

**A. I. Nº** - 281401.0075/14-5  
**AUTUADO** - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA. - ME  
**AUTUANTE** - LÍDIO CELESTINO CONCEIÇÃO  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 12.04.2017

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0037-04/17**

**EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. a) AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração insubsistente. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração procedente em parte 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) ESTORNO DE CRÉDITO. ENTRADAS DE MERCADORIAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO EM VALOR PROPORCIONAL À REDUÇÃO. Infração procedente. b) RECOLHIMENTO A MENOR. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. A) OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL E ESCRITURAÇÃO. REGISTRO DE ENTRADA INFERIOR AO DA SAÍDA. b) DIFERENÇAS DE ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA – ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL. RECURSOS PROVENIENTES DE OPERAÇÕES NÃO CONTABILIZADAS. Infração 6 nula. d) MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DAS ENTRADAS. e.1) RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. e.2) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MVA. PARCELA DE CRÉDITO FISCAL. As infrações relativas ao levantamento quantitativo de estoques foram realizadas com base nos arquivos magnético, SINTEGRA, quando o sujeito passivo estava desobrigado de entrega-los por utilizar o SPED, a partir de 01/01/2012. Infrações nulas. 3. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. SUPRIMENTO DE CAIXA NÃO CONTABILIZADA. Infração procedente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE OUTRA UNIDADE FEDERADA E/OU DO EXTERIOR. Infração não elidida. 5. FALTA DE RETENÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. VENDAS REALIZADAS PARA OUTRO ESTADO FEDERATIVO. Infração procedente. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2014, exige ICMS no valor de R\$195.602,87 em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Conforme demonstrativo e documento anexo, no mês de abril de 2013. Valor Histórico: R\$14,50 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Conforme demonstrativo e

documento anexo, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro, março a dezembro de 2013. Valor Histórico: R\$46.693,35 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Conforme demonstrativo e documento anexo, nos meses de julho de 2012, junho, agosto a dezembro de 2013. Valor Histórico: R\$9.070,22 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 - Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Conforme demonstrativo e documento anexo, nos meses de junho, julho de 2012 e setembro de 2013. Valor Histórico: R\$41,06 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Conforme demonstrativo e documento anexo, no mês de dezembro de 2012. Valor Histórico: R\$6.194,79 - Multa de 100%;

INFRAÇÃO 6 - Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- a das operações de entrada- com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Conforme demonstrativo e documento anexo, no mês de dezembro de 2013. Valor Histórico: R\$8.935,62 - Multa de 100%;

INFRAÇÃO 7 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Conforme demonstrativo e documento anexo, nos meses de dezembro de 2012 e 2013. Valor Histórico: R\$15.459,51 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 8 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Conforme demonstrativo e documento anexo, nos meses de dezembro de 2012. Valor Histórico: R\$9.751,54 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 9 - Omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de suprimento de caixa de origem não comprovada. Conforme demonstrativo e documento anexo, nos meses de julho e agosto de 2012. Valor Histórico: R\$ 34.236,01 - Multa de 100%;

INFRAÇÃO 10 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Conforme demonstrativo e documento anexo, nos meses de janeiro a novembro de 2012 e fevereiro a dezembro de 2013. Valor Histórico: R\$54.605,45 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 11 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Conforme demonstrativo e

documento anexo, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013. Valor Histórico: R\$10.600,82 - Multa de 60%;

O autuado ingressa com defesa, fls. 767 a 801, e aduz que as infrações imputadas não merecem prosperar. Assim, na infração 1, o autuante não levou em consideração o fato de que houve o estorno integral do crédito através da emissão da Nota Fiscal de Saída nº 105399 (doc.04). Assim procedeu ao estorno integral do referido crédito, não há o que se falar em utilização do mesmo.

Quanto à infração 2, que atribui ao contribuinte a suposta conduta ilegal de se utilizar indevidamente de Crédito Fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com suposto pagamento de imposto por antecipação tributária, restará demonstrado que diversas mercadorias listadas pela Autoridade Autuante são produtos normais que não se sujeitam ao regime da Substituição Tributária e, portanto, não foram adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. No caso em análise, este Impugnante foi Autuado pela suposta conduta de se utilizar indevidamente de Crédito Fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com o suposto pagamento de Imposto por antecipação tributária.

Adverte que os erros aqui demonstrados são meramente exemplificativos, que não tem a intenção e nem seria capaz de esgotar toda a matéria defensiva nesta Impugnação, mesmo porque teve o prazo de apenas 30 dias para desvendar e impugnar individualmente todos os erros cometidos.

Aponta que no mês de janeiro/2012 a Autoridade Autuante considerou como produtos sujeitos ao Regime de Substituição Tributária Barras de Chocolate com mais de 1kg (Nota Fiscal nº 55120). Ocorre que, o artigo 353 do RICMS/97 (dispositivo normativo vigente até março de 2012 e aplicável à época do fato) somente elenca como mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (e, por conseguinte, alvo do recolhimento de ICMS por antecipação) os chocolates prontos para o consumo. Contudo, as mencionadas mercadorias não constituem chocolates prontos para o consumo, mas sim, coberturas para a fabricação. Prova disso, é que o peso do mencionado produto é 1kg (um quilo).

Inclusive, tal entendimento já foi consolidado por este Egrégio Órgão Fiscal – tanto em primeira, como em segunda instância – como se extrai do Acórdão CJF nº 0286/12/12 exarado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), referente ao Auto de Infração nº 149269.0006/11-2.

Destarte, o mencionado produto não se enquadra no regime de Substituição Tributária, não havendo que se falar assim, na irregularidade deste Contribuinte de se utilizar do Crédito Fiscal referente a tais mercadorias, vez que elas não se submetem ao pagamento do imposto por antecipação tributária.

Importante ressaltar que o mesmo equívoco se repete em diversas Notas Fiscais em diversos meses, tais como Notas Fiscais nºs 55119, 55120, 113554, 114240, 114573, 58215, 31608, 8629, 61428 e 133860.

Ademais, compulsando o Anexo do Auto de Infração, referente à Infração 2, observa-se que no mês de janeiro/2012 a Autoridade Autuante considerou como produtos sujeitos ao Regime de Substituição Tributária os Caramelos e Confeitos de NCM 17049020 (Nota Fiscal nº 61478).

Uma breve análise do artigo 353, inciso II, do RICMS/97 e do RICMS/2012 permite a conclusão de que Caramelos NCM 17049020, não se submetem ao regime de Substituição Tributária desde 01/01/2009.

Diante da análise das informações acima transcritas, infere-se que as os Caramelos e Confeitos de NCM 17049020 estão fora do regime de substituição tributária desde 01/01/09 (não configurando atualmente hipótese de recolhimento de ICMS por antecipação).

Ressalta que o mesmo equívoco se repete em diversas Notas Fiscais em diversos meses (Doc. 06), conforme planilha de fl. 774.

Ademais, compulsando o Anexo do Auto de Infração, referente à Infração 2, observa-se que no mês de maio/2013 a Autoridade Autuante considerou como produto sujeito ao Regime de Substituição Tributária o Isqueiro Recarregável de NCM 96132000 (Nota Fiscal nº 21293).

Uma breve análise do Anexo I do Novo Regulamento do ICMS permite a conclusão de que só se submetem ao Regime da Substituição Tributária os Isqueiros não recarregáveis de NCM 8212201. Por sua vez, os Isqueiros Recarregáveis de NCM 96132000 não se submetem ao regime de Substituição Tributária, não se submetem ao pagamento do imposto por antecipação tributária.

Salienta que o mesmo equívoco se repete em mais de uma Nota Fiscal, tais como Notas Fiscais nºs 21293, 22786, 22787, 23063 e 23064.

Como se não bastasse, compulsando o Anexo do Auto de Infração, referente à Infração 2, observa-se que no mês de junho/2013 o autuante considerou como produto sujeito ao Regime de Substituição Tributária o Achocolatado de NCM 04039000 (Nota Fiscal nº 24670).

Contudo, uma breve análise do Anexo I do Novo Regulamento do ICMS permite a conclusão de que os Achocolatados de NCM 04039000 são produtos regulares que não se submetem ao Regime da Substituição Tributária, logo não se submetem ao pagamento do imposto por antecipação tributária.

Aponta que o mesmo equívoco se repete em mais de uma Nota Fiscal, tais como Notas Fiscais nºs 24670 e 25835.

Por tais motivos utilizou corretamente o Crédito Fiscal de ICMS referente a tais produtos.

Destarte, forçoso concluir que a Infração 2 não merece prosperar, posto que eivada por vícios decorrentes da exigência de valores manifestamente indevidos.

Conforme a descrição da Infração 3, imputa-se a este contribuinte a suposta conduta ilegal de deixar de efetuar o estorno do Crédito Fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Por sua vez, conforme a descrição da Infração 4, constante no Auto de Infração nº 281401.0075/14-5, imputa-se a este Contribuinte a suposta conduta ilegal de recolher a menor o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da base de cálculo.

Explica que, no momento de formalizar as duas infrações, a Autoridade Fiscal glosou o Crédito integralmente, quando na verdade deveria abater o estorno feito na saída das mercadorias (Doc. 07). Nesse sentido, o Ilustre Auditor Fiscal não considerou o estorno proporcional do Crédito no momento da saída da mercadoria, lavrando a Infração com o valor do Crédito Integral.

Conclui que a Infrações 3 e 4 não merecem prosperar, posto que manifestamente eivadas por vícios decorrentes da exigência de valores manifestamente indevidos.

No que diz respeito à infração 5, em breve síntese, a esta pessoa jurídica é imputada a falta de recolhimento de ICMS decorrente de omissões de saída, sem a consequente emissão de documento fiscal.

Destaca que a Escrituração Fiscal Digital – EFD, disposta no artigo 247 e seguinte do RICMS/BA, é um dos subprojetos do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED e constitui num arquivo digital com um conjunto de informações referentes às operações, prestações de serviços e apuração de imposto do contribuinte, substituindo inclusive os seguintes livros fiscais: (i) Registro de Entradas; (ii) Registro de Saídas; (iii) Registro de Inventário; (iv) Registro de Apuração de ICMS; (v) Registro de Apuração de IPI; (vi) Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

O SPED foi instituído pelo Convênio ICMS 143/2006, dispondo em sua Cláusula Terceira que o mesmo é obrigatório para todos os contribuintes do ICMS, ou do Imposto sobre Produtos Industrializado – IPI, enquadrando-se esta pessoa jurídica, portanto, na primeira hipótese.

No parágrafo 2º da mesma Cláusula ainda é disposto que a unidade federada poderá dispensar a entrega de documentos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95 (SINTEGRA).

No RICMS/BA, o SPED foi previsto entre os artigos 247 e 253, sendo que neste último foi expressamente prevista a desobrigatoriedade de que o contribuinte realize ainda a escrituração fiscal prevista pelo Convênio ICMS 57/95 (SINTEGRA), a partir de 1º de janeiro de 2012.

Em resumo, o SINTEGRA – Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços, anteriormente implantado com a finalidade de facilitar o fornecimento de informações de contribuintes aos fiscos estaduais e de aprimorar o fluxo de dados nas Administrações Tributárias, foi substituído pelo Sistema Público de Escrituração Digital – SPED.

Pois bem, ultrapassadas as premissas acima abordadas, assevere-se que a presente infração foi fiscalizada utilizando-se como base nos dados fiscais gerado pelo SINTEGRA, uma vez que assim foi requerido pelo Il. Auditor Fiscal que lavrou o presente Auto de Infração, olvidando-se, contudo, do fato de que esta pessoa jurídica se encontra desobrigada da entrega desse arquivo desde no ano calendário de 2011 e que o período fiscalizado corresponde aos exercícios de 2012 e 2013, razão pela qual desde logo deve ser considerada nula a referida infração por não ter sido realizada em arquivo digital fiscal idôneo de acordo com a legislação tributária em vigor.

Não bastasse a nulidade já relatada, destaque-se ainda que a referida infração foi tipificada com base na Portaria nº 445/1998 da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em que o percentual da multa prevista para tal infração é de 70% (Art. 13, I), ao passo que o autuante aplicou a multa de 100%.

Conclui que a presente infração sequer deve subsistir, uma vez que a mesma foi apurada com base em documentos fiscais solicitados pelo Il. Auditor Fiscalizador os quais esta pessoa jurídica está desobrigada a entregar desde o dia 01.12.2012 consoante previsão legal do artigo 253 do RICMS/BA.

Acaso ultrapassado o pleito anterior, o que não se espera, pugna pela retificação do percentual da multa imposta nos moldes do art. 13, I, da Portaria nº 445/08 da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sob pena de afronta ao princípio da reserva legal.

Quanto às infrações 6, 7, 8, o impugnante traz os mesmo argumentos acima expostos, relativo à infração 5, uma vez que esta pessoa jurídica se encontra desobrigada da entrega do arquivo magnético, desde o ano calendário de 2011, e o período fiscalizado corresponde aos exercícios de 2012 e de 2013. Pede a anulação das infrações. Pede a aplicação da multa de 70% prevista na Portaria nº 445/98, para as infrações 6, 7.

No que pertine à infração 9, relativa à acusação de suprimento de caixa de origem não comprovada, o autuante ao apurar a contabilidade desta Defendente, visualizou uma conta denominada “*empréstimo*”, devidamente registrada e comprovada entre esta pessoa jurídica e a pessoa jurídica Cristal News, decorrente de uma transação de Mútuo, instrumentalizada mediante um contrato de mútuo realizado entre tais pessoas jurídicas.

Portanto, a primeira premissa a ser estabelecida é de que o Contrato de Mútuo (Doc. 08) apresentado na fiscalização é instrumento hábil e idôneo para garantir a escrituração da referida conta, mormente em cumprimento aos princípios contábeis da Competência e do Registro pelo Valor Original.

Ademais, o próprio extrato do Banco Itaú, da conta de titularidade desta pessoa jurídica, dentre o período julho/2012 a dezembro/2013 demonstra as saídas de recursos financeiros para amortização das 07 (sete) parcelas decorrentes do mutuo efetuado em favor desta Defendente, veja-se:

20/09/2012 – Pagamento parcela 1/7

19/12/2012 - Pagamento parcela 2/7

18/01/2013 - Pagamento parcela 3/7

05/02/2013 - Pagamento parcela 4/7

18/03/2013 - Pagamento parcela 5/7

30/04/2013 - Pagamento parcela 6/7

31/05/2013 - Pagamento parcela 7/7

Deste modo, aduz que ressuma clarividente a total improcedência da presente infração, uma vez que a presente conta foi legalmente escriturada bem como todas as origens e saídas de recursos financeiros estão devidamente comprovados, não havendo motivos para se presumir uma omissão de saída.

Na infração 10, como restará demonstrado, sustenta que diversas mercadorias listadas pela Autoridade Autuante são produtos normais que não se sujeitam ao regime da Substituição Tributária, logo a infração não merece prosperar.

Sustenta que os exemplos que traz são exemplificativos, e observa que no mês de janeiro/2012 a Autoridade Autuante considerou como produtos sujeitos ao Regime de Substituição Tributária Barras de Chocolate com mais de 1kg (Nota Fiscal 55120), que não é chocolate pronto para o consumo.

Reitera as razões apresentadas na infração 1 para a mesma mercadoria.

Ressalta que o mesmo equívoco se repete em diversas Notas Fiscais em diversos meses, tais como Notas Fiscais nºs 55119, 55120, 113554, 114240, 114573, 58215, 31608, 8629, 61428 e 133860.

Ademais, também foram considerados como produtos sujeitos ao Regime de Substituição Tributária os Caramelos e Confeitos de NCM 17049020 (Nota Fiscal 61478), que não estão submetidos ao regime de Substituição Tributária, desde 01/01/09.

Equívoco que se repete em diversas notas fiscais, tais como Notas Fiscais nºs 55119, 58215, 61428, 71834 e 75183.

Como se não bastasse, foram incluídos no valor da mencionada Infração, Notas Fiscais cujo Imposto já havia sido PAGO; PARCELADO; RECOLHIDO ANTECIPADAMENTE ou DEVOLVIDO INTEGRALMENTE.

Ressalta que o mesmo equívoco se repete em diversas notas fiscais espalhadas por diversos meses, conforme planilha em anexo. Desde já, ressalta que todas as alegações feitas a seguir encontram-se devidamente comprovadas através da documentação colacionada em anexo (Doc. 09), conforme quadro de fl. 797.

Conclui no sentido de que inúmeros produtos discriminados na Infração 10 estão manifestamente fora do Regime de Substituição Tributária e não se submetem ao pagamento do ICMS por antecipação. Ou então, apesar de se submeterem ao Regime de Substituição, já foram pagos; parcelados; recolhidos antecipadamente ou devolvidos integralmente.

Na infração 11, verifica-se que tais operações de saída, apontadas na infração, foram realizadas para pessoas físicas/jurídicas ISENTAS, uma vez que sequer podem ser os mesmos chamados de contribuintes, na medida em que não se subsumem a previsão legal descrita no artigo 5º da Lei Estadual nº 7014/96.

Deste modo, não sendo tais destinatários das mercadorias objeto da presente infração enquadrados como contribuintes ressuma clarividente que não nasce à obrigação tributária de recolhimento do tributo em relação aos mesmos, nos moldes previstos no artigo 8º da Lei Estadual nº 7014/96, razão pela qual a cobrança ora imputada constitui uma verdadeira afronta ao princípio da estrita legalidade, na medida em que não decorre de qualquer tipificação legal.

Apenas a título elucidativo, ilustra por amostragem algumas notas fiscais ora acostadas (Doc. 10), as quais, por exemplo, verifica-se que nem mesmo a quantidade tampouco a habitualidade das referidas compras permitem, dentre os parâmetros da razoabilidade, presumir que se tratam de contribuintes de ICMS.

Veja-se, por exemplo, as operações de saída realizadas em face da Associação Desportiva e Cultural Coelba no período fiscalizado, consoante notas fiscais que aponta à fl. 800, cuja atividade é uma distribuidora, ao passo que o contribuinte de ICMS que adquire seus produtos necessariamente os utiliza para a operação de revenda.

Analizando ainda, detalhadamente, cada nota fiscal ora citada, ressuma mais clarividente ainda que as quantidades são irrisórias, por exemplo, na Nota Fiscal nº 62920, verifica-se que tal Associação adquiriu quantidades ínfimas dos produtos, sempre na faixa de 01 (um), 02 (dois) ou 03 (três), o que apenas ratifica que não é razoável considerar tais quantidades como sendo outro objetivo senão para consumo, tendo o mesmo ocorrido em outras notas fiscais.

Desta forma, pugna pela total improcedência da Infração 11, uma vez que não há obrigação legal de retenção de ICMS decorrente de operações de saídas destinadas a pessoas físicas e jurídicas isentas.

A final clama pela total improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 1018 a 1025, e após analisar cada item da defesa, informa por infração, como segue:

Infração 1 – Em decorrência de o autuado ter apresentado a nota fiscal de saída de mercadoria, reconhece as razões da defesa e aceita a improcedência da infração.

Infração 2 – Modifica parcialmente. Reconhece que os itens caramelos e confeitos de NCM 17049020, isqueiros recarregáveis, de NCM 96132000 e achocolatados, NCM 04039000, não são mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Entende que as barras de chocolate de 01 KG, como o legislador não definiu o peso como parâmetro, e há divergências quanto a ser ou não enquadrado no regime de S/T, e a condição de consumo não está na quantidade do produto, mas na qualidade, o mantém na autuação. Assim, o chocolate em barra, de NCM 18069000, é mercadoria enquadrada na S/T.

A infração assume o valor de R\$27.077,50, conforme demonstrativo de fl. 1020.

A infração 3 - permanece sem modificações em razão do não acolhimento das razões de defesa. Esclarece que ao contrário do argumento trazido na defesa, a cobrança do imposto recai apenas sobre a diferença entre o valor do crédito a que tem direito e o valor que foi aproveitado, efetivamente.

A infração 4 – Também não sofre alteração. Nesse caso houve o recolhimento a menor do ICMS mensal, em decorrência da aplicação indevida do benefício da redução de base de cálculo, em saídas internas de mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos, o que contraria o Decreto 7.799/00.

Infração 5 – Não acolhe os argumentos da defesa. Como os arquivos magnéticos foram apresentados normalmente, e estavam sem inconsistências, poderão ser utilizados em qualquer trabalho de fiscalização, porque o importante é que reflitam todas as operações de entradas e de saídas de mercadorias. O levantamento de estoques está detalhado nas planilhas de fls. 26 a 419 do PAF.

Infrações 6, 7 e 8 - Relativas ao levantamento quantitativo de estoques, não sofrem modificação, por não acolher os argumentos da defesa.

Infração 9 – Registra que não foi apresentado pelo autuado nenhum documento oficial, ou que tenha sido emitido por alguma instituição de referência com timbres, carimbos, e assinaturas que atestem a devida confiabilidade. Foi apenas anexado um contrato de mútuo, assinado por dois parceiros comerciais, além de impressos de trecho do livro Razão, documentos que não têm consistência, em razão da facilidade com que podem ser elaborados, sem o mínimo de controle que seria o necessário.

Observa que também figura como credora e parceira comercial a Cristal News, também citada na

denúncia fiscal apresentada contra o autuado, em 26.08.2013, conforme Processo SIPRO nº 1715357-0, fls. 737 a 759 do PAF, o que motivou a realização desta auditoria.

Como se trata de ingresso de recursos na Conta Caixa, deve-se ter comprovado, através de documentos que as operações lançadas nos livros contábeis, Diário e Razão, de fato ocorreram. Como não foi apresentada na defesa nenhuma prova documental convincente, prevalece a exigência fiscal, conforme documentos anexos e demonstrativos de fls. 420 e de 720 a 723 do PAF.

Infração 10 – Corrige a infração, pois não teria havido tempo hábil para apresentação dos comprovantes de recolhimento do ICMS por antecipação tributária. Após a exclusão de itens das mercadorias não enquadradas na S/T, e daqueles em que o ICMS já se encontrava pago, ou foi devidamente retido na fonte, o ICMS resulta no valor de R\$39.786,29, conforme demonstrativo de fl. 1024.

Infração 11 – Mantem a infração no valor original. Refuta que as aquisições não foram para consumo porque nas vendas para consumidor final, deve ser utilizado o cupom fiscal e a indicação é que as aquisições venham a ocorrer em estabelecimentos que operem no comércio varejista e não em empresa do ramo atacadista. Portanto permanece com o mesmo valor original, posto que o autuado deixou de promover a retenção do ICMS, como substituto tributário, em saídas internas de mercadorias normalmente tributáveis, destinadas a contribuintes não inscritos ou com cadastro em situação inativa.

O sujeito passivo manifesta-se fls. 1035 a 1046, e quanto a infração 2 refuta o fato de que o autuante tenha mantido barras de chocolate de 1g, com NCM 18069000, como pronta para o consumo. Reafirma que são coberturas para a fabricação e não se destinam para o consumo normal, nem deveriam ser tratadas como o “chocolate em pó”. Lembra que já houve manifestação deste CONSEF, acolhendo tal argumento, o que não foi nem rebatido pelo autuante na informação fiscal.

Afirma que as infrações 3 e 4 não devem prosperar, posto que o crédito foi integralmente estornado, quando na verdade deveria abater o estorno feito na saída das mercadorias. O autuante não considerou o estorno proporcional do crédito no momento da saída da mercadoria, pelo que não deve prosperar a autuação.

Infrações 5 a 8 – Lembra os arts. 247 e 253 do RICMS/BA (Decreto 13.780/2012), que expressamente prevê a desobrigatoriedade de que o contribuinte realize ainda a escrituração fiscal prevista pelo Convênio ICMS 57/95 (SINTEGRA).

Reitera as razões apresentadas na defesa em sua totalidade.

Na infração 9 – Ratifica a informação de que o contrato de mútuo foi realizado com a Cristal News, e que os contratos de mútuo não são celebrados apenas com instituição financeira, sendo bastante comum entre particulares. Não se pode presumir a má-fé, e, além disso, procedeu à juntada do respectivo Instrumento Contratual, além do extrato da conta de titularidade desta pessoa jurídica, ambos documentos hábeis e válidos a demonstrar a veracidade da operação efetuada. Não há motivos para se presumir uma omissão de saída.

Na infração 10, o autuante insiste na cobrança sobre alguns produtos, reitera as razões já expostas quanto à infração 2. Pugna pela improcedência da infração.

No que concerne à infração 11, aduz que é inviável a verificação do histórico de aquisições feitas por cada um dos seus adquirentes. Afirma que não possui sequer os instrumentos necessários para tal investigação. Noutro sentido cabe ao órgão autuante demonstrar especificamente quais as vendas foram feitas para “contribuintes habituais”, fato que não foi respeitado. O que não se pode é admitir que se autuassem todas as operações feitas por este fornecedor, e se exigir que este comprove a não habitualidade dos adquirentes. Ademais, nas vendas para consumidor final ou para não contribuintes não está obrigado ao uso de ECF, devido à não utilização de PDV (ponto de venda), a sua documentação fiscal é justamente as NFes, que foram emitidas e apresentadas.



O autuante presta nova informação fiscal, fls. 1049 a 1052, e por não haver mais nada a ser acrescentado, reitera a informação fiscal anterior, fls. 1018 a 1025.

Nas fls. 1058/1059, a 4ª JJF converte os autos em diligência à INFAZ de origem para que o autuante proceda as seguintes solicitações:

*“1 - O levantamento quantitativo de estoque foi elaborado com base nos arquivos magnéticos, previstos no Convênio ICMS 57/95?*

*2 - Foi utilizada a Escrituração Fiscal Digital ?*

*Ressalto que não consta nos autos, a forma como os levantamentos de estoque foram efetuados, ou seja, a fonte das informações. Também não há intimação para o contribuinte entregar os arquivos magnéticos.*

*Lembro que caso o contribuinte utilize a Escrituração Fiscal Digital (EFD), não estaria obrigado a fornecer os arquivos magnéticos, tal como previsto no art. 253 do RICMS/2012:*

*Art. 253. O uso da EFD dispensará o contribuinte da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Conv. ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012.*

*Prestados os esclarecimentos, o contribuinte deve ser cientificado da diligência, ocasião em que lhe será fornecido o prazo de 10 (dez) dias para que possa se manifestar.*

*Após a informação fiscal, os autos devem retornar a este CONSEF, para o prosseguimento da instrução processual.”.*

Na conclusão da diligência solicitada, fls. 1062/1064, responde ao solicitado o seguinte:

**Quesito 1 — O levantamento quantitativo de estoque foi elaborado com base nos arquivos magnéticos, previstos no Convênio ICMS 57/95?**

Afirma que, embora na ação fiscal, como um todo, como base do trabalho, tenha sido utilizado o SPED, no caso específico do levantamento quantitativo de estoque, entre os dois seguimentos de arquivos disponíveis, foi adotado os previstos no Convênio ICMS 57/95, porque para esta tarefa, por uma questão de grande viabilidade para execução deste roteiro, foi utilizado o Sistema de Auditoria Fiscal Automatizada - SAFA, programa oficial que até então era a ferramenta amplamente utilizada no desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização e este programa só podia ser alimentado com os arquivos organizados no formato previsto neste citado convênio.

Disse que esta opção só foi possível, porque esses arquivos, que, conforme se verifica no relatório em anexo, fls. 1065 a 1077, foram transmitidos pelo autuado, normalmente, via internet, encontravam-se em perfeitas condições, fato constatado após a realização de todos os testes possíveis de regularidade com esse material e assim constatada a sua condição regular. Essa verificação de regularidade, inclusive, pode ser realizada novamente a qualquer tempo, haja vista que, além do CD acostado a este processo, todos esses arquivos encontram-se devidamente armazenados na base de dados dos sistemas desta secretaria, conforme assim já foi dito anteriormente na nova informação fiscal apresentada, ver fls. 1049 a 1052 do presente PAF.

Quanto à obrigatoriedade, ou não, de entrega de arquivos eletrônicos, lembra que muitos são os contribuintes que, nessa fase inicial, em atendimento ao disposto na legislação, apresentam a escrituração fiscal e contábil, utilizando o SPED e, mesmo não estando obrigados, mas também não havendo nada que os impeçam de fazê-los, por questão de grande domínio desse sistema que vigorava anteriormente, apresentam também os arquivos Sintegra, porque se sentem assim mais seguros, quanto ao preenchimento de eventuais lacunas que possam existir nessa fase inicial de adaptação ao novo sistema.

Salienta que é fato reconhecido por todos, que o SPED representa um grande avanço nas técnicas de fiscalização e controle das operações realizadas pelos contribuintes em geral e essa metodologia veio para substituir o modelo de escrituração anterior, é claro. Porém, entendo que o SPED substitui o SINTEGRA, mas sem, no entanto, excluí-lo, pois não há em local algum, na legislação, essa imposição. Acrescenta também que conforme se verifica no artigo 253 do RICMS/BA, o contribuinte que adotar a EFD está, apenas, dispensado de apresentá-los, o que não significa impedido de fazê-lo, pois, se o contribuinte assim preferir, pode utilizar os dois

sistemas de envio de informações, um, de forma obrigatória e o outro, facultativamente, por iniciativa própria.

Portanto, verifica que se esse material for disponibilizado como o foram e se estiver em situação regular, sem nenhuma inconsistência, como estão, podem perfeitamente serem utilizados em qualquer trabalho de auditoria, porque o mais importante é alcançar-se a verdade material e este objetivo, com esse método anterior, especificamente, aplicado ao levantamento quantitativo de estoque, foi devidamente atingido.

#### **Quesito 2 — Foi utilizada a Escrituração Fiscal Digital?**

Volta a firma que, nesta fiscalização como um todo, foi utilizada a escrituração fiscal digital — EFD, arquivos nos quais, o contribuinte, por determinação legal, encontra-se obrigado a apresentar mensalmente, obrigação acessória, aliás, que sempre foi cumprida de forma regular, pelo autuado, inclusive, desde a época do sistema que vigorava anteriormente, no caso, os arquivos previstos no Convênio ICMS 57/95.

Aliado a isso, diz que nas diversas etapas da realização deste trabalho, foi confrontado o conteúdo das informações armazenadas nos livros fiscais assim disponibilizados com os registros dos arquivos magnéticos Sintegra apresentados via internet e desse modo ficou constatado a sua total regularidade, razão pela qual, como já dito, resolveu adotá-los apenas na execução do levantamento quantitativo de estoque, por ser o roteiro mais trabalhoso, haja vista a quantidade de detalhes que precisa ser, neste processamento, observada.

Pondera que a verdade material assim plenamente alcançada, relativa a movimentação de cada item de mercadoria, poderia também ser trabalhada à moda antiga, examinando-se documento a documento, preenchendo-se manualmente os devidos formulários, com as informações de estoques inicial e final de cada exercício, bem como as entradas e saídas de cada item de mercadorias a serem selecionado para o levantamento e com isso chegar-se a um resultado definido. Claro, seria bem mais trabalhoso e, dentro do mesmo prazo, não se teria o mesmo alcance, no que se refere ao volume de itens de mercadorias que se conseguiria trabalhar, com os métodos mais modernos, mas se chegaria a resultados aceitáveis, o que demonstra que as técnicas vão se modernizando, acompanhando os avanços da vida moderna, substituindo como consequência, pela facilidade que proporciona, os modelos anteriores, é claro, mas sem contudo excluí-los como método de trabalho aplicável, porque substituir não significa necessariamente excluir, não há, nesse caso, declarado na legislação esse tipo de imposição.

Entende que, havendo condições para tanto, pode-se perfeitamente conviver com os dois métodos, tendo-se o anterior como uma opção alternativa, sempre adotando, dada às devidas circunstâncias, sobretudo, considerando-se, numa fase inicial, as dificuldades que venham a ser encontradas em cada metodologia utilizada, aquele que for o mais adequado.

Sem mais nada a acrescentar, devolve o presente processo para o seu devido encaminhamento, permanecendo à inteira disposição dos senhores julgadores para quaisquer outros esclarecimentos que por ventura ainda considerem convenientes.

O resultado da diligência foi encaminhado ao sujeito passivo (AR. Fls. 1083), na pessoa do seu advogado, que não se manifestou.

#### **VOTO**

Constato que o Auto de Infração foi lavrado com observância aos ditames do art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, o autuante reconheceu as razões de defesa, na infração 1, pelo que fica improcedente a acusação fiscal.

Na infração 2, o autuante a modifica parcialmente. Reconhece que os itens caramelos e confeitos de NCM 17049020, isqueiros recarregáveis, de NCM 96132000 e achocolatados, NCM 04039000, não

são mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Contudo entende que as barras de chocolate de 01 KG, como o legislador não definiu o peso como parâmetro, e há divergências quanto a ser ou não enquadrado no regime de S/T, e a condição de consumo não está na quantidade do produto, mas na qualidade, o mantém na autuação. Assim, o chocolate em barra, de NCM 18069000, é mercadoria enquadrada na S/T.

Acompanho a manifestação do autuante. Inclusive na decisão trazida pelo defendente, Acórdão CJF nº 0286-12/12. da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, não consta que chocolate em barra tenha sido excluído da exigência fiscal, como quer fazer crer o defendente. Contudo, o que vejo na decisão prolatada é que na infração relativa à substituição tributária, item 2, b, foram reduzidos valores relativos a: i) comprovação de alguns destinatários em situação aptos na data da emissão de algumas notas fiscais; ii) inclusão indevida de notas fiscais com imposto recolhido na origem, iii) erros na apuração dos valores exigidos. Quanto aos produtos chocolates em barras, estão identificados no item 8.5, do art. 353, do RICMS/97, vigente à época, que traduz o seguinte: 8.5. – chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo – NCM 170490.10; 180631.10; 1806.31.20; 1806.32.10; 1806.32.20; e 1806.90.00. Desse modo não assiste razão ao defendente.

Acolho as modificações promovidas pelo autuante, e a infração passa a ser no valor de R\$27.077,50, conforme demonstrativo de débito de fl. 1020, e analítico de fls. 1026 a 1027.

Infração elidida em parte.

Na infração 3, relativa à falta de estorno de parte do crédito fiscal de ICMS que havia sido aproveitado integralmente, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, cobrança que recai apenas sobre a diferença entre o valor do crédito a que tem direito e o valor que foi aproveitado efetivamente.

O contribuinte infringiu o disposto no art. 29, § 8º da Lei nº 7.014/96, c/c com o art. 312, § 1º do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012, haja vista que os meses autuados foram de julho de 2012, junho de 2013, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2013.

Refuto o argumento trazido na defesa, de que teria sido cobrado o estorno integral, pois os demonstrativos elaborados pelo autuante, fls. 20 a 22, discriminam a parte proporcional do crédito que não fora estornado. Infração procedente.

Na infração 4 está apontado o recolhimento a menor do ICMS mensal, em decorrência da aplicação indevida do benefício da Redução da Base de Cálculo, em saídas internas de mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos ou inscritos, mas com cadastro em situação inativa, o que contraria o Decreto nº 7.799/00.

Nos demonstrativo de fl. 23 a 25, constam as notas fiscais cujos adquirentes estavam isentos de inscrição estadual, o que configura a aplicação indevida da redução de base de cálculo nas saídas internas de mercadorias, contrariando o Decreto nº 7.799/00, que prevê o benefício da redução de base de cálculo nas operações de saídas internas, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS.

O sujeito passivo não comprovou a regularidade das operações de saídas, por meio da situação cadastral dos adquirentes, por tal motivo, a infração é procedente.

As infrações 05, 06, 07 e 08 decorreram da Auditoria de Estoques, baseado no levantamento quantitativo de mercadorias, onde foram detectadas omissões de pagamento do ICMS, cada uma com peculiaridades específicas.

Ocorre que estas infrações foram detectadas sob a utilização de dados fiscais gerados pelo SINTEGRA, quando esta pessoa jurídica já se encontrava desobrigada da entrega deste arquivo desde o ano calendário de 2011, e os períodos fiscalizados correspondem aos exercícios de 2012 e

de 2013. Tudo em conformidade com o art. 253 do RICMS/BA, (Decreto nº 13.780/2012), quando desobrigou a entrega dos arquivos estabelecidos no Convênio ICMS 57/95, a partir de 01/01/2012.

A Escrituração Fiscal Digital – EFD, disposta no artigo 247 e seguinte do RICMS/BA, é um dos subprojetos do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED e constitui num arquivo digital com um conjunto de informações referentes às operações, prestações de serviços e apuração de imposto do contribuinte, substituindo inclusive os seguintes livros fiscais: (i) Registro de Entradas; (ii) Registro de Saídas; (iii) Registro de Inventário; (iv) Registro de Apuração de ICMS; (v) Registro de Apuração de IPI; (vi) Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

O SPED foi instituído pelo Convênio ICMS 143/2006, dispondo em sua Cláusula Terceira que o mesmo é obrigatório para todos os contribuintes do ICMS, ou do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, enquadrando-se esta pessoa jurídica, portanto, na primeira hipótese.

No parágrafo 2º da mesma Cláusula ainda é disposto que a unidade federada poderá dispensar a entrega de documentos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95 (SINTEGRA), o que fez o Estado da Bahia.

Em resumo, o SINTEGRA – Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços, anteriormente implantado com a finalidade de facilitar o fornecimento de informações de contribuintes aos fiscos estaduais e de aprimorar o fluxo de dados nas Administrações Tributárias, foi substituído pelo Sistema Público de Escrituração Digital – SPED.

A sociedade empresária por meio do seu patrono alega que embora tenha entregue os arquivos magnéticos, estaria desobrigada ao seu uso, haja vista que por ser obrigado a entregar a Escrituração Fiscal Digital, considera inválido o trabalho da fiscalização com base nos arquivos magnéticos SINTEGRA.

Não resta dúvida de que o autuante utilizou-se de dados dos arquivos magnéticos, SINTEGRA, para promover o levantamento fiscal que diz respeito a estas infrações, fato inclusive objeto da diligência de fls. 1058 a 1059, promovida por esta Junta ao autuante que se manifestou, a qual transcrevo, desde o pedido até a conclusão trazida aos autos:

“Nas fls. 1058/1059, a 4ª JJF converte os autos em diligência à INFAZ de origem para que o autuante proceda as seguintes solicitações:

*“1 - O levantamento quantitativo de estoque foi elaborado com base nos arquivos magnéticos, previstos no Convênio ICMS 57/95?”*

*2 - Foi utilizada a Escrituração Fiscal Digital ?*

*Ressalto que não consta nos autos, a forma como os levantamentos de estoque foram efetuados, ou seja, a fonte das informações. Também não há intimação para o contribuinte entregar os arquivos magnéticos.*

*Lembro que caso o contribuinte utilize a Escrituração Fiscal Digital (EFD), não estaria obrigado a fornecer os arquivos magnéticos, tal como previsto no art. 253 do RICMS/2012:*

*Art. 253. O uso da EFD dispensará o contribuinte da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Conv. ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012.*

*Prestados os esclarecimentos, o contribuinte deve ser cientificado da diligência, ocasião em que lhe será fornecido o prazo de 10 (dez) dias para que possa se manifestar.*

*Após a informação fiscal, os autos devem retornar a este CONSEF, para o prosseguimento da instrução processual.”.*

Na conclusão da diligência solicitada, fls. 1062/1064, responde ao solicitado o seguinte:

Quesito 1 — O levantamento quantitativo de estoque foi elaborado com base nos arquivos magnéticos, previstos no Convênio ICMS 57/95?

Afirma que, embora na ação fiscal, como um todo, como base do trabalho, tenha sido utilizado o SPED, no caso específico do levantamento quantitativo de estoque, entre os dois seguimentos de arquivos disponíveis, foi adotado os previstos no Convênio ICMS 57/95, porque para esta tarefa, por uma questão de grande viabilidade para execução deste roteiro, foi utilizado o Sistema de Auditoria Fiscal Automatizada - SAFA, programa oficial que até então era a ferramenta amplamente utilizada no desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização e este programa só podia ser alimentado com os arquivos organizados no formato previsto neste citado convênio.

Disse que esta opção só foi possível, porque esses arquivos, que, conforme se verifica no relatório em anexo, fls. 1065 a 1077, foram transmitidos pelo autuado, normalmente, via internet, encontravam-se em perfeitas condições, fato constatado após a realização de todos os testes possíveis de regularidade com esse material e assim constatada a sua condição regular. Essa verificação de regularidade, inclusive, pode ser realizada novamente a qualquer tempo, haja vista que, além do CD acostado a este processo, todos esses arquivos encontram-se devidamente armazenados na base de dados dos sistemas desta secretaria, conforme assim já foi dito anteriormente na nova informação fiscal apresentada, ver fls. 1049 a 1052 do presente PAF.

Quanto à obrigatoriedade, ou não, de entrega de arquivos eletrônicos, lembra que muitos são os contribuintes que, nessa fase inicial, em atendimento ao disposto na legislação, apresentam a escrituração fiscal e contábil, utilizando o SPED e, mesmo não estando obrigados, mas também não havendo nada que os impeçam de fazê-los, por questão de grande domínio desse sistema que vigorava anteriormente, apresentam também os arquivos Sintegra, porque se sentem assim mais seguros, quanto ao preenchimento de eventuais lacunas que possam existir nessa fase inicial de adaptação ao novo sistema.

Salienta que é fato reconhecido por todos, que o SPED representa um grande avanço nas técnicas de fiscalização e controle das operações realizadas pelos contribuintes em geral e essa metodologia veio para substituir o modelo de escrituração anterior, é claro. Porém, entendo que o SPED substitui o SINTEGRA, mas sem, no entanto, excluí-lo, pois não há em local algum, na legislação, essa imposição. Acrescenta também que conforme se verifica no artigo 253 do RICMS/BA, o contribuinte que adotar a EFD está, apenas, dispensado de apresentá-los, o que não significa impedido de fazê-lo, pois, se o contribuinte assim preferir, pode utilizar os dois sistemas de envio de informações, um, de forma obrigatória e o outro, facultativamente, por iniciativa própria.

Portanto, verifica que se esse material for disponibilizado como o foram e se estiver em situação regular, sem nenhuma inconsistência, como estão, podem perfeitamente serem utilizados em qualquer trabalho de auditoria, porque o mais importante é alcançar-se a verdade material e este objetivo, com esse método anterior, especificamente, aplicado ao levantamento quantitativo de estoque, foi devidamente atingido.

**Quesito 2 — Foi utilizada a Escrituração Fiscal Digital?**

Volta a firma que, nesta fiscalização como um todo, foi utilizada a escrituração fiscal digital — EFD, arquivos nos quais, o contribuinte, por determinação legal, encontra-se obrigado a apresentar mensalmente, obrigação acessória, aliás, que sempre foi cumprida de forma regular, pelo autuado, inclusive, desde a época do sistema que vigorava anteriormente, no caso, os arquivos previstos no Convênio ICMS 57/95.

Aliado a isso, diz que nas diversas etapas da realização deste trabalho, foi confrontado o conteúdo das informações armazenadas nos livros fiscais assim disponibilizados com os registros dos arquivos magnéticos Sintegra apresentados via

internet e desse modo ficou constatado a sua total regularidade, razão pela qual, como já dito, resolveu adotá-los apenas na execução do levantamento quantitativo de estoque, por ser o roteiro mais trabalhoso, haja vista a quantidade de detalhes que precisa ser, neste processamento, observada.

Pondera que a verdade material assim plenamente alcançada, relativa a movimentação de cada item de mercadoria, poderia também ser trabalhada à moda antiga, examinando-se documento a documento, preenchendo-se manualmente os devidos formulários, com as informações de estoques inicial e final de cada exercício, bem como as entradas e saídas de cada item de mercadorias a serem selecionado para o levantamento e com isso chegar-se a um resultado definido. Claro, seria bem mais trabalhoso e, dentro do mesmo prazo, não se teria o mesmo alcance, no que se refere ao volume de itens de mercadorias que se conseguiria trabalhar, com os métodos mais modernos, mas se chegaria a resultados aceitáveis, o que demonstra que as técnicas vão se modernizando, acompanhando os avanços da vida moderna, substituindo como consequência, pela facilidade que proporciona, os modelos anteriores, é claro, mas sem contudo excluí-los como método de trabalho aplicável, porque substituir não significa necessariamente excluir, não há, nesse caso, declarado na legislação esse tipo de imposição.

Entende que, havendo condições para tanto, pode-se perfeitamente conviver com os dois métodos, tendo-se o anterior como uma opção alternativa, sempre adotando, dada às devidas circunstâncias, sobretudo, considerando-se, numa fase inicial, as dificuldades que venham a ser encontradas em cada metodologia utilizada, aquele que for o mais adequado.”

Entendo que as infrações foram apuradas de forma a não permitir a sua sustentação, de modo frágil, e não fornece consistência à apuração do crédito tributário, cujo lançamento deve ser constituído de certeza, liquidez e exigibilidade, haja vista que desde 01 de janeiro de 2012, o sujeito passivo não estava obrigado a entregar os arquivos magnéticos previstos no SINTEGRA, e já fazia uso da Escrituração Fiscal Digital, como assegurou inclusive o auditor fiscal autuante, ao prestar os esclarecimentos na diligência acima.

Desse modo entendo que assiste razão ao sujeito passivo, pois os dados que serviram de base aos levantamentos quantitativos foram os lançados nos arquivos magnéticos, quando o sujeito passivo não mais estava obrigado a utilizá-los, vez que os exercícios fiscalizados correspondem ao de 2012 e de 2013. A apreciação do pedido de retificação da multa das infrações fica prejudicado.

Infrações 05, 06, 07 e 08 ficam anuladas, ao tempo em que recomendo que sejam refeitas, a salvo de equívocos, devendo ser obedecidos os prazos decadenciais, consoante a determinação do art. 21 do RPAF/99: “A autoridade que decretar a nulidade deverá mencionar os atos atingidos, determinando ou recomendando, se for o caso, a repetição dos atos, a salvo de falhas.”

Infrações nulas.

A infração 9 resulta do suprimimento de caixa de origem não comprovada, do que resultou a omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Verifico que a sociedade empresária foi intimada em 18/08/2014, a apresentar os livros contábeis, a declaração de I.Renda, duplicatas do Passivo e demais documentos de operações contábeis.

Na auditoria de crédito indevido, de fls. 912 juntado pelo defendente, consta a ocorrência de quatro empréstimos promovidos pela Cristal News, escriturados no Livro razão, fl. 130, cópia de fl. 913, os quais estão sendo exigidos o ICMS no valor de R\$34.236,02.

O defendente colaciona na defesa, fl. 914, um Contrato de Mútuo em que figura como MUTUANTE a empresa Cristal News Alimentos, no qual se encontra a estipulação de que a mesma fornecerá ao autuado um empréstimo na quantia de R\$ 453.239,44, creditando referido

valor no caixa da empresa. Verifico que neste contrato não há registro em cartório, sendo sido elaborado internamente pelos supostos mutuantes. Também, foi trazida uma planilha de fl. 915, denominada “CONTROLE PAGAMENTO CORY”, sem assinatura, documento que não se presta para comprovar o efetivo pagamento das parcelas que ali são apontadas.

O art. 4º, § 4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, prevê a hipótese na qual foi enquadrada a infração, e por se tratar de presunção legal, o ônus da prova recai sobre o contribuinte.

Constato que os documentos trazidos na defesa, na tentativa de comprovar a regularidade do ingresso do numerário no Caixa da empresa não atingem tal finalidade, posto que são documentos internos, sem registro cartorial, sem apresentação probante do ingresso do numerário no estabelecimento, tais como registros bancários, cartoriais, dentre outros, além do que possuem frágil confiabilidade. Ademais, como ressaltou o autuante, figura como credora e parceira comercial a Cristal News, também citada na denúncia fiscal apresentada contra o autuado, em 26.08.2013, conforme Processo SIPRO nº 1715357-0, fls. 737 a 759 do PAF, o que motivou a realização desta auditoria.

Como se trata de ingresso de recursos na Conta Caixa deve ser comprovado, através de documentos que as operações lançadas nos livros contábeis, Diário e Razão, de fato ocorreram. Como não foi apresentada na defesa nenhuma prova documental convincente, prevalece a exigência fiscal, conforme documentos anexos e demonstrativos de fls. 420 e de 720 a 723 do PAF.

Infração procedente.

A infração 10 retrata que o sujeito passivo deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

O demonstrativo da infração encontra-se nas fls. 421 a 425, sendo que o autuante ao prestar a informação fiscal, corrige a infração, pois reconhece que não teria havido tempo hábil para que o sujeito passivo apresentasse os comprovantes de recolhimento do ICMS por antecipação tributária. Após a exclusão de itens das mercadorias não enquadradas na S/T, e daqueles em que o ICMS já se encontrava pago, ou foi devidamente retido na fonte, reduz o ICMS exigido para o valor de R\$ 39.786,29, conforme demonstrativo de débito de fl. 1024, e demonstrativo analítico de fls. 1029 a 1030, relativo ao exercício de 2012.

O autuado colaciona decisão da 2ª CJF, Acórdão CJF 0286-12/12, no qual sustenta que as mercadorias chocolates em barra de 1Kg teriam sido excluídas da exigência fiscal, por não estarem enquadrados na substituição tributária. Contudo, o que vejo na decisão prolatada é que na infração relativa à substituição tributária, item 2, b, foram reduzidos valores relativos a: i) comprovação de alguns destinatários em situação aptos na data da emissão de algumas notas fiscais; ii) inclusão indevida de notas fiscais com imposto recolhido na origem, iii) erros na apuração dos valores exigidos. Quanto aos produtos chocolates em barras, estão identificados no item 8.5, do art. 353, do RICMS/97, vigente à época, que traduz o seguinte: 8.5. – chocolate em barras, blocos, tabeltes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo – NCM 170490.10; 180631.10; 1806.31.20; 1806.32.10; 1806.32.20; e 1806.90.00. Desse modo não assiste razão ao defendente.

Acolho as modificações promovidas pelo autuante, e a infração passa a ser no valor de R\$39.786,29.

A infração 11, resulta da falta de retenção e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado.

O demonstrativo da infração encontra-se nas fls. 426 e aponta vendas de mercadorias enquadradas na substituição tributária, tais como balas, chicletes, caramelos, pastilhas, para destinatários com inscrição estadual “isento”.

Embora a defesa alegue que as aquisições foram para consumidores finais, o autuante mantém a infração no valor original. Refuta que as aquisições não foram para consumo porque nas vendas para consumidor final, deve ser utilizado o cupom fiscal e a indicação é que as aquisições venham a ocorrer em estabelecimentos que operem no comércio varejista e não em empresa do ramo atacadista, como o autuado.

Acompanho o pensamento trazido pelo autuante, posto que não há provas de que tais vendas teriam ocorrido para consumidor final. Fica mantida a infração.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$120.811,90, conforme abaixo:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	IMPROCEDENTE	14,50	0,00	-----
02	PROCEDENTE EM PARTE	46.693,35	27.077,50	60%
03	PROCEDENTE	9.070,22	9.070,22	60%
04	PROCEDENTE	41,06	41,06	60%
05	NULA			
06	NULA			
07	NULA			
08	NULA			
09	PROCEDENTE	34.236,01	34.236,01	100%
10	PROCEDENTE EM PARTE	54.605,45	39.786,29	60%
11	PROCEDENTE	10.600,82	10.600,82	60%
<b>TOTAL</b>		<b>195.602,87</b>	<b>120.811,90</b>	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281401.0075/14-5**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$120.811,90**, acrescido da multa de 60% sobre R\$86.575,89 e 100% sobre R\$34.236,01, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “e”, VII, “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 23 de março de 2017

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR