, quais seriam essas mercadorias e em quais notas fiscais constam do levantamento que embasou a autuação.

Igualmente não acato o argumento defensivo relativo às *Notas Fiscais* nº 48060; 48400; 22981; 24784; 49011; 49436; 51461 e 92612, uma vez que o fato do emitente não ter destacado o imposto referente às operações não desonera o adquirente de realizar o recolhimento do imposto antecipado. Para ter direito ao crédito fiscal, caberia ao sujeito passivo solicitar ao remetente emitir uma nota fiscal complementar contendo o destaque do imposto, com bem ressaltou o autuante em sua primeira informação fiscal.

No tocante a arguição de inconstitucionalidade em relação ao crédito não destacado nos documentos fiscal, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstendo de manifestar a respeito.

Por fim, cabe ressaltar que no caso de ocorrer devolução total, parcial ou desfazimento do negócio, tendo o adquirente recolhido o imposto por antecipação, o §5º do artigo 299 do RICMS/2012 orienta que o resarcimento do imposto antecipado, quando cabível, será feito mediante pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Por tudo acima exposto, acolho integralmente o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante, quando da informação fiscal, ficando à infração 03 parcialmente caracterizada no valor de R\$1.256.130,99, conforme demonstrativos às folhas 247 e 248 dos autos.

Voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	21.875,39
2	PROCEDENTE EM PARTE	3.035,53
3	PROCEDENTE EM PARTE	1.256.130,99
TOTAL		1.281.041,91

Entretanto, após este Relator prolatar o voto, inclusive tendo apontado o valor devido para as infrações, e após o ilustre Julgador ÁLVARO BARRETO VIEIRA, ter proferido seu voto, concordando com o voto do Relator, sem ressalva, o representante do contribuinte autuado requereu a palavra ao ilustre Presidente da Junta JOSÉ CARLOS BACELAR, a qual lhe foi concedida, em decisão monocrática do Presidente, ocasião em que a defesa retorna ao argumento, repito, apresentado apenas na manifestação defensiva inicial, sobre a existência de mercadorias não enquadradas na substituição tributária.

Entendo que nessa fase processual, fase de votação, **após a prolação do voto do Relator e do ilustre Julgador ÁLVARO BARRETO VIEIRA**, não cabe mais análise de questão defensiva, que foi rebatida na primeira informação fiscal, da qual o autuado recebeu cópia e se manifestou, entretanto, tenha silenciado sobre esse tema especificamente.

Por tais razões, mantendo meu voto, prolatado anteriormente, pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	21.875,39
2	PROCEDENTE EM PARTE	3.035,53
3	PROCEDENTE EM PARTE	1.256.130,99
TOTAL		1.281.041,91

VOTO EM SEPARADO (Quanto à fundamentação da Infração 3)

Acompanho o voto do ilustre relator quanto às Infrações 1 e 2 sem qualquer ressalva. Também sigo a decisão do relator no que tange à Infração 3, porém, no que tange à fundamentação de seu voto, peço licença para acrescentar uma consideração acerca da suposta existência, no levantamento do autuante, de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária.

Na sessão de julgamento, após a leitura do voto do relator e antes da leitura do voto do senhor presidente da 2ª JJF, com fulcro nos princípios da ampla defesa e da verdade material, bem como na possibilidade de o julgador mudar o seu voto antes de promulgado o resultado do julgamento, perguntei ao representante do autuado presente à sessão de julgamento se ele poderia apontar quais as notas fiscais que seriam referentes a mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, conforme fora alegado na defesa.

Com muita dificuldade para localizar essas notas fiscais, o representante do autuado, depois de certo tempo manuseando o processo, afirmou que as fotocópias dessas notas fiscais estavam acostadas às fls. 189 e 190 dos autos.

Examinei esses elementos probantes trazidos na impugnação, porém não fiquei convicto da procedência do argumento defensivo, pois as fotocópias apresentadas se mostravam ilegíveis, impedindo que pudesse aferir se essas notas fiscais efetivamente constaram no levantamento originalmente efetuado pelo autuante. Dessa forma, não acato o argumento defensivo quanto à suposta existência de mercadoria não enquadrada no regime de substituição tributária, uma vez que a prova trazida na impugnação não serve como sustentáculo à tese defensiva.

Feita a observação acima quanto à suposta existência de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, acompanho o posicionamento do ilustre relator no que tange aos demais argumentos defensivos sem qualquer ressalva.

Em face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$1.281.041,91, conforme o demonstrativo apresentado pelo relator ao final do seu voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293872.0001/16-7**, lavrado contra **CANAÃ COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.281.041,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, homologando-se os valores recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR/VOTO EM SEPARADO