

PROCESSO - A. I. Nº 088502.0001/12-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CONCORD DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - CONCORD DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0039-06/14
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C/JF Nº 0311-12/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS SOB O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente elidida. **b)** MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Infração procedente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração procedente em parte. **b)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, exige-se imposto por antecipação tributária, responsabilidade do próprio sujeito passivo, nos termos do art. 379, § 1º, RICMS BA. Infração subsistente. 3. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração parcialmente elidida. 4. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. REDUÇÃO INDEVIDA DE BASE DE CÁLCULO. Infração Improcedente. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Infração elidida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 6ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão 6ª JJF Nº 0039-06/14, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 088502.0001/12-6, lavrado em 30/03/2012, para exigir ICMS no valor histórico de R\$304.959,36, relativos às infrações a seguir especificadas.

INFRAÇÃO 1 – 01.02.06: utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor histórico R\$56.409,17 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 – 01.02.02: utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor histórico R\$10.206,53 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 – 04.05.02: falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante

levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Valor histórico R\$9.259,10 – Multa de 100%; Exercício de 2010.

INFRAÇÃO 4 – 04.05.11: falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor histórico R\$1.485,47 – Multa de 60%; Exercício de 2010.

...
INFRAÇÃO 8 – 02.01.03: deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor histórico R\$73.920,38 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 9 – 03.02.06: recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Vendas efetuadas para contribuintes inscritos de mercadorias sujeitas à substituição tributária. Valor histórico R\$69.172,95 – Multa de 60%;

...
INFRAÇÃO 11 – 07.01.02: efetuou o recolhimento a menor 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 relacionadas nos anexos 88 e 89. Valor histórico R\$70.442,60 – Multa de 60%.

A 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 15/04/2014 (fls. 948 a 965) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão não unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

Inicialmente destaco que o presente Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância aos arts. 39 e 40 do RPAF/99, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Quanto ao pedido de diligência, efetuado pelo contribuinte, este foi atendido, quando o autuante analisou os quesitos trazidos pelo defendente e efetuou as correções que entendeu necessárias para o ajuste das infrações 3, 4, 8, 9 e 11.

Portanto, estando o Auto de Infração em condições de ser julgado, passo à análise do mérito, mormente quando não subsistem razões para a decretação de sua nulidade, eis que os princípios do contraditório e da ampla defesa foram preservados.

No mérito, o contribuinte reconheceu o cometimento das infrações 5, 6, 7 e 10 na íntegra, e por não haver lide com relação às mesmas, ficam mantidas.

No que pertine à infração 8, esta foi parcialmente acatada, e será apreciado o seu mérito quando a analisarmos.

A infração 1 decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, prática vedada pelo art. 97, inciso IV, alínea “b” do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

O demonstrativo sintético da infração encontra-se nas fls. 32, e o analítico nas fls. 33 a 43 do PAF, referente ao exercício de 2009; fls. 44 e 45 a 56, relativo ao exercício de 2010.

Em sua peça de defesa o sujeito passivo aponta que foram incluídas no levantamento, mercadorias que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto a utilização do crédito seria devida, em razão do princípio da não-cumulatividade. Também aponta que houve o registro de notas fiscais sem o aproveitamento de créditos.

O autuante na informação fiscal anui com os argumentos da defesa, no que tange ao item “bebidas”, inserido erroneamente, nos três primeiros meses do exercício de 2009, posto que “bebidas” só foram inseridas no regime de substituição tributária em 01.04.2009, e mesmo assim de forma parcial. O valor original do exercício de 2009 de R\$47.637,87, diminui para R\$18.878,48. Mantém os demais itens listados no exercício de 2009 e quanto ao exercício de 2010, não há alterações a serem realizadas. O novo demonstrativo relativo ao exercício de 2009 encontra-se nas fls. 871 a 878 do PAF.

O contribuinte inconformado com o resultado posto pelo autuante refuta que “chocolate em pó”, não estaria no regime de substituição tributária. Também que as notas fiscais emitidas por CAIUBI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S.A., nos 250117 e 250130, foram registradas sem o aproveitamento de créditos. O mesmo ocorreu com a Nota Fiscal nº 686705, emitida por HENKEL LTDA., foram registradas sem o aproveitamento de créditos, mas persistem no novo levantamento.

De fato, o produto “chocolate pó” não se encontra no regime de substituição tributária, previsto no art. 353, II

do RICMS e deve ser excluído do levantamento de fls. 871 a 878.

Quanto aos produtos constantes nas Notas Fiscais da CAIUBI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S.A., fls. 551/552, são produtos da substituição tributária e o contribuinte não comprovou que não teria utilizado o crédito fiscal, pelo que foram mantidos pelo autuante após a análise dos argumentos da defesa.

Quanto ao exercício de 2010, em relação às notas fiscais tais como as de nos: 13922, 13923, 19845, 15720, 55141, 55838, 17260, 37079, 37083, 61202, 27257, 18783, 20860, 74805, 74806, 22141, 22142, 23581, 23582, 25312, 25313, 26915, 26916, 28508, 28640, 48916, 57818, 57819, 52326 e 57167 também foram mantidas pelo autuante.

Assim, o autuante ao analisar as razões de defesa, acata parcialmente os argumentos trazidos, apenas com relação ao item bebidas, inseridas no demonstrativo de 2009, pois só foram contempladas na substituição tributária a partir de 01.04.2009, e mesmo assim de forma parcial. Dessa forma o valor do ICMS exigido passa a ser de R\$18.874,48 naquele exercício. Quanto ao ano de 2010, em nada o alterou e permanece o valor de R\$8.771,29.

Fundamenta o auditor fiscal que os CFOP's constantes dos demonstrativos relativos à infração servirão de base de sustentação para a manutenção da mesma, com as correções advindas das informações trazidas pela defesa, no que tange ao exercício de 2009, já que os novos demonstrativos, que ora anexa, diminuem a infração no exercício de 2009 de R\$47.637,87 para R\$18.874,48. Contudo fica inalterado o valor relativo ao exercício de 2010. Ressalta que esta infração está respaldada nos desencontros identificados nos documentos enviados pelo contribuinte para ele, como a utilização de CFOP's nos 1102 e 2102, (compras para comercialização, no Estado e de outros Estados), nos LRE e LRAICMS dos períodos auditados, em total discordância com os CFOP's nº 1403, (compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), utilizados nos arquivos magnéticos enviados para a SEFAZ. Ressalta que este foi o procedimento adotado pelo contribuinte, qual seja o de não creditar-se de imposto nas entradas com o CFOP's nos 1403 ou 2403, mas, transferi-los para os CFOP's nos 1102 e 2102. A prova material encontra-se na mídia enviada pelo contribuinte referente ao LRE, em TXT, ora anexada a esta contestação com realce em vermelho para identificar as notas fiscais objeto da cobrança, inseridas nos multicitados demonstrativos da auditoria.

Concordo com as correções efetuadas pelo auditor fiscal, com a retificação no demonstrativo de fls. 871 a 878, cujo demonstrativo de débito para o exercício de 2009 configura-se:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de cálculo	Alíquota	ICMS
31/01/2009	09/02/2009	950,35	17%	161,56
28/02/2009	09/03/2009	1.528,53	17%	259,85
31/03/2009	09/04/2009	1.104,18	17%	187,71
30/04/2009	09/05/2009	11.508,23	17%	1.956,40
31/05/2009	09/06/2009	24.042,94	17%	4.087,30
30/06/2009	09/07/2009	15.574,06	17%	2.647,59
31/07/2009	09/08/2009	1.035,88	17%	176,10
31/08/2009	09/09/2009	7.502,76	17%	1.275,47
30/09/2009	09/10/2009	5.718,12	17%	972,08
31/10/2009	09/11/2009	16.300,94	17%	2.771,16
30/11/2009	09/12/2009	19.405,47	17%	3.298,93
31/12/2009	09/01/2010	6.354,94	17%	1.080,34
TOTAL				18.874,49

Dessa forma, o ICMS no exercício de 2009 perfaz R\$18.874,49 e no exercício de 2010, R\$8.771,30, este ultimo, o valor originariamente exigido fica mantido.

Infração procedente em parte no valor de R\$27.645,79.

A infração 2 exige ICMS pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$10.206,53 cujo demonstrativo encontra-se nas fls. 58 a 60.

A defendente insurge-se quanto ao lançamento e argumenta que a maioria das notas fiscais elencadas nas planilhas referem-se às aquisições de material de embalagem junto à empresa TERMOPLAST EMBALAGENS LTDA., cujo crédito é permitido, consoante o art. 93, I, "a" do RICMS/BA.

Aduz que as outras notas fiscais referem-se às aquisições de material para uso e consumo (CFOP nº 1556), mas não há créditos para lançamentos com CFOP nº 1556.

Contrapondo-se aos argumentos apresentados, o autuante revela que foi dado, pelo sujeito passivo, o tratamento igual ao da infração 1, só que agora realçando o CFOP nº 1556, objeto da cobrança do crédito indevido na compra de material de uso e consumo, substituído no LRE e no LRAICMS pelo CFOP's nos 1102 e 2102, o que, obviamente, permitiu o crédito do ICMS. Ressalta, inclusive, que consta a inserção do CFOP nº

1556, em laranja, nas cópias das notas relativas a esta infração anexadas ao PAF pela própria defesa da autuada. Vide documentos às fls. 606 a 620.

Realmente nos documentos de fls. 606 a 620 consta o CFOP nº 5102 e à mão, o CFOP nº 1556, com destaque em laranja, o que denota que o argumento do autuante tem procedência.

Ademais, os materiais constantes nas notas fiscais anexadas pelo defendente são: envelope, grampo, clipes, etc. materiais estes de uso e consumo.

Quanto às notas fiscais, da Termoplast, fls. 609, a 620, constam o CFOP, manuscrito, nº “1556” e são relativos a “Film Tec açúcar moído”; e “saco conv. Premium”. Mantida a infração pois são materiais para uso e consumo da empresa autuada, cujo crédito fiscal é vedado.

Julgo procedente a infração, haja vista que os argumentos trazidos na defesa não são capazes, à vista das anotações constantes nos documentos fiscais apresentados, de elidir a acusação fiscal.

Na infração 3, relativa à falta de recolhimento de ICMS em decorrência de omissão de saídas tributáveis apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2010, a Auditoria de estoques está anexa às fls. 106 a 109, e os demais demonstrativos pertinentes, tais como o de Inventário, preço médio, relação de notas fiscais de saídas, foram incluídos nas demais folhas de nº 62 a 111 do PAF.

No intuito de descaracterizar a infração, o defendente apresenta uma planilha, onde importou o Registro Tipo nº 54 do arquivo magnético SINTEGRA, bem como as informações de estoque (Registro Tipo nº 74), para compô-la. Na planilha apresentada não constam omissões de saídas. Contudo o autuante, refutou-a, sob o argumento de que não foram produzidas provas de que a infração não subsiste.

Em sua estrutura o arquivo magnético compõe-se dos tipos de registros definidos no Convênio ICMS 57/95, e no seu Manual, dentre eles o Registro Tipo nº 54 (Registro de Produto) (itens das notas fiscais informadas no registro tipo nº 50); e o Registro Tipo nº 74 (Registro de Inventário). Assim, no intuito de descaracterizar a infração o sujeito passivo elaborou novas planilhas para os “estoque inicial”, “estoque final”, “entradas”, “saídas”, além de demonstrativos de auditoria de estoque, do que resultou que não haveria as omissões de entradas e de saídas exigidas nas infrações 3 e 4 desta Auto de Infração. Junta tais demonstrativos em arquivos eletrônicos, para comprovar a improcedência das acusações.

No exame da peça de defesa e ao prestar a informação fiscal, o auditor fiscal autuante refuta a planilha apresentada, por ter sido confeccionada pela empresa, após a ação fiscal, com o claro intuito de descaracterizar a infração que se encontra amparada nos livros fiscais, e nos arquivos magnéticos que lhe foram fornecidos no momento da fiscalização.

Portanto, por ter sido fornecido à fiscalização os arquivos magnéticos que serviram de suporte para o levantamento quantitativo de estoques, e por não ter havido retificação nos arquivos magnéticos, enviados à SEFAZ, procedimento previsto no Manual do Convênio ICMS 57/96, que indica: “Retificação corretiva de arquivo: substituição de informação relativa a documento já informado”, prevista nas versões anteriores do Convênio ICMS 57/96, deverá ser enviado novo arquivo completo, utilizando a “retificação total de arquivo” (código 2).

Não obstante os argumentos trazidos pelo autuante, o PAF foi diligenciado, para que fossem retiradas as “remessas e os retornos para depósitos fechados, considerados no levantamento de estoques, bem como o item “reclassificações”, que não devem fazer parte do levantamento das entradas e das saídas de mercadorias. Em atendimento à diligência o autuante concluiu que as mudanças a serem feitas dizem respeito aos itens de reclassificação, já que os demais itens utilizados na consecução do levantamento nas saídas, conforme mostra o documento fls. 106, revelam que aqueles com os códigos nos 85838, 85847, 85856 e 85874, devem ser excluídos da cobrança em um total de R\$308,54 (trezentos e oito reais e cinquenta e quatro centavos), restando um saldo de R\$8.950,56 (oito mil novecentos e cinquenta reais e cinquenta e seis centavos), já que não foram contemplados nem na entrada e nem nas saídas itens do CFOP nº 5905.

Concordo com o resultado apresentado pelo autuante. Infração parcialmente procedente com ICMS no valor de R\$8.950,56.

Os mesmos argumentos da infração anterior foram trazidos para a infração 4, cujo ICMS exigido também foi apurado por meio de levantamento quantitativo de estoques, que teve por objeto as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, no exercício de 2010.

O demonstrativo da infração está anexo, fls. 113 a 114, e demonstra o valor de ICMS de R\$1.485,47, para a falta de retenção e o consequente recolhimento de ICMS, para os produtos Ração granulada e Ração Pássaro/Preto Sabiá, que estão enquadrados no regime de substituição tributária.

O defendente traz justificativas semelhantes à da infração anterior, e apresenta uma planilha, unilateralmente confeccionada, para refutar as diferenças apontadas na Auditoria de Estoques.

Para o deslinde da infração me posiciono no sentido de que os mesmos argumentos, adredemente expostos na

infração 3, justificam a sua não aceitação, no que concerne à modificação nos arquivos magnéticos promovidos pelo defendente, 3 após a lavratura do Auto de Infração.

Na diligência o autuante chegou à conclusão de que não haveria modificações nesta infração, posto que não códigos de "reclassificações" nesta infração.

Fica mantida a infração.

A infração 8 decorreu do fato de o contribuinte ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, com a aplicação da multa de 60%.

Consoante o demonstrativo de fls. 141 a 338, relativos aos exercícios de 2009 e de 2010, houve erro na determinação da alíquota de diversas mercadorias.

O sujeito passivo defende-se da autuação sob o argumento de que teriam ocorridos equívocos no levantamento fiscal, por ter considerado: "a) remessa para depósito fechado - as operações com CFOP nº 5905 deverão ser excluídas por se referirem a operações não tributadas de remessa para depósito fechado, na conformidade do art. 6º, VI, "b", do RICMS-BA; b) remessa para reclassificação - operações com CFOP nº 5926 em que não há circulação física ou econômica, servindo, tão-somente, para alteração da codificação de itens, dando baixa nas mercadorias que se pretende reclassificar; c) itens incluídos na substituição tributária - conforme os arts. 353, II e 512-A houve cobrança de itens incluídos na substituição tributária, tais como: lustra móveis (NCM nº 3405.20), óleo king (NCM nº 2710.19.3), kenikov aguard. comp. de lima (NCM nº 2208), a partir de 01/04/2009 e rações (NCM nº 2309); d) itens isentos - cobrança quanto a insumos agropecuários (rações) isentos em conformidade ao art. 20, III, RICMS/BA.

Diante de tais argumentos, o autuante refuta-os dizendo que: em que pese a assertiva da defesa de que foram inseridos pelo autuante no demonstrativo às fls. 141 a 307, itens que devem ser retirados da cobrança por se tratarem de mercadorias constantes do CFOP nº 5905 (remessa para depósito fechado), CFOP nº 5926 (remessa para reclassificação de itens); outros itens incluídos na substituição tributária, fazendo citações de alguns deles, bem como de itens isentos como insumos agropecuários (rações), acredita que existem alguns equívocos de parte da autuada ao se referir: "1 - As mercadorias referentes ao CFOP nº 5905, coincidentemente, são as mesmas cobradas na infração 3 defendida pela autuada, que trata de omissão de saídas no levantamento do estoque, o que, de pronto, inviabiliza o seu pedido de exclusão daqueles itens, ao demonstrar que tais remessas, se foram efetuadas, devem tê-lo sido de forma ficta; 2 - As remessas para reclassificação de itens, com as mudanças de códigos, não encontram respaldo no seu pedido, pois, para que se processassem, a SEFAZ deveria ter sido cientificada, pelo menos, com a inclusão no seu RUDFTO de requerimento para tal mister; 3 - Dos itens, segundo a defesa, incluídos na substituição tributária, e que deveriam ser retirados da cobrança no exercício de 2009, estão produtos de limpeza, que a partir do advento do Protocolo ICMS 106/09 só foram incluídos naquele instituto a partir de 01.01.2010, bem como insumos agropecuários não existentes naquele demonstrativo."

Em resposta à diligência, o autuante conclui:

Nesta infração que há existência de produtos com os CFOP's nos 5905 e 5926 que, obrigatoriamente, deverão ser excluídos da planilha, perfazendo um total de R\$2.236,53 em janeiro, R\$3.381,17 em fevereiro, R\$3.513,90 em março, R\$2.406,94 em abril, R\$2.200,49 em maio, R\$3.842,80 em junho, R\$1.526,66 em julho, R\$2.911,68 em agosto, R\$4.130,51 em setembro, R\$1.863,80 em outubro, R\$1.272,86 em novembro, e R\$1.223,55 em dezembro, devendo ser abatido do valor total da infração a importância de R\$30.510,90 (trinta mil quinhentos e dez reais e noventa centavos), remanescendo, assim, o valor de R\$20.360,88 (vinte mil, trezentos e sessenta reais e oitenta e oito centavos) no ano de 2009.

Já no exercício de 2010, deverão ser excluídos os valores de R\$802,06 em janeiro, R\$3.630,95 em fevereiro, R\$1.266,50 em março, R\$1.304,80 em abril, R\$495,45 em junho, R\$4.217,90 em julho, R\$3.393,40 em agosto, R\$118,12 em outubro, e R\$4.755,33 em novembro devendo, assim, ser abatida do valor total da infração, a importância, também, de R\$19.984,51 (dezenove mil novecentos e oitenta e quatro reais e cinquenta e um centavos), remanescendo, assim, o valor de R\$3.064,09 (três mil sessenta e quatro reais e nove centavos) no ano de 2010.

Assim, pontua que as retificações foram efetuadas nas planilhas que compõem a infração 8, o valor total da infração que subsiste é o de R\$23.424,97, juntados os valores remanescentes dos exercícios de 2009 e 2010, acima evidenciados.

Acompanho o resultado da diligência. Infração procedente em parte no valor de R\$23.424,96, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO - EXERCÍCIO 2009 - INF. 8

MÊS	Vlr. Histórico	Vlr. Excluído	Vlr. Devido
JAN	3.699,67	2.236,53	1.463,14
FEV	4.401,13	3.381,17	1.019,96

MAR	5.687,37	3.513,90	2.173,47
ABR	3.066,69	2.406,94	659,75
MAI	3.079,14	2.200,49	878,65
JUN	5.154,91	3.842,80	1.312,11
JUL	2.847,99	1.526,66	1.321,33
AGO	4.804,26	2.911,68	1.892,58
SET	6.129,92	4.130,51	1.999,41
OUT	5.098,96	1.863,80	3.235,16
NOV	2.554,56	1.272,86	1.281,70
DEZ	4.347,18	1.223,55	3.123,62
	50.871,78	30.510,89	20.360,88

DEMONSTRATIVO - EXERCÍCIO 2010 - INF. 8

MÊS	Vlr. Histórico	Vlr. Excluído	Vlr. Devido
JAN	1.140,38	802,06	338,32
FEV	3.771,83	3.630,95	140,88
MAR	1.495,87	1.266,50	229,37
ABR	1.557,40	1.304,80	252,60
MAI	149,81	0,00	149,81
JUN	778,54	495,45	283,09
JUL	4.514,43	4.217,90	296,53
AGO	3.816,82	3.393,40	423,42
SET	252,15	0,00	252,15
OUT	327,46	118,12	209,34
NOV	4.890,85	4.755,33	135,52
DEZ	353,06	0,00	353,06
	23.048,60	19.984,51	3.064,09

TOTAL DA INFRAÇÃO 8 23.424,97

A infração 9, aponta que ocorreram vendas para contribuintes inscritos, de mercadorias sujeitas à substituição tributária, com indevida redução de base de cálculo, o que resultou no recolhimento a menor de ICMS. Erroneamente fora utilizado o benefício de redução de base de cálculo, previsto no Decreto nº 7.799/200, para as operações de saídas de mercadorias enquadradas na substituição tributária, o que é vedado no art. 4º daquele decreto, como segue:

O diligente conclui a fl. 924, que após a retirada dos produtos constantes da substituição tributária inexistente cobrança para esta infração, no que concordo.

Infração elidida.

Na infração 10, referente ao recolhimento a menos de ICMS, em razão de utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo, vendas efetuadas a contribuintes isentos ou inscritos como especial.

O defendente não se insurge contra a infração. Fica mantida.

Na infração 11 a acusação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. O demonstrativo anexado às fls. 376 a 392 traduz os valores exigidos, em conformidade com os lançados no demonstrativo de débito.

O defendente argui que ocorreram erros e falhas no demonstrativo fiscal, e reapresentou-o com todas as correções, bem como a inserção de dados que julga necessários para demonstrar o cálculo do ICMS/ST, quanto à totalidade das notas.

Diante dos argumentos trazidos na defesa, diligência foi requerida e do seu resultado o autuante concluiu que após a retirada dos itens cujas substituições tributárias haviam sido feitas pelos fornecedores interestaduais, conforme notas fiscais juntadas pela defesa, fls. 622 a 858, apenas naquelas em que o fornecedor fez a retenção, cujos números das notas fiscais estão realçados em verde, o total da infração que era de R\$70.442,60, subsiste no valor de R\$10.619,90, conforme planilha de fls. 926 a 930 do PAF, relativo ao mês de junho de 2010. Concordo com o resultado apresentado pelo autuante.

Infração procedente em parte no valor de R\$10.616,90, com data de ocorrência em 30.06.2010.

Voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração. Assim, o débito da autuação fica da seguinte configuração:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	56.409,17	27.645,79	60%
02	PROCEDENTE	10.206,53	10.206,53	60%

03	PROCEDENTE EM PARTE	9.259,10	8.950,56	100%
04	PROCEDENTE	1.485,47	1.485,47	60%
05	RECONHECIDA	886,54	886,54	70%
06	RECONHECIDA	22,97	22,97	60%
07	RECONHECIDA	44,78	44,78	70%
08	PROCEDENTE EM PARTE	73.920,38	23.424,97	60%
09	IMPROCEDENTE	69.172,95	0,00	-----
10	RECONHECIDA	13.108,87	13.108,87	60%
11	PROCEDENTE EM PARTE	70.442,60	10.616,90	60%
TOTAL		304.959,36	96.393,38	

A 6ª JJF interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 978 a 991, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Quanto à Infração 1, alega que não se utiliza dos CFOP's 1.102 e 2.102 para aproveitar créditos indevidos. O que ocorre, explica, é que, em algumas notas de aquisição de mercadorias, há que se realizar o desdobramento do lançamento fiscal para abranger os itens em regime normal e aqueles incluídos na substituição tributária, cujo crédito fiscal é vedado, procedimento que garante ser correto e lícito.

Afirma que, diversamente do que concluiu o Acórdão Recorrido, as Notas Fiscais nºs 250117 e 250130, emitidas por Caiubi Indústria de Alimentos Ltda S/A, foram registradas sem o aproveitamento do crédito. O mesmo ocorreu com a NF 686705, emitida por Henkel Ltda.

Alega que, diversamente do quanto reconhecido pela JJF, conforme consta do Livro Registro de Entradas, não houve aproveitamento de crédito relativamente às notas fiscais identificadas à folha 984, motivo pelo qual pediu diligência, que não foi atendida, segundo explica.

Quanto à Infração 2, afirma que demonstrou que todas as notas objeto do demonstrativo de débito, ou estão registradas com CFOP 1.556, sem aproveitamento de crédito fiscal, ou se referem a aquisição de material de embalagem, cujo crédito fiscal é permitido.

Embora a JJF tenha mantido esta infração, afirma que se impõe a realização de diligência para que não restem dúvidas sobre a afirmação feita desde a defesa, segundo a qual não houve aproveitamento de créditos relativamente aos lançamentos questionados com CFOP 1.556.

Ademais, afirma que a CJF deve reconhecer que os sacos plásticos fabricados por Termoplast, utilizados como embalagens dos itens comercializados, não poderão ser tidos como materiais de uso e consumo, mas sim como materiais de embalagens, com aproveitamento lícito e permitido de crédito fiscal.

Quanto às infrações 3 e 4, explica que demonstrou que o Autuante cometeu equívocos por não incluir, em seus demonstrativos, os CFOP's 1.905 e 5.905, bem como reclassificações, o que teria afetado os trabalhos, gerando aparentes omissões.

Explica que, após as diligências fiscais, o Autuante aceitou incluir as reclassificações, resolvendo parte dos problemas, não tendo feito o mesmo, contudo, em relação às remessas e retornos para depósito fechado.

Nesse particular entende ser evidente o erro da JJF ao desconsiderar que as remessas e retornos para depósitos devem constar dos levantamentos quantitativos de estoque. Informa que tal erro decorre, inclusive, de diligência determinada pela JJF que impôs a exclusão de tais lançamentos para ajustá-lo à Portaria 445/98. Argumenta, contudo, que a JJF incorreu em erro, pois a Portaria não determina a exclusão de tais operações do roteiro fiscal citado, nem poderia fazê-lo, sob pena de nulidade, pois representam movimentação física entre estabelecimentos autônomos, possuidores de livros LRE distintos, conforme art. 463 do RICMS/12.

Quanto aos demonstrativos do Sujeito Passivo, frisa que não pretende retificar os arquivos SINTEGRA, mas somente demonstrar, com o cômputo dos CFOP's indevidamente omitidos, o real

levantamento quantitativo de estoques, em que não há as omissões apontadas pelo fisco.

Explica que a diligência requerida teve como principal objetivo demonstrar que as quantidades de entradas e de saídas, registradas no levantamento quantitativo de estoques, encontram-se em absoluta conformidade com os documentos fiscais emitidos, independentemente do que se encontra registrado no SINTEGRA.

Reitera o pedido de diligência.

Quanto à Infração 8, pede a declaração de nulidade, pois, embora o autuante tenha concordado com os argumentos da defesa, quando realizou as exclusões determinadas pela diligência, permaneceu cobrando valor manifestamente indevido, não tendo explicado as razões para deixar de cumprir integralmente a diligência, omitindo-se em elaborar demonstrativo pormenorizado que possibilitasse verificar as discordâncias que permaneciam objeto de cobrança.

Defende que o ato de cientificação da diligência fiscal é nulo, devendo ser repetido com novo julgamento pela JJF, acerca da Infração 08.

Subsidiariamente, caso não seja esse o entendimento dessa CJF, explica que apresentou, por ocasião de sua impugnação, uma lista das operações autuadas, que não teriam incidência de tributação, mas, ainda assim, constaram indevidamente dos levantamentos fiscais. Explica que se referem a “remessas para depósito fechado”, “remessa para reclassificação”, “itens incluídos na substituição tributária” e “itens isentos”.

Sobre tais operações, explica que a JJF reconheceu que tais notas fiscais devem ser retiradas dos demonstrativos, restando, portanto, retirar os demais produtos, tais como “pá de lixo condor”, “gancheira condor” e “açúcar demerara”, impondo-se, para tanto, resposta à diligência com ampla e profunda análise dos demonstrativos produzidos pela defesa, em que se apresentaram todas as linhas dos demonstrativos fiscais que deveriam ser excluídas, corrigindo os erros cometidos pelo autuante.

Quanto à Infração 11, afirma que deveria ser julgada materialmente nula, por a Recorrente viu-se na contingência de refazer o demonstrativo fiscal, corrigindo diversos erros, alguns deles grosseiros, para viabilizar a demonstração do excesso cobrado.

Dentre tais erros, explica que havia: *“a) erro na inserção de valores contábeis das NF; b) erro na inserção de MVA's; c) cobrança de ICMS-ST em relação a itens sujeitos a tributação normal; d) falta de redução da base de cálculo para itens farmacêuticos e odorizantes de ambiente; e) cobrança de alíquota de 27% para itens cuja alíquota é 17%; e f) descon sideração dos recolhimentos registrados no LRE, nas GNRE's e feitos por contribuintes substitutos”*.

Explica que, apesar da variedade de erros, a JJF homologou a alteração do lançamento, reduzindo o valor lançado para R\$10.619,90.

Afirma existirem outros erros, não havendo outra alternativa, senão determinar outra diligência para que sejam validados os resultados apresentados.

Pede a realização de diligência por membro da ASTEC, para o fim de adoção das providências listadas às folhas 990/991.

Às folhas 997/998, foi emitido parecer pela PGE/PROFIS, recomendando a realização de diligência fiscal pela Astec, com o objetivo de elucidar as questões suscitadas às folhas 990/991, relativas ao aproveitamento de crédito fiscal e inclusão indevida de itens no levantamento quantitativo de estoques.

Às folhas 1001/1002, esta 2ª CJF deliberou por converter o feito em diligência, à ASTEC, para: 1) intimar o Sujeito Passivo a apresentar os documentos fiscais que acobertam as remessas e retornos de mercadorias para depósitos fechados; 2) verificar se houve, na Infração 1, glosa de créditos relativa a mercadorias sujeitas ao regime normal do ICMS; 3) ainda relativamente à Infração 1, verificar se houve aproveitamento de crédito em razão das notas fiscais mencionadas

pelo Contribuinte, em sua peça recursal, à folha 1001; 4) relativamente à Infração 2, verificar se houve aproveitamento de crédito fiscal em relação às operações com CFOP 1556; 5) verificar se há, dentre os créditos glosados, mercadorias classificadas como embalagem; 6) elaborar, após as verificações solicitadas, se for o caso, novos demonstrativos de débito, com a correção dos erros eventualmente detectados.

Às folhas 1004/1009, foi cumprida a diligência e emitido o Parecer Astec nº 0072/2015, tecendo as considerações que seguem.

Quanto à Infração 1, o auditor diligente informa que, após efetuadas as devidas verificações, constatou-se que, para efeito de glosa de créditos, foram consideradas operações com mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração do ICMS. Foi elaborado novo demonstrativo de débito, com as exclusões devidas, conforme folhas 1010/1026.

Quanto à Infração 2, informa que, após as verificações, constatou que houve aproveitamento de crédito fiscal em relação às operações com CFOP 1.556. Explica que nos documentos fiscais consta o CFOP 5.102 e não o CFOP 1.556. Informa que os materiais adquiridos são envelopes, bobinas, grampo, clips, lápis, formulários, filmes e sacos, todos materiais de uso e consumo. Informa, ainda, que não há mercadorias classificadas como embalagem cujos créditos tenha sido glosados.

Foram elaborados novos demonstrativos, conforme folha 1.028, com as devidas exclusões.

Quanto à Infração 3, constatou que a diferença entre os demonstrativos anexados pelo Autuante e os anexados pela Recorrente refere-se às remessas e retornos de mercadorias para depósito fechado. Como o Autuante já havia feito a exclusão, em sede de diligência, de tais operações, reduzindo o montante lançado para R\$8.950,56, entende que não há alteração adicional a ser feita.

Quanto à Infração 4, informa que os valores permaneceram inalterados, uma vez que o levantamento fiscal não contemplou os itens “reclassificação”, acima citados.

Quanto à Infração 11, após as verificações pertinentes, informa que o Sujeito Passivo comprovou o recolhimento de todo o tributo lançado, inexistindo diferença a recolher.

Cientificado do resultado da diligência, o Sujeito Passivo apresenta manifestação às folhas 1244/1248, aduzindo o que segue.

Afirma que a diligência realizada não supriu totalmente as omissões apontadas, devendo ser revista com base nas razões a seguir aduzidas.

Quanto à Infração 1, requer nova intimação para manifestar-se acerca dos demonstrativos de folhas 1010/1026, a fim de que possa verificar quais mercadorias em regime ST tiveram o crédito indevidamente aproveitado, a ponto de justificar o aumento da Infração de R\$27.645,79 (valor julgado pela 6ª JF) para R\$71.041,77, maior, inclusive, que o valor lançado (de R\$56.409,17).

Argumenta que, embora o diligente tenha dito que houve aproveitamento de crédito fiscal, relativamente às mercadorias com CFOP 1.556, os registros fiscais juntados demonstram que todas as notas fiscais com CFOP 1.556 foram lançadas sem aproveitamento de crédito fiscal, devendo ser verificados os livros fiscais.

Alega que as notas fiscais de sacos plásticos e embalagens, especialmente as emitidas pelo fornecedor Termoplast, correspondem a materiais de embalagens e, ainda que registrados com CFOP 1.556 (com erro), devem ter seus créditos fiscais devidamente aproveitados.

Quanto às infrações 3 e 4, a despeito da informação do diligente, no sentido de que as remessas e retornos para depósitos fechados, bem como as reclassificações, já tinham sido excluídas, mantendo-se o valor da autuação, assegura que tal afirmativa não procede. Explica que o problema é justamente a exclusão da movimentação quantitativa de remessas e retornos para depósitos fechados e reclassificações do levantamento quantitativo, pois havendo entrada e saída física de um estabelecimento para o outro, ou a baixa de item para criação de um outro, deve

haver a consideração dos documentos fiscais correspondentes, sob pena de mácula à higidez da auditoria.

Quanto à Infração 8, afirma que a diligência não se pronunciou, porém reitera as suas razões recursais pela necessidade de reconhecimento da improcedência dos valores restantes pelos motivos já expostos. Isso, também, porque, pelo demonstrativo apresentado que a omite a citada infração, afirma terem restado dúvidas quanto à sua permanência.

Reitera todos seus pedidos recursais.

À folha 1252, a PGE/PROFIS recomenda uma nova remessa dos autos à ASTEC, com vistas a manifestação acerca das omissões indicadas pelo Contribuinte. Às folhas 1254/1255, esta 2ª CJF acolheu a recomendação feita pela PGE/PROFIS, tendo baixado o feito em nova diligência à ASTEC.

Às folhas 1259/1263, foi emitido novo parecer Astec, com as considerações que seguem.

Quanto às infrações 1 e 2, informa que foram efetuadas as devidas verificações, tendo decorrido as exclusões e reduzido o valor lançado para R\$875,73 (Infração 1) e R\$10.206,53 (Infração 2), conforme folhas 1264/1268.

Quanto às infrações 3 e 4, Reiterou os termos de sua diligência, sem fazer qualquer alteração nos demonstrativos. Quanto à Infração 8, explica que não foi objeto da diligência solicitada.

Cientificada do resultado da diligência, a Recorrente apresenta manifestação às folhas 1276/1286, aduzindo as razões que seguem.

Quanto à Infração 1, explica que o montante mantido, R\$875,73, refere-se a cobrança relativa a “ração granulada”, “gel antisséptico Higifresh” e “colas adesivas”. Sobre a “ração granulada”, e o “gel antisséptico Higifresh”, afirma que o diligente incorreu em erro por se tratar de mercadorias sujeitas ao regime normal. Quanto às “colas adesivas”, afirma que não houve aproveitamento de crédito em seu livro fiscal.

Quanto ao período de 2010, afirma que as NF restantes não tiveram aproveitamento de crédito, conforme se pode verificar em seu LRE. Por outro lado, as Notas Fiscais nºs 22570 e 30571 se referem a devoluções de vendas, cujo registro de entrada deve se dar com crédito do imposto.

Quanto à Infração 2, afirma que os créditos glosados e referem a filmes e bobinas utilizados como material de embalagens, com direito a crédito, exceto a NF 490979 que se refere a mesa e cadeira, registrada sem aproveitamento do crédito.

Quanto às infrações 3 e 4, protesta pela falta de juntada dos demonstrativos que sustentem as conclusões da diligência, o que acarreta a nulidade por cerceamento do seu direito de defesa. Explica que antes do julgamento pela JJF, o Autuante aceitou incluir, nos demonstrativos, as reclassificações, não fazendo o mesmo quanto às remessas e retornos para depósitos fechados, que permanecem inflando a presente cobrança tributária.

Reitera que as remessas e retornos do armazém fechado devem constar do levantamento fiscal, pois representam movimentações físicas de mercadorias entre estabelecimentos autônomos.

Quanto à Infração 8, reproduz as razões aduzidas quando da interposição de sua peça recursal.

Quanto à Infração 11, afirma que não foi objeto de parecer ASTEC. Reitera, igualmente, as suas razões recursais neste ponto.

Às folhas 1292/1293 foi emitido opinativo da PGE/PROFIS, recomendando que fosse encaminhado o feito ao Autuante, com vistas a que se manifestasse acerca da Infração 8.

Encaminhado o feito à infaz de origem, foi designado auditor estranho ao feito, para cumprimento da diligência solicitada pela PGE/PROFIS.

Às folhas 1296/1297, foi cumprida a diligência, tendo o auditor estranho ao feito aduzido o que

segue.

Quanto à Infração 8, explica que o fiscal autuante, ao cumprir a diligência às folhas 919/920, atendeu apenas parcialmente ao quanto solicitado, tendo deixado de excluir os itens relativos a substituição tributária e os isentos de tributação. Complementou a diligência realizada, tendo apresentado novos demonstrativos, reduzindo o valor lançado para R\$1.161,41.

Quanto à Infração 11, informa que o Parecer Astec 0072/2015 (folhas 1007/1008) já atendera o solicitado, ocasião em que informou que inexistia diferença a recolher.

Cientificado acerca do resultado da diligência, o Sujeito Passivo não se manifestou.

VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 6ª JF (Acórdão 6ª JF Nº 0039-06/14) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o valor lançado, de R\$304.959,36 para o montante de R\$96.393,38, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que a redução do valor lançado está relacionada à decretação de improcedência da Infração 09 e da procedência em parte das infrações 01, 03, 08 e 11, sendo este o objeto do presente recurso.

Quanto à Infração 1, a conduta autuada foi descrita como “*utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, deduzindo duas alegações: 1) que parte das mercadorias adquiridas se sujeita ao regime normal de tributação, o que tornaria lícito o creditamento; e 2) outra parte das operações autuadas se refere a aquisições em relação às quais o Contribuinte não se apropriou do crédito fiscal.

Em sua informação fiscal, o Autuante acolheu parte das alegações defensivas, relativamente às bebidas adquiridas, pois reconheceu que tais itens somente passaram ao regime de substituição tributária a partir de abril de 2009.

A 6ª JF acolheu o resultado da informação fiscal e julgou essa infração procedente em parte.

Examinando os autos, noto que o Autuante excluiu, do lançamento, todos os créditos fiscais vinculados às bebidas, apropriados nos meses de janeiro a março de 2009, conforme se pode ler às folhas 871/878.

Noto que não merece reparo o procedimento adotado pelo Autuante, pois a legislação de vigência no primeiro trimestre de 2009 somente contemplava, em sua redação, “*cervejas e chopes - NCM 2203;*”, deixando de fazer referência a “*RUM*”, “*WHISKY*”, “*VODKA*” e demais bebidas alcoólicas, corretamente excluídas pelo preposto fiscal.

Quanto à Infração 3, a conduta autuada foi descrita como “*falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo alegado que o Autuante desconsiderou as remessas e retornos para depósito fechado, bem como as reclassificações.

Baixado o feito em diligência, o Autuante acolheu as alegações recursais somente naquilo que se reporta às reclassificações, reduzindo o valor lançado na Infração 3 para R\$8.950,56. A JF acompanhou o resultado da diligência.

Como se vê, trata-se de matéria eminentemente fática, que decorreu do exame, por parte do preposto estatal, dos documentos fiscais emitidos pelo Contribuinte. Não há reparo a ser feito

neste item.

Quanto à Infração 8, a conduta autuada foi descrita como “*deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo alegado existirem diversas operações que deveriam ser excluídas, conforme enumera à folha 535, tais como remessas para depósito fechado, remessa para reclassificação, itens incluídos no regime ST e isentos.

Baixado o feito em diligência, o Autuante, após exames das notas fiscais citadas, acolheu parcialmente os argumentos da empresa Autuada e reduziu o valor lançado para o montante de R\$23.424,97. A JJF acompanhou o resultado da diligência.

A decisão de piso não merece reparo, pois se baseou no exame dos documentos fiscais, efetuado pela autoridade fiscal, em atendimento a diligência. Mantida a decisão neste item.

Quanto à Infração 09, a conduta autuada foi descrita como “*recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Vendas efetuadas para contribuintes inscritos de mercadorias sujeitas à substituição tributária. ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo alegado que as operações autuadas se referem a saídas com mercadorias enquadradas no regime ST, cuja tributação fora antecipada.

Em sede de diligência, o Autuante reconhece que as operações autuadas contemplam, todas as operações com mercadorias cujo ciclo de tributação se encontra encerrado, tendo informado que a exclusão de tais itens faz desaparecer a cobrança relativa à Infração 9.

A JJF julgou improcedente esta Infração.

Ora, considerando que o próprio Autuante reconheceu que a tributação de tais saídas é indevida, não há porque exigir-se o diferencial do imposto calculado a menor, pois o destaque indevido do ICMS terá como consequência o pedido de restituição do tributo, em nada prejudicando o erário.

Assim, entendo que não merece reparo a decisão de piso.

Quanto à Infração 11, a conduta autuada foi descrita como “*efetuiu o recolhimento a menor 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 relacionadas nos anexos 88 e 89. ...*”. O Sujeito Passivo aponta diversas falhas no demonstrativo fiscal apresentado.

Baixado o feito em diligência, o Autuante, após exames das provas acostadas pela empresa, excluiu os itens cuja substituição tributária havia sido feita pelos fornecedores, conforme explicita à folha 924, o que reduziu o valor lançado de R\$70.442,60 para R\$10.616,90. A JJF acompanhou o resultado da diligência.

Considerando que a redução do valor lançado foi apurada pelo próprio Autuante, após exame das notas fiscais acostadas pela defesa, entendo que a decisão da JJF se encontra adequada, não merecendo reparo.

Assim, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Denego o pedido de diligência por entender que os elementos dos autos são suficientes à formação de minha convicção.

Quanto ao Recurso Voluntário, a peça recursal ataca a decisão recorrida naquilo que se reporta às infrações 1, 2, 3, 4, 8 e 11, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso.

Como não foram deduzidas questões preliminares, adentro diretamente no mérito do recurso.

Quanto à Infração 1, a conduta autuada foi descrita como “*utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. ...*”. A Recorrente se opôs ao lançamento, deduzindo duas alegações: 1) que parte das mercadorias adquiridas se sujeita ao regime normal de tributação, o que tornaria lícito o

creditamento; e 2) outra parte das operações autuadas se refere a aquisições em relação às quais o Contribuinte não se apropriou do crédito fiscal. Acosta o seu Livro Registro de Entradas para provar o quanto alega.

Baixado o feito em diligência, por esta 2ª CJF, auditor estranho ao feito da ASTEC, apurou a existência de operações com mercadorias sujeitas ao regime normal, tendo excluído tais valores e apresentado novo demonstrativo de débito, às folhas 1010/1026, apurando um valor total de R\$71.041,77, superior, até mesmo, ao montante lançado.

Apontada tal inconsistência pelo Sujeito Passivo, que assim se manifestou, o preposto da Astec, em nova diligência, corrigiu o erro, tendo reduzido o valor lançado para R\$875,73, em conformidade com o demonstrativo de débito acostado às folhas 1264/1267.

Cientificado do resultado da diligência, a Recorrente não mais se pronunciou.

Considerando que o valor finalmente apurado pelo diligente decorreu do exame da escrita fiscal da empresa, bem como dos documentos que lhe deram suporte, entendo que deve ser acolhido o montante apurado pela Astec, cancelando o demonstrativo de débito acostado às folhas 1264/1267, no montante de R\$875,73, conforme abaixo.

MÊS	ICMS
jan/09	37,80
fev/09	136,09
mar/09	53,55
abr/09	0,00
mai/09	71,40
jun/09	0,00
jul/09	35,70
ago/09	53,55
set/09	257,90
out/09	42,00
nov/09	0,00
dez/09	0,00
jan/10	0,00
fev/10	2,87
mar/10	9,44
abr/10	67,87
mai/10	0,00
jun/10	0,00
jul/10	0,00
ago/10	0,00
set/10	0,00
out/10	0,00
nov/10	0,00
dez/10	107,56
TOTAL	875,73

Quanto à Infração 2, a conduta autuada foi descrita como “*utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ...*”. A Recorrente alega que não houve aproveitamento de crédito relativamente às entradas com CFOP 1.556.

Baixado o feito em diligência, o auditor da Astec informou que as operações autuadas não possuem o CFOP 1.556, mas o CFOP de saída 5.102 e contêm mercadorias classificadas como uso e consumo do estabelecimento, tais como envelopes, bobinas, grampo, clips, lápis, formulário, filmes e sacos, materiais de uso/consumo etc. Mantém o valor lançado.

Tomando por base a informação prestada pelo Parecer Astec 00072/2015, cujo conteúdo foi corroborado pelo Parecer ASTEC 00044/2017, entendo que não assiste razão ao Sujeito Passivo,

pois está provado o creditamento indevido relativo a aquisições de materiais destinados ao uso/consumo. Infração caracterizada.

Quanto à Infração 3, a conduta autuada foi descrita como *“falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ...”*. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo alegado que o Autuante desconsiderou as remessas e retornos para depósito fechado, bem como as reclassificações.

Baixado o feito em diligência, preposto da Astec informou, após exame da documentação acostada, que não havia alteração a ser feita, tendo mantido o valor julgado pela 6ª JF.

Entendo que a decisão de piso não merece reparo, pois a movimentação de estoques não necessita computar as movimentações entre o estabelecimento fiscalizado e o depósito fechado, pois ambos os estoques devem compor o saldo total dos estoques inicial e final. Caso a diferença apontada guarde relação com essa movimentação específica, cabe ao Contribuinte provar a existência de estoques não contabilizados, o que não aconteceu. Mantenho a decisão de piso.

Quanto à Infração 4, a conduta autuada foi descrita como *“falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. ...”*. Os argumentos aduzidos são os mesmos apontados para a infração anterior, em face do que entendo que deve ser mantida a decisão recorrida também neste item.

Quanto à Infração 8, a conduta autuada foi descrita como *“deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ...”*. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo alegado existirem diversas operações que deveriam ser excluídas, conforme enumera à folha 535, tais como remessas para depósito fechado, remessa para reclassificação, itens incluídos no regime ST e isentos.

Após várias diligências, que reduziram, sucessivamente, o valor apurado, auditor estranho ao feito, da infaz de origem, procedeu à revisão fiscal e excluiu as operações com mercadorias isentas e aquelas enquadradas no regime de substituição tributária, apresentando demonstrativo de débito às folhas 1296/1297, mediante o qual reduz o valor apurado para o montante de R\$1.161,42.

Acolho o demonstrativo de débito citado, dando provimento ao recurso neste ponto e julgando procedente em parte a Infração 8, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

MÊS	ICMS
jan/09	71,15
fev/09	102,40
mar/09	369,79
abr/09	41,11
mai/09	0,00
jun/09	13,94
jul/09	0,00
ago/09	42,82
set/09	41,99
out/09	25,89
nov/09	0,00
dez/09	7,71
jan/10	0,00
fev/10	71,97

mar/10	16,45
abr/10	29,91
mai/10	24,46
jun/10	23,67
jul/10	34,50
ago/10	84,40
set/10	23,85
out/10	0,00
nov/10	30,35
dez/10	105,06
TOTAL	1.161,42

Quanto à Infração 11, a conduta autuada foi descrita como “*efetuou o recolhimento a menor 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 relacionadas nos anexos 88 e 89. ...*”. A JJF acompanhou o resultado da diligência que reduziu o valor lançado de R\$70.442,60 para R\$10.616,90.

Em seu recurso, o Sujeito Passivo afirma que a infração deveria ser julgada nula, dada a quantidade de erros que alega existir. No mérito reitera as razões defensivas, alegando que a diligência limitou-se a excluir aquelas operações em que a substituição tributária já havia sido realizada pelos fornecedores, tendo deixado de corrigir o lançamento naquilo que se refere aos erros nas MVA's, às operações tributadas sob regime normal, aos erros na inserção dos valores contábeis das NF, à falta de consideração da redução da base de cálculo, ao uso equivocado da alíquota de 27%, e à desconsideração dos recolhimentos efetuados.

Quanto à nulidade suscitada, é importante destacar que os eventuais erros detectados, quando da feitura do lançamento, devem ensejar a sua correção, e não conduzir à nulidade do lançamento, situação extrema que somente deve ser decretada na hipótese de não ser possível promover a correção necessária, o que não é o caso. Denego, portanto, o pedido de nulidade suscitado.

Quanto ao mérito, a diligência realizada por preposto da Astec (folhas 1004/1009) indicou que inexistia mais diferença a recolher de imposto, conforme se lê em trecho à folha 1007, abaixo reproduzido.

“Portanto, tendo em vista que o autuado efetuou o levantamento por nota fiscal, e após conferência do demonstrativo elaborado pelo mesmo, verificou-se a inexistência de diferença a recolher visto que todas as notas fiscais objeto do levantamento ficou comprovado o seu recolhimento (grifo acrescido).”

Tal informação se encontra ratificada à folha 1008, no mesmo parecer, bem como à folha 1297, pelo auditor diligente, da Infaz de origem, em 06/11/2017.

Assim, julgo improdente a exigência fiscal contida na Infração 11.

Ex-positis, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para reduzir o valor lançado para o montante de R\$63.512,93, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS	MULTA
1	875,73	60%
2	10.206,53	60%
3	8.950,56	100%
4	1.485,47	60%
5	886,54	70%
6	22,97	60%
7	44,78	70%
8	1.161,42	60%
9		-
10	13.108,87	60%
11		60%
TOTAL	36.742,87	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **088502.0001/12-6**, lavrado contra **CONCORD DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no total de **R\$36.742,87**, acrescido das multas de 60% sobre R\$26.860,99, 70% sobre R\$931,32 e 100% sobre R\$8.950,56, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS