

A. I. N° - 269193.0001/17-9
AUTUADO - ZENILDA REBOUÇAS DE ALMEIDA EIRELI
AUTUANTE - GERALDO BARROS RIOS
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19/04/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0033-03/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente subsistente. **b)** UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR REFERENTE A ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração insubsistente. **c)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO POR MEIO CONVÊNIO OU PROTOCOLO, NOS TERMOS DA LC N° 24/75. Infração parcialmente subsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração não impugnada. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração não impugnada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. **a)** PRESUNÇÃO OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. APURURADAS OMISSÕES DE ENTRADAS EM VALOR SUPERIOR ÀS OMISSÕES DE SAÍDAS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **c)** RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Infrações parcialmente subsistentes. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte logra êxito parcial ao elidir a autuação. Infração parcialmente caracterizada. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado integralmente, em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/03/2017, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$1.365.383,70, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - **01.02.05** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$73.576,51, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 01.02.74. Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, nos meses de abril e junho de 2013. Exigido o valor de R\$4.396,30, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 01.02.96. Utilização indevida de créditos fiscais do ICMS relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$199.546,54, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 03.02.02. Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação de alíquota prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de agosto a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$51.582,64, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - 03.02.05. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$59.851,01, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - 04.05.05. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entradas - 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios fechados de 2013 e 2014. Exigido o valor de R\$251.531,14, acrescido da multa de 100%. Consta como complemento: “É digno de nota que o fato de o contribuinte ter tido a permissão para correção da EFD, duas vezes, durante o período da fiscalização, especialmente por inconsistências no REG. 0220. O extrato da versão definitiva de tal registro compõe, também, os anexos contidos na pasta já citada”;

Infração 07 - 04.05.08. Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios fechados de 2013 e 2014. Exigido o valor de R\$362.789,62, acrescido da multa de 100%;

Infração 08 - 04.05.09. Falta de recolhimento do ICMS 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 de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios fechados de 2013 e 2014. Exigido o valor de R\$136.220,66, acrescido da multa de 60%;

Infração 09 - 07.01.02. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$39.508,15, acrescido da multa de 60%;

Infração 10 - 07.15.05. Multa percentual de 60% sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$186.381,13.

O autuado apresenta impugnação, fls. 102 a 137, aduzindo suas razões de defesa na forma a seguir resumida.

Depois de tecer comentários sobre o fundamento jurídico de sua defesa, suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, pelo não fornecimento pela fiscalização dos

documentos destinados a comprovar a acusação fiscal objeto da autuação.

Tendo em vista o conteúdo do Auto de Infração restar pautado em atividade de fiscalização onde foram examinados documentos e elaboradas planilhas pelo Autuante, destinadas a apurar o montante do crédito tributário descrito no auto, registra que, após a conclusão dos trabalhos de fiscalização por parte do fisco, foi regularmente intimado, onde lhe foi dada cópia do Auto de Infração, bem como cópia de alguns demonstrativos e planilhas elaborados pelo Autuante, aproximadamente 30 folhas.

Esclarece que não sendo possível fazer carga do processo e examinar o Auto de Infração em sua íntegra, em condições que permitem exercer seu direito a uma ampla defesa, pois o auto é composto de aproximadamente 300.000 notas fiscais, as quais não constam do processo, sendo que o não fornecimento do total dos documentos do auto, termina por inviabilizar a defesa de mérito, onde a correção de eventuais erros que envolvem a Autuação pressupõem a conferência das planilhas e demonstrativos que integram a autuação junto com as notas fiscais, torna inviável a apresentação da defesa da melhor forma.

Destaca que o exercício do direito de defesa por parte do Autuado, pressupõe o conhecimento dos fatos e provas em que se fundamentam o lançamento fiscal descrito no auto de infração imposto ao mesmo, afim de que possa contrapor de forma efetiva às acusações. Acrescenta que, considerando não lhe ter sido dado o direito de fazer carga do processo administrativo fiscal, para ter conhecimento e examinar as provas contidas no auto da melhor forma, junto aos seus representantes e ao setor da contabilidade, como consequência desta limitação, não paira dúvidas que o fisco deve lhe, cópia integral dos documentos que compõem o Auto de Infração, de forma a permitir o exercício de uma defesa ampla de forma efetiva, consoante determina o próprio regulamento.

A respeito da exigência de fornecimento para o Autuado dos documentos que compõem a Autuação, considerando que a finalidade do processo administrativo tributário é o acerto da relação jurídica tributária, o art. 8º, §3º, do RPAF-BA/99, visando efetivar ainda mais a realização da defesa, estabelece que a obrigação de fornecer ao contribuinte os documentos que compõem o Auto de Infração, fato ignorado pelo Autuante no caso em exame, enseja a nulidade do Auto de Infração diante do fato de que não foi observada a correta aplicação da lei que regula a atividade de lançamento fiscal, cujo objetivo é justamente viabilizar o exercício da defesa por parte do contribuinte da melhor forma, em nome do consagrado o texto constitucional. Continua frisando que, em se tratando de lançamento fiscal pautado em demonstrativo de estoque, onde a conferência das planilhas, demonstrativos e notas fiscais elaborados pelo Autuante, junto com os demais documentos que compõem a autuação é de fundamental importância para viabilizar o exercício de uma ampla defesa, em face da exiguidade de tempo para elaboração da defesa, de acordo com o que determina a norma do regulamento, cuja exigência representa uma valoração das garantias de defesa próprias do processo administrativo, descritas no texto constitucional.

Afirma que, de acordo com o art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88, servem de garantias fundamentais dos contribuintes o respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, que deverão ser observados inclusive em sede administrativa, princípios estes descritos também no art. 2º, do RPAF-BA/99, que contempla outros princípios como a verdade material, de forma que toda a atividade desenvolvida no processo administrativo tributário, destinado a realizar o controle da legalidade do lançamento fiscal está subordinada a aplicação de tais princípios, e o desrespeito a eles, torna nulo o lançamento fiscal que consubstancia o Auto de Infração.

Observa que considerando que os julgamentos administrativos equivocadamente inclinam-se a reconhecer a nulidade do Auto de Infração, somente nos casos previsto no art. 18, do RPAF-BA/99, considerando que a exigência cumpre destacar que o fornecimento de todos os documentos em que se fundam a Autuação é medida que se observa em função do que prevê o texto constitucional, pois visa viabilizar o exercício do direito de defesa, não paira dúvidas sobre a

nulidade do lançamento fiscal imposto no caso em exame, onde não lhe foram fornecidas cópias de todos os documentos em que pauta a autuação, não podendo ser realizada equivocada interpretação literal do que determina o RPAF-BA/99, para afastar a nulidade existente no auto de infração.

Ressalta o posicionamento a respeito do critério de interpretação literal da Lei aceito pelo STF e reproduz o teor de julgados desta Corte sobre o tema.

Observa que entendimento diverso para afastar a nulidade, não pode prevalecer, já que não leva em conta outros critérios utilizados para interpretar a lei, atendo-se, só e somente só, a interpretação literal do art. 18, do RPAF-BA/99, para reconhecer a nulidade, sob pena de violar garantias constitucionais garantidas por norma do regulamento e por norma constitucional, destinada a viabilizar o exercício de sua ampla defesa.

Destaca que diante do que determina o regulamento e o texto constitucional, o fornecimento de todos os documentos que acompanham o Auto de Infração, bem como o disco de armazenamento de dados contendo as planilhas e demonstrativos apresentados pelo Autuante, constituem direito do fundamento do contribuinte por ser destinado a viabilizar o exercício da defesa do mesmo.

Afirma que tais direitos revelam-se indispensáveis no caso em exame em função da natureza da autuação que demanda a conferência das planilhas e demonstrativos, mesmo porque, sendo o lançamento do crédito tributário, atividade administrativa vinculada, obriga-se o fisco a agir de acordo com lei, por ser sua atividade vinculada, uma vez que a finalidade do processo administrativo tributário é promover o acerto da relação tributária, onde são impostos direitos e deveres à administração e aos administrados.

Observa que, de acordo com o princípio da legalidade, que legitima todo o agir tributário de forma a estabelecer o caráter objetivo e impessoal da autoridade administrativa, a autoridade responsável pelo lançamento fiscal deve agir em conformidade com a norma jurídica que disciplina e instrumentaliza sua atuação, de forma que não é uma faculdade do Autuante fornecer ou não todos os documentos que compõem a autuação para o contribuinte, bem como as planilhas e demonstrativos elaborados em função dos autos, através de disco rígido de armazenamento de dados, por serem tais atos inerentes ao exercício do que determina o regulamento e o texto constitucional que regula a atividade vinculada do Autuante na realização do lançamento fiscal.

A respeito da importância dos princípios que subordinam todo o agir da autoridade administrativa, trás a colação dos ensinamentos dos juristas pátrios, Antônio Silva Cabral, Odete Medauar, Lúcia Valle de Figueiredo, Celso Antonio Bandeira de Melo, Jesus Leguina Vila e Fabio Konder Comparato, para ilustrar o entendimento doutrinário sobre o tema.

Observa que prevalece no constitucionalismo contemporâneo, a idéia de que os princípios são normas, diferente das demais normas, visto que os princípios são normas em virtude das quais as demais normas do ordenamento jurídico devem se orientar, o mesmo acontecendo com a atividade da administração pública, para que possa ser considerada válida, deverá estar norteada em função do que determina a ampla defesa, no processo administrativo sob pena de nulidade.

No que diz respeito à Infração 01, assinala que a irregularidade que o Autuante diz existir para cobrança do imposto, objeto do auto está vinculada a classificação fiscal de produtos, que ensejam o seu enquadramento no regime de substituição tributária ou antecipação, previsto no Anexo I, do RICMS-BA/2012. Frisa que para este fim, no entanto, deve ser observada a regra geral que diz que a mercadoria, para ser enquadrada no regime de substituição tributária interna, a sua classificação - código NCM/SH-Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema de Harmonização) e descrição devem estar, ambas, expressamente indicadas no Anexo I, do RICMS-BA/2012,

Observa que o exame do Auto de Infração, revela que o Autuante aponta no corpo do auto haver irregularidade nos seguintes produtos: Preparo para sorvete em pó 150gr; Salgadinho 50gr

Amendupã e Troféu; Energético Guaramix - NCM 22021000, Energético Guarateen - NCM 20098000, Energético Guarafit NCM - 22021000(em várias embalagens,); Chocolate Gran Mil Cores Colorido de 80gr e 150gr e Alpiste, merecendo reforma, face a alguns equívocos cometidos pelo Autuante que destaca:

I - Preparo para sorvete em pó 150gr (diversos sabores) - NCM 21069029. Embora a NCM 2106 conste no item 39 do Anexo I do RICMS-BA/12, revela-se indevido o enquadramento, pois o produto cuja descrição consta no Anexo, refere-se a preparados para fabricação de sorvetes em máquina e o produto objeto da infração destina-se à produção caseira em embalagem de 150gr.(cópias das notas fiscais em anexo,), ou seja não existe a devida descrição, já que não se trata de produto destinado à produção de sorvetes em máquinas próprias de sorveteria, o que não permite o enquadramento ao Anexo;

II - Salgadinho 50gr Amendupã e Trofeu (diversos sabores) - NCM 19059090. Diz que, embora a NCM 1905 conste no item 33.1 e 33.2 do Anexo I do RICMS-BA/12. Observa que o salgadinho industrializado em questão não se encontra ali descrito. Afirma que os salgadinhos industrializados que consta do Anexo no item 38, é da NCM 1904, que são produzidos a base de cereais obtidos por expansão ou torrefação e os á base de batata NCM 20052000, amendoim ou castanha de caju NCM 20081100 (cópias das notas fiscais em anexo), nos termos do que orientam os Pareceres da Administração Tributária Nº 25659/2011 e Nº 10.673/2008, não havendo aqui possibilidade de enquadramento para cobrança de substituição tributária;

III - Energético Guaramix NCM 22021000, Energético Guarateen - NCM 20098000, Energético Guarafit - NCM 22021000(em várias embalagens,), no caso destes itens, diz existir erro gerado pela descrição do produto que consta na nota fiscal, nome do produto, pois embora a descrição do produto na nota destaque como energético, trata-se de um refresco que possui NCM diverso, por se tratar de composto com adição de açúcar, ou seja, em que pese na nota constar o nome do produto energito. Revela que o NCM do Produto e sua descrição, não constam no anexo, que contempla no item 6, como bebidas energéticas e isotônicas o NCM 21.06.9 e 2202.9, o que torna indevida a Autuação;

IV - Granulados mil cores colorido de 80gr e 150gr - Esclarece que a NCM 17049020 - refere-se a granulados coloridos utilizados em confeitarias de doces, os quais não são a base de chocolate, de forma a enquadrar o produto destacado pelo Autuante no anexo 11, possuindo assim NCM e descrição diversa, que não permite enquadrar o produto no regime de substituição, valendo destacar que em algumas notas serve de prova da diferenciação, onde são apresentados produtos com o NCM 18069000, que se encontram no item 11 do Anexo e são da antecipação tributária, justamente em função de tratar de produtos a base de chocolate/cacau, conforme cópias das notas fiscais em anexo);

V - Alpiste - NCM 10083090 – Assinala que este produto não consta no Anexo I, do regulamento, portanto tributado normal, o que denota a improcedência da cobrança do imposto, relativa a substituição tributária.

Menciona que, considerando os equívocos existentes na autuação no que diz respeito à identificação dos produtos acima descritos em função do NCM e descrição, em relação ao quanto disposto no Anexo I, do Dec. 14.213/2012, resta claro e provado que não pode subsistir a cobrança descrita no auto, objeto desta infração, pelo que deve ser dado provimento às alegações da defesa, julgando-se improcedente a Autuação.

Quanto à Infração 02, destaca que a autuação lhe imputa a utilização do crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias, adquiridas de outra unidade da Federação, crédito que teria sido pago no mês anterior, mas em valor superior ao efetivamente recolhido, restando destacado a utilização do crédito indevido da antecipação parcial referente aos meses de março de 2013 e maio de 2013.

Afirma que não merece prosperar as alegações do Autuante, se forem examinadas, no mês de Março /2013, as Nota Fiscais nº 650202 e nº 650203 ambas de 16/03/2013, emitidas pela empresa

Heinz Brasil S.A. e no mês de Maio/2013, a Nota Fiscal nº 698377 e a Nota Fiscal nº 698378, ambas de 29/05/2013, todas as notas emitidas pela empresa Heinz Brasil S.A., cuja cópia segue anexo, onde os valores devidos relativos à antecipação parcial de R\$1.194,51; R\$803,16; R\$1.159,40 e R\$1.239,22 respectivamente, foram recolhidos através de GNRE, conforme prova os documentos anexos(Doc. II, 1 e Doc. 11.2), sendo que os recolhimentos constam no extrato de recolhimentos de ICMS da Autuada(Doc.II,3) , o que demonstra a improcedência da cobrança, descrita no auto, feita por parte do Autuante, que deverá ser julgada improcedente.

Em relação à Infração 03, destaca que de acordo com os demonstrativos das Notas Fiscais apontadas em relação ao ano de 2013, restou o valor total de R\$160.328,66, merecendo, contudo, revisão dos valores apontados na autuação. Isso porque, em relação ao item I - Goiás - o Óleo vegetal comestível e outras mercadorias lhe foram remetidas de estabelecimento industrial, conforme cópias das notas fiscais em anexo com CFOP 6.101 - Venda de produção do estabelecimento. Portanto não enquadradas no Item 1.9 e 1.12 do Anexo I, do Dec. 14.213/12, totalizando um valor de R\$46.652,63, que deve ser excluído do auto, por ser a cobrança indevida. Esclarece que em meio às notas fiscais citadas encontrou o valor de R\$93,71, que se refere à revenda CFOP 6.102 que não foi feito o estorno de crédito.

Em relação às outras mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista, objeto do Item 1.12, conforme cópias das notas fiscais e cópias das planilhas, procedeu o estorno de crédito do Anexo I, do Dec. 14.213/12, totalizando um valor de R\$3.298,65, como indevido, sendo que neste item, relativo a outras mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista, conforme cópia das notas fiscais e cópias das planilhas de estorno de crédito em anexo, existe um valor devido, objeto da autuação, no valor de R\$1.168,48, que ora se reconhece para fins de parcelamento,

No que diz respeito ao Item 2, relativo às operações oriundas do Estado de Minas Gerais, observa que em relação às mercadorias enquadradas nos itens 2.1, 2.9 e 2.11 do Anexo I, do Dec. 14.213/12, objeto das notas fiscais anexas, realizou como manda a lei, estorno de credito que consta nas planilhas em anexo, totalizando um valor de R\$29.102,61, a ser excluído da Autuação, sendo que em relação a estas mercadorias, conforme prova as notas fiscais anexas e planilhas, não realizou o estorno, totalizando um valor de R\$19.353,38, que ora reconhece como devido para fins de parcelamento.

Destaca que se revela indevida a cobrança dos valores objeto da mercadoria apontada como Leite Longa Vida, pois embora na descrição esteja como leite, na verdade o produto comercializado diz respeito a bebidas alimentares/bebida láctea e soro de leite, portanto não se enquadra no item 2.11 do Anexo I, do referido Decreto, conforme se observa das cópias das notas fiscais, tabela TIPI com os devidos NCM em anexo, o que resulta num valor de R\$60.659,20, a ser excluído da cobrança, objeto da autuação, uma vez que o NCM do leite é 040011010, 04012010 e 04014021, razão pela qual o produto comercializado, não se submete à restrição relativa à utilização do crédito, como sustenta o Autuante. Esclarece que, prevalecendo as impugnações acima descritas em relação à exigência descrita no auto, persiste um valor devido que totaliza em relação ao ano de 2013 de R\$20.615,57, que ora se reconhece como devido para fins de parcelamento.

Em relação ao ano de 2014, as notas fiscais apontadas nessa infração representam o valor total de R\$143.860,53, merecendo revisão com base nas mesmas alegações, pois, no Item 1, as mercadorias oriundas do Estado de Goiás relativas ao óleo vegetal comestível e outras mercadorias remetidas de estabelecimento industrial, conforme prova as cópias das notas fiscais em anexo, onde consta CFOP 6.101 - que destaca “venda de produção do estabelecimento” e por isso mesmo não enquadradas no Item 1.9 e 1.12 do Anexo I, do Dec. 14.213/12, resultam num valor de R\$46.514,58, que se revela indevido na cobrança descrita no auto, valor este que deve ser excluído do Autor, sendo que após análise, verificou em meio às notas fiscais citadas, o valor de R\$95,53, que se refere à revenda CFOP 6.102, nas quais não foi feito o estorno de crédito, sendo por isso devido ao fisco, tal valor.

No que diz respeito ao enquadramento de outras mercadorias, item 1.12 do auto remetidas de estabelecimento atacadista, objeto das cópias das notas fiscais anexas, cumpre observar que, consoante prova as planilhas também anexas, realizou o estorno de crédito, nos termos do Anexo I, do Dec. 14.213/12, o que resulta da exclusão do valor de R\$2.828,03, objeto da cobrança descrita no auto. Vale destacar que nas Notas Fiscais de N°s 194076, 174, 549, 255702, 365707, 365888 da planilha em anexo, o estorno de crédito, objeto da autuação não foi feito, totalizando um valor de R\$1.357,95, como devido, cujo pagamento será realizado mediante parcelamento.

Menciona carecer de revisão também o Item 2 do auto, onde se destaca as operações oriundas do Estado de Minas Gerais, pois, em relação às mercadorias enquadradas nos itens 2.1, 2.9 e 2.11 do Anexo I do Dec. 14.213/12, que constam das notas fiscais que acompanham a defesa, procedeu ao estorno de crédito conforme consta nas planilhas, também em anexo à defesa, totalizando um valor de R\$38.524,51, que deve ser excluído da cobrança descrita no auto, excetuando as Notas Fiscais de n°s: 56756, 5290, 11256, 49724, 49723, 11545, 65838, 49725, 55542, 71096, 71097 da planilha em anexo, cujo estorno de crédito não foi feito, totalizando um valor de R\$10.504,02, sendo este valor devido.

Prossegue frisando que na mesma linha de defesa já narrada acima, a mercadoria apontada como “Leite Longa Vida” embora contenha essa descrição, na verdade, diz respeito a bebidas alimentares/bebida láctea e soro de leite, e não Leite como sustenta o Autuante, portanto, não se enquadra no item 2.11 do Anexo I, do referido Decreto, consoante prova as cópias das notas fiscais, tabela TIPI com os devidos NCM em anexo, totalizando um valor de R\$44.035,91, a ser excluído da cobrança descrita no auto de infração, restando devido em relação à Infração 03, no ano de 2014 um total de R\$11.957,50.

Observa que do total apurado nessa infração, diante das impugnações apresentadas acima, resta como devido e reconhecido um valor total de R\$32.573,07, sendo R\$20.615,57, relativo ao ano de 2013 e R\$11.957,50, relativos ao ano de 2014, o que afirma reconhecer para fins de parcelamento da dívida, devendo ser julgado improcedente o Auto, em relação aos valores, objeto da Impugnação, os quais não foram reconhecidos como devidos.

No que concerne à Infração 09, assinala que as notas fiscais apontadas nessa infração em relação ao ano de 2013, resultam no valor total de uma dívida de R\$34.277,09, merecendo revisão, no entanto, considerando que no auto alguns fatos foram ignorados, revelando a existência de cobrança de valores indevidos.

Diz lhe chamar atenção o erro que diz respeito à utilização da alíquota de 17%, adotada para apuração do Imposto, considerando que possui regime de acordo para fins de recolhimento do ICMS nas operações de venda com alíquota de 10%.

Destaca que o Item 2, relativo às operações de Minas Gerais, as mercadorias apontadas como enquadradas no item 2.1, do Anexo I, do Dec. 14.213/12, no caso Salgadinho, conforme consta das cópias das notas fiscais, que segue anexo, foram adquiridas de estabelecimento industrial CFOP 6.101, ou seja, venda de produção do estabelecimento, e não de atacadistas como indica a autuação, portanto não se enquadra no que determina o decreto, o que enseja a exclusão do valor de R\$1.325,10 da cobrança descrita nos autos

Sustenta que as mercadorias enquadradas no item 2.1 do Anexo I, do referido Decreto, relativas a aparelho de barbear, cera, sandálias havaianas, objeto das notas fiscais e planilha de antecipação tributária anexas, tiveram o imposto recolhido de forma correta com a utilização do crédito de 3%, totalizando uma cobrança indevida de R\$4.285,60, que deve ser excluída da cobrança descrita no auto, sendo que das notas apontadas na autuação, em apenas 06 não foi feito o recolhimento da diferença do imposto totalizando R\$3.470,23, como devido.

No que diz respeito às mercadorias enquadradas nos itens 2.14, do Anexo I, do Dec. 14.213/12, no caso macarrão, esclarece que se revela impossível pretender a cobrança dos valores devidos, uma vez que o item 2.14 foi acrescentado pelo Dec. 14.341 de 01/03/2013, ao Anexo I, do Dec.

14.213/2012, com efeitos a partir de 02/03/2013, por isso, as notas fiscais apontadas nesse item, relativas aos meses de janeiro e fevereiro de 2013, não se enquadram nessa infração, já que à época da realização das operações de venda, o dispositivo no qual se fundamenta a cobrança não possuía vigência, tornando impossível a aplicação para determinar a cobrança do valor de R\$8.128,51, devendo por isso mesmo tal valor ser excluído do Auto de Infração.

Declara que em relação às demais notas fiscais de macarrão apontadas, não houve infração descrita no auto, pois o mesmo já teve o imposto recolhido, já que o fornecedor é substituto tributário com inscrição neste Estado da Bahia, tendo a mercadoria sido enviada com o imposto pago, e as diferenças foram recolhidas sem utilização de crédito, conforme planilhas em anexo, no valor de R\$20.537,88, valor este que deve ser excluído da cobrança descrita no auto de infração, sendo devido apenas os valores decorrentes das Notas Fiscais de nºs 159891, 161715, 162798, 164099, 164828 e 166264, que totalizam um valor a pagar de R\$459,31.

Esclarece que as notas apontadas na planilha com (*), trata-se de notas remetidas por um fornecedor que é substituto tributário no Estado da Bahia, Inscrição Estadual nº 130569457, com CFOP 6.401, indicando que o vendedor já recolheu o imposto incidente na operação, por se tratar de venda de produção do estabelecimento com produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, razão pela qual é indevida a cobrança de R\$3.822,00, pois é impossível avaliar a memória de cálculo usada por esse fornecedor no pagamento do imposto, pois na nota fiscal nada consta, o que impede a elaboração de cálculo para recolhimento de qualquer diferença, conforme prova a documentação anexa, de forma que o valor devido, objeto da cobrança descrita no auto relativo a Infração 09, ano de 2013 é de R\$3.929,54.

Em relação ao ano de 2014, as Notas Fiscais apontadas nessa infração no ano de 2014 no valor total de R\$5.231,05, segue a mesma sorte das alegações acima, pois, no Item 2, as mercadorias de - Minas Gerais apontadas como enquadradas no item 2.1 do anexo I, do Dec. 14.213/12, relativas ao salgadinho (cópias das notas fiscais em anexo), foram adquiridas de estabelecimento industrial CFOP 6101, ou seja, venda de produção do estabelecimento, portanto não se enquadra no anexo I do Decreto, o que enseja a improcedência do auto no valor de R\$596,28.

Quanto às mercadorias enquadradas nos itens 2.14, do Anexo I, do Dec. 14.213/12, observa que as notas fiscais revelam que o fornecedor é substituto tributário com inscrição dentro do Estado da Bahia, onde foi feito o recolhimento da diferença conforme planilhas em anexo no valor de R\$4.634,77, razão pela qual a cobrança descrita no auto relativa ao auto de infração é totalmente indevida.

Observa que do total apurado na Infração 09, diante das impugnações apresentadas acima, resta como devido e reconhecido o valor de R\$3.929,54, o qual reconhece para fins de parcelamento da dívida.

Com relação à Infração 10, assinala que das notas fiscais apontadas nessa infração no ano de 2013, no valor total de R\$99.611,17 cumpre observar os seguintes fatos passíveis de revisão do lançamento fiscal. Em relação ao Item 1 - que trata de mercadorias oriundas do Estado de Goiás, o óleo vegetal comestível e outras mercadorias remetidas de estabelecimento industrial, objeto das notas fiscais em anexo, com CFOP 6.101, revela a aquisição junto à indústria, ou seja, venda de produção do estabelecimento, e não de estabelecimento atacadista como descrito no auto, por isso não enquadradas no Item 1.9 e 1.12, do Anexo I, do Dec. 14.213/12, o que enseja a exclusão do valor de R\$31.461,54.

Destaca que o objeto do Item 1.12, do Anexo I, do Dec. 14.213/12, que trata de outras mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista, objeto das notas fiscais e cópias das planilhas anexa, revelam o valor do crédito glosado utilizado, o que enseja a exclusão da cobrança no valor de R\$1.979,16, sendo que após verificação minuciosa da autuação, constatou ser devido um total de R\$701,08, onde não foi realizada a glosa.

Em relação ao Item 2 - Minas Gerais, as mercadorias enquadradas nos itens 2.1, 2.9 e 2.11 do Anexo I, do Dec. 14.213/12, objeto das notas fiscais em anexo, observa que o valor do crédito glosado utilizado, constante das planilhas que acompanham a defesa, nos termos do que determina o regulamento, o que resulta num valor de R\$17.462,05, como indevido e que por isso deve ser excluído da cobrança descrita no auto, sendo que após a análise do auto, verificou que existe crédito que foi utilizado sem a glosa, totalizando um valor de R\$11.612,03, que revela-se devido.

Em relação a mercadoria apontada como “Leite Longa Vida”, destaca que, embora na descrição esteja dessa forma, o produto comercializado na verdade diz respeito a bebida alimentar / bebida láctea e soro de leite, portanto não se enquadra no item 2.11, do Anexo I, do referido Decreto, conforme consta das notas fiscais, tabela TIPI com os devidos NCM em anexo, não se trata de leite, totalizando um valor de R\$36.395,30, que deve ser excluído da Autuação, sendo que, prevalecendo por ser a verdade e estarem de acordo com a lei e as provas apresentadas as alegações de defesa acima, o valor total devido da Infração 10 referente ao ano de 2013 e de R\$ 12.313,11.

No que diz respeito ao ano de 2014, cujas Notas Fiscais apontadas, ora impugnadas no valor de R\$86.769,96, a correta aplicação da norma tributária enseja a revisão, já que no Item 1, que envolve as produtos oriundos do Estado de Goiás, o Óleo vegetal comestível e outras mercadorias, ao contrário do que sustenta o Autuante, foram remetidas de estabelecimento industrial, conforme prova a relação das notas fiscais em anexo, com CFOP 6.101 - venda de produção do estabelecimento, e não de atacadista, portanto não enquadradas no Item 1.9 e 1.12, do Anexo I do Dec. 14.213/12, razão pela qual, indevida a cobrança do valor de R\$28.419,71, que deve ser excluída do auto, face à sua improcedência,

Quanto à exigência, objeto do item 1.12, do Anexo I, do Dec. 14.213/12, relativa a outras mercadorias remetidas de estabelecimento atacadista, objeto das notas fiscais e cópias das planilhas anexas, carece de validade a autuação, já que ao contrário do que afirma o Autuante, houve a glosa do crédito de acordo com a lei, deve ser excluído do valor da cobrança descrita nos autos o valor de R\$2.511,59, sendo devido apenas o valor de R\$814,74, que diz respeito a operações realizadas sem a glosa.

Em relação ao Item 2, que trata das mercadorias oriundas do Estado de Minas Gerais enquadradas nos itens 2.1, 2.9 e 2.11 do Anexo I, do Dec. 14.213/12, adquiridas de atacadistas, conforme as notas fiscais em anexo, revela-se improcedente a autuação, já o pagamento do ICMS, observou a correta aplicação da lei para glosa do crédito, conforme consta nas planilhas, totalizando o valor de R\$29.417,12, sendo que após análise de todas as notas, objeto desta atuação verifica-se o valor devido de R\$6.302,40, relativa as operações de crédito feitas sem a glosa.

Revela ser indevida ainda a cobrança relativa à mercadoria apontada como “leite longa vida”, pois embora na descrição conste Leite, trata-se de bebidas alimentares/bebida láctea e soro de leite, representando produto diverso do Leite, e por isso não se enquadra no item 2.11, do anexo I do referido Decreto, conforme se observa das notas fiscais, da tabela TIPI com os devidos NCM em anexo). Por isso diz ser indevida a cobrança do valor de R\$26.421,55, que deve ser excluído do Auto de Infração, por ser manifestamente improcedente a autuação, relativa a estas mercadorias, de forma que o valor devido, objeto do auto em relação ao ano de 2014, é de R\$7.117,14.

Arremata frisando que do total apurado nesse item da autuação, diante das impugnações apresentadas acima, resta como devido e reconhecido o valor total de R\$19.430,25, sendo de R\$12.313,11 do ano de 2013 e R\$7.117,14, em relação ao ano de 2014, que diz reconhecer para fins de parcelamento da dívida.

Ao cuidar das Infrações 06, 07 e 08, destaca inicialmente a necessidade de acatamento do levantamento quantitativo de estoque feito a partir dos arquivos digitais EFD-ICMS IPI, corrigidos os erros operacionais e do programa na aplicação de fator de conversão, devendo prevalecer os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, verdade material e informalismo.

Em seguida lembra que o processo administrativo tributário, em consonância com o art. 37 da Lei Maior, assevera que “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Destaca que o princípio da razoabilidade exige do agente público que, ao realizar atos discricionários, utilize prudência, sensatez e bom senso, evitando condutas excessivas e incoerentes, de forma que não se revela razoável não lhe permitir que possa apresentar novos documentos junto com a defesa, já que no processo administrativo tributário prevalece o princípio do informalismo, razão pela qual os erros existentes no levantamento quantitativo fiscal, provados pelas planilhas que acompanham a defesa, devem ser corrigidos, mesmo no caso daqueles em que o contribuinte não conseguiu corrigir após ser intimado pelo fisco.

Revela que da análise do Auto de Infração, observa-se que para fins dos levantamentos de estoque, em que se funda a autuação relativa ao imposto apurado nessas infrações, observam-se os seguintes erros: *i)* Não foram considerados o CFOP 1.926 e CFOP 5.926 que dizem respeito à formação de KIT e *ii)* - Não foram considerados os valores corretos dos fatores de conversão da unidade de moeda para unidade de inventário.

A respeito dos erros decorrentes da unidade de conversão, onde foram encontradas as diferenças, objeto das colunas apuradas em amarelo que constam das suas planilhas, afirma que anexa à defesa em mídia digital e em papel. Diz que a análise de tais documentos evidencia de forma clara tais erros.

Declara que da análise da Planilha “A”, Anexo I, observa-se a apuração de estoque dos itens fiscalizados pelo Autuante que materializa e prova que o erro não existe no levantamento quantitativo de estoque, objeto da Autuação, em relação aos itens no ano de 2014 que elenca às fls. 129 e 130:

Informa que na “Planilha A - 2014”, Anexo 1, encontra-se a relação das notas fiscais emitidas, onde constam os itens que elencou com as devidas conversões de medida e respectivas unidades de medida, constante da nota fiscal eletrônica, servindo de prova incontestável dos erros, que ensejam a revisão da autuação objeto das Infrações 06, 07 e 08.

Observa também que os mesmos erros constam da “Planilha B -2013”, Anexo I e II, cuja relação discrimina às fls. 130 a 133.

Destaca no entanto que, inobstante terem os resultados objeto do levantamento quantitativo, elaborados pelo Autuante sido obtido a partir de informação fiscal digital que forneceu ao agente do fisco para realizar seu trabalho, os erros ora identificados decorreram do tempo exíguo, que teve para atender as solicitações do fiscal Autuante, de correção dos arquivos solicitados, os quais solicitou da SOFT HOUSE que providenciasse as correções, por ser a mesma a fornecedora do software, e foram repassados ao fiscal, sem que fosse revisados para cumprir os prazos fixados nas intimações o que não permitiu aos seus prepostos realizarem a devida verificação dos fatores de conversão contidos nos Arquivos EFD-ICMS/IPI entregues ao mesmo, os quais só foram revisados após o contribuinte ser notificado deste auto.

Esclarece que são verdadeiras as alegações do Autuante, descritas na Infração 06 de que durante a fiscalização, após verificar erros na descrição das unidades de conversão, ter permitido que a empresa por duas vezes realizasse a correção, dos arquivos magnéticos que serviram de base para realização do levantamento quantitativo de estoque, contudo, tal fato não pode ser alegado para justificar o não acatamento dos erros, encontrados nos arquivos, que ensejam as distorções existentes no levantamento quantitativo de estoque. Isso porque, assinala, por não possuir em seu quadro profissional técnico gerenciador de TI no período da fiscalização, foi vítima de problemas administrativos junto à sua contabilidade, onde foram identificados erros que implicaram na demissão de empregados e contratação de outros, o que não permitiu corrigir os erros a tempo de entregar os arquivos ao fisco, sendo que somente após a lavratura do auto passou a contar com

empregados capazes de identificar os erros contidos nos arquivos, os quais restam demonstrados nas planilhas que acompanham a defesa e precisam ser revistas, em nome da verdade material.

Arremata, assinalando que consoante consta das planilhas extraídas após a revisão do lançamento fiscal, objeto da autuação, os erros precisam ser corrigidos por serem erros que resultaram na cobrança indevida de: Ano 2013 - Infração 06 - R\$55.642,18, Infração 07 - R\$32.976,92 e Infração 08 - R\$17.397,58; Ano 2014 - Infração 06 - R\$ 41.920,52, Infração 07 - R\$34.338,13 e Infração 08 - R\$16.526,01 os quais devem ser excluídos do Auto de Infração.

Esclarece ainda que reconhece como devido os seguintes valores: Ano 2013 - Infração 06 - R\$54.210,14, Infração 07 - R\$97.824,07 e Infração 08 - R\$32.976,92; Ano 2014 - Infração 06 - R\$99.758,30, Infração 07 - R\$197.650,50 e Infração 08 - R\$69.320,15, totalizando o valor devido R\$551.704,08, que será objeto de parcelamento, desde já requerido.

Conclui reiterando seu pedido de nulidade e pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 2507 a 2512, articulando os argumentos a seguir resumidos.

Quanto à alegação da defesa de que não teve condição de exercer o direito de uma ampla defesa por não ser possível fazer carga do processo e examinar o Auto de Infração em sua íntegra, esclarece que as notas fiscais referidas são aquelas elencadas nos minuciosos demonstrativos, e que encontram-se em poder do insurgente, por terem sido emitidas ou recebidas por ele. Registra que tal linha argumentativa não encontra albergue na legislação de regência, especialmente nos artigos 142 e 143 do RPAF-BA/99.

Observa que a obviedade das condições para o exercício pleno do contraditório está na própria defesa apresentada, uma peça contendo 10 volumes.

Ao tratar do mérito da Infração 01, observa que a defesa alega que as mercadorias elencadas nos demonstrativos anexados aos autos não fazem parte da Substituição Tributária, fazendo um longo arrazoado a respeito das NCM e de detalhes específicos de cada produto, para os quais apresenta as seguintes ponderações.

- 1) **Preparo para sorvete** - NCM 2106.9029: como narrado pelo próprio defendente, todo o grupo 2106 consta do Anexo I do RICMS/2012, sem distinção;
- 2) **Salgadinhos** – neste item a defesa faz a mesma confusão que o próprio contribuinte fez, como se vê nos “print” que colaciona da EFD do mesmo (um de Entradas, outro de Saídas); para o mesmo tipo de produto, adotou, ora NCM 1905, ora 1904; mas, ambos estão no já citado Anexo I; e a descrição dos mesmos não deixa margem a dúvidas; aliás, só não teve dúvidas quanto à não tributação por ocasião das vendas, como narrado no corpo do Auto de Infração (e comprovado nos anexos dessa infração), o CFOP adotado foi 5.405 (sem destaque de ICMS, pois);
- 4) **Chocolates granulados mil cores**: Neste item, vamos poupar o precioso tempo dos julgadores; vamos só fazer um “print” da EFD do contribuinte (Saídas), onde se vê o CFOP adotado;
- 5) **Alpiste**: Afirma reconhecer o equívoco quanto a este produto, o que ocorreu somente em 2014; apesar de o mesmo ser ração para animais, sua NCM não é do grupo 2309 constante do Anexo I.

Arremata assinalando que, pelo expendido mantém a autuação parcialmente deste item de infração, enquanto apresenta um novo demonstrativo para 2014, no CD, acostado à fl. 2513, reduzindo o valor do débito para R\$23.704,26.

Infração 02 - Assinala que o Defendente apresenta cópias de GNRE das notas fiscais de Entradas. Observa que, apesar de ser incomum o pagamento de Antecipação Parcial na origem, reconhece a materialidade apresentada.

Arremata pugnando pela aceitação dos argumentos da defesa quanto a este item.

Infração 03 - Depois de reproduzir as alegações da defesa apresenta as seguintes ponderações:

Ano 2013

Esclarece que em relação às compras do Estado de Goiás, a EFD do contribuinte traz CFOP 2.102 para várias entradas que seriam 2.101, o que gerou as inconsistências defendidas. Informa que refez o demonstrativo, com o saneamento devido. Diz anexar um DANFE que faz prova de que o emitente é atacadista. No tocante ao produto “Leite Longa Vida”, advindo de Minas Gerais, estar com a discriminação errada, diz ser um argumento pueril, destacando que anexa um DANFE, onde se faz prova cabal contra tal afirmação. Observa que os créditos estornados pelo contribuinte em sua EFD já haviam sido reconhecidos, o que agora se repete.

Ano 2014

Assinala que o argumento é similar, com variação apenas de valores.

Conclui afirmando ser pela manutenção parcial deste item de infração, na forma dos novos demonstrativos apresentados e constantes do CD, fl. 2513, que reduz o valor do débito para R\$107.792,35.

Infrações 04 e 05 - Observa que o contribuinte não se insurgiu contra esses itens da autuação.

Infrações 06, 07 e 08 - Menciona que se trata de omissões decorrentes da Auditoria de Estoques em exercícios fechados.

Depois de sintetizar os argumentos apresentados pela defesa, fls. 133 e 136, esclarece ainda que o Autuado reconhece como devido os seguintes valores: Ano 2013 - Infração 06 - R\$54.210,14, Infração 07 - R\$ 97.824,07 e Infração 08 - R\$32.976,92; Ano 2014 - Infração 06 - R\$99.758,30, Infração 07 - R\$ 197.650,50 e Infração 08 - R\$69.320,15, totalizando o valor devido R\$551.704,08, informando o Defendente que será objeto de parcelamento desde já requerido.

Observa que reconhece o esforço do contribuinte para regularizar a EFD. Frisa que os demonstrativos apresentados têm como base tal EFD corrigida por mais de uma vez, como dito no corpo do Auto de Infração e reconhecido pela defesa.

Diz ser o caso deste CONSEF decidir pela aceitação ou não de novas correções após o contencioso estabelecido. Acrescenta que, em caso positivo, as planilhas apresentadas pela defesa são aceitáveis. Caso em que caberiam os valores trazidos no parágrafo anterior, bem como multa formal por EFD em desconformidade, o que não pode ser efetivada nesta fase do processo.

Conclui destacando que, em relação aos fatos postos pela Impugnante, se abstém de opinar quanto às razões conceituais trazidas pela defesa para esses itens.

Infração 09 - Depois de reproduzir as alegações da defesa, alinha os pontos que se segue:

Quanto à alíquota utilizada nos demonstrativos ter sido 17% e não 10%, não tem fundamento o argumento da defesa, tendo em vista o contido no art. 4º, inciso I, do Dec. 7799/2000: *A redução da base de cálculo prevista no art. 1º. não se aplica às operações sujeitas à substituição tributária.*

Sobre o produto “salgadinhos” advir de indústria, informa que acatou a alegação, e refez os demonstrativos excluindo tal item, como se vê nos Anexos da Informação Fiscal.

Em relação à informação de que aparelho de barbear, etc. tiveram o imposto calculado com o crédito correto de 3%, não procede, como se pode notar na amostragem de DANFES que ora apensa aos autos.

No tocante ao item macarrão: 1) destaca que refez os demonstrativos, considerando tal produto só a partir de 02/03/2013; 2) sobre a alegação de ter recolhido a diferença entre o imposto antecipado pelo substituto tributário, com crédito de 7%, o que estaria correto, com alíquota ZERO, não apresentou prova de tal feito, de modo a elidir aquela posta no Anexo da infração, e citada no texto do Auto.

Pugna pela manutenção parcial deste item de infração, na forma dos novos demonstrativos apresentados e constantes do CD, fl. 2513, reduzindo o valor do débito para R\$30.432,43.

Infração 10 - Registra que este item da autuação é um desdobramento da Infração 03; os créditos glosados repercutem no cálculo da antecipação parcial. Observa que os argumentos ali aceitos o são também aqui e os rejeitados, *idem*.

Conclui pugnando pela manutenção parcial deste item de infração, na forma dos novos demonstrativos apresentados e constantes do CD, fl. 2513, reduzindo o valor do débito para R\$140.395,85.

Em pauta suplementar, esta 3ª JJF decidiu converter os autos em diligência, fl. 2527, para que fosse dada ciência ao Impugnante da informação fiscal prestada pelo Autuante.

Intimado na forma regulamentar, fl. 2531, o Defendente recebeu cópia integral da informação fiscal e seus anexos e não se manifestou nos autos.

Constam às fls. 2535 a 2549, extrato do SIGAT discriminando o pagamento parcial do débito lançando de ofício efetuado pelo Impugnante.

VOTO

Inicialmente cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pela defesa sob o fundamento de que ocorrera cerceamento de seu direito de defesa pelo fato de que não fora permitida fazer carga do processo para exame de suas peças, bem como por não lhe terem sido entregues todas as cópias dos demonstrativos e planilhas elaborados pelo Autuante.

Depois de examinar as peças que compõem os autos, constato que não assiste razão ao Impugnante em sua pretensão de inquirir de nulidade o presente Auto de Infração. Primeiro, que pelo fato de inexistir previsão legal no RPAF-BA/99 para o sujeito passivo fazer carga dos autos, tal fato não se constitui motivo de nulidade, uma vez que são propiciados ao Defendente todos os meios de acesso físico e eletronicamente a todas as peças que o integram, portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa. Segundo, constam dos autos às fls. 33 a 41, os recibos de entrega de todos os demonstrativos e planilhas sintéticas e analíticas da apuração de todos os itens da autuação. Ademais, a maior parte, se não a integralidade das peças que compõem os autos, tem origem ou foram fornecidas pelo próprio autuado. Logo, fica patente no presente Auto de Infração a inexistência de qualquer óbice ao pleno exercício da ampla defesa pelo Impugnante.

Verifico também que se encontram presentes todos os requisitos exigidos pela legislação de regência para a formalização do PAF, precipuamente no RPAF-BA/99. Afiguram-se, claramente explicitados: a base de cálculo, o crédito fiscal exigido, e a multa aplicada, evidenciados de acordo com demonstrativo detalhado do débito e com a indicação e a qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos e a tipificação da multa aplicada. Constató também que não estão presentes nos autos quaisquer dos motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Assim, fica inteiramente ultrapassado o questionamento em torno da preliminar suscitada.

No mérito, o Auto de Infração se constitui de dez infrações à legislação baiana do ICMS, na forma enunciada no preâmbulo do relatório.

No tocante às infrações 04 e 05, verifico que não foram objeto de impugnação. Logo, por inexistir nos presentes autos lide em torno desses dois itens da autuação ficam mantidas as exigências a eles atinentes.

A Infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, consoante demonstrativo acostado às fls. 44 a 51.

A defesa alegou em sua impugnação a existência no levantamento fiscal de diversos itens de mercadorias que indicou que não estariam submetidos ao regime de substituição tributária.

Ao proceder a informação fiscal, o Autuante explicou que somente assiste razão ao Defendente em relação à mercadoria Alpiste no exercício de 2014 por não pertencer ao grupo 2309 constante do Anexo 1. Informou que refez o demonstrativo que acostou à fl. 2513, reduzindo o valor do débito para R\$38.357,69.

Depois de compulsar os elementos carreados aos autos no transcurso do contraditório verifico que assiste razão ao Autuante em reconhecer parcialmente o pleito da defesa, uma vez que lastreada em provas e com respaldo na legislação de regência. Em relação aos energéticos Guaramix, Guarantee, Guarafit restou indubitado nos autos pelas respectivas NCMs e pela descrição desses produtos nas notas fiscais e na EFD que esses produtos estão sujeitos ao regime de substituição tributária.

Acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante que contemplou as alegações comprovadas da defesa e reduziu o valor do débito para R\$38.357,69, fl. 2513.

DEMONSTRATIVO - Infração 01								
2013	Base de Cal.	%	V.Dev.		2014	Base de Cal.	%	Multa
31/01/13	16.049,00	7%	1.123,43		31/01/14	23.406,00	7%	1.638,42
28/02/13	9.689,00	7%	678,23		28/02/14	13.492,00	7%	944,44
31/03/13	15.605,29	7%	1.092,37		31/03/14	20.473,14	7%	1.433,12
30/04/13	24.834,86	7%	1.738,44		30/04/14	36.248,43	7%	2.537,39
31/05/13	6.646,29	7%	465,24		31/05/14	28.924,43	7%	2.024,71
30/06/13	8.883,71	7%	621,86		30/06/14	10.993,71	7%	769,56
31/07/13	23.845,00	7%	1.669,15		31/07/14	26.661,71	7%	1.866,32
31/08/13	17.047,71	7%	1.193,34		31/08/14	34.942,00	7%	2.445,94
30/09/13	9.493,71	7%	664,56		30/09/14	25.419,29	7%	1.779,35
31/10/13	21.987,43	7%	1.539,12		31/10/14	15.971,29	7%	1.117,99
30/11/13	26.202,57	7%	1.834,18		30/11/14	55.862,43	7%	3.910,37
31/12/13	29.064,86	7%	2.034,54		31/12/14	46.237,86	7%	3.236,65
Total			14.654,46		Total			23.704,26
TOTAL GERAL 38.358,69								

A Infração 01 resta parcialmente caracterizada.

A Infração 02 cuida da utilização a mais de crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação.

O Autuado apresentou cópias das GNRE relativas às notas fiscais de entradas comprovando o recolhimento da antecipação parcial.

O Autuante concordou com as alegações da defesa e reconheceu a descaracterização da autuação acolhendo comprovação carreada aos autos.

Assim, ante a inexistência de lide concluo que a Infração 02 é insubsistente.

A Infração 03 imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de créditos fiscais do ICMS relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

O defendente pugnou pela procedência parcial da autuação elencando algumas supostas inconsistências no levantamento fiscal.

O Autuante acolheu a inconsistência relativa às compras do Estado de Goiás por constatar que o equívoco decorreu do fato de a EFD do Autuado constar em várias operações escrituradas o CFOP 2.192 para entradas, cujo CFOP seria 2.102. Traz prova também através de cópia do DANFE para comprovar que o emitente é atacadista. No tocante ao produto “leite longa vida” advindo de Minas Gerais, assinala que está com a discriminação errada conforme cópia de DANFE que acosta aos autos para comprovar. Explicou também que os créditos estornados pelo contribuinte na EFD já haviam sido reconhecidos. Concluiu informando que refez o demonstrativo de apuração que

acosta no CD, fl. 2513, discriminando analítica e sinteticamente a redução do débito para o valor de R\$107.792,35.

Depois de examinar a pertinência das intervenções levadas a efeito pelo Autuante, acolho o novo demonstrativo de débito elaborado por ocasião da informação fiscal.

DEMONSTRATIVO - Infração 03							
2013	Base de Cal.	%	Multa	2014	Base de Cal.	%	Multa
31/01/13	2.527,29	7%	176,91	31/01/14	28.533,14	7%	1.997,32
28/02/13	2.543,29	7%	178,03	28/02/14	66.842,14	7%	4.678,95
31/03/13	17.672,57	7%	1.237,08	31/03/14	0,00	7%	0,00
30/04/13	189.531,43	7%	13.267,20	30/04/14	119.043,57	7%	8.333,05
31/05/13	165.384,29	7%	11.576,90	31/05/14	35.911,29	7%	2.513,79
30/06/13	119.748,00	7%	8.382,36	30/06/14	102.344,43	7%	7.164,11
31/07/13	138.362,71	7%	9.685,39	31/07/14	29.508,71	7%	2.065,61
31/08/13	-19.311,86	7%	-1.351,83	31/08/14	0,00	7%	0,00
30/09/13	87.888,00	7%	6.152,16	30/09/14	39.022,14	7%	2.731,55
31/10/13	112.077,14	7%	7.845,40	31/10/14	98.279,43	7%	6.879,56
30/11/13	40.328,86	7%	2.823,02	30/11/14	64.993,71	7%	4.549,56
31/12/13	71.192,29	7%	4.983,46	31/12/14	27.468,14	7%	1.922,77
Total			64.956,08	Total			42.836,27
TOTAL GERAL 107.792,35							

Assim a Infração 03 resta parcialmente subsistente no valor de R\$107.792,35, fl. 2513.

A Infração 10 exige multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saídas posteriores tributadas normalmente, consoante demonstrativos acostados às fls. 93 a 99.

Considerando que esta infração é o desdobramento da Infração 03, uma vez que os créditos glosados repercutem no cálculo da antecipação parcial, o que significa que, tantos os argumentos acatados pelo Autuante quanto os rejeitados são idênticos, acolho, do mesmo modo que na Infração 03, os novos demonstrativos elaborados pelo Autuante para a Infração 10, conforme planilha constata do CD, que reduz o valor de débito para R\$140.639,65.

DEMONSTRATIVO - Infração 10							
2013	Base de Cal.	%	Multa	2014	Base de Cal.	%	Multa
31/01/13	176,92	60%	106,15	31/01/14	7.677,55	60%	4.606,53
28/02/13	178,03	60%	106,82	28/02/14	7.765,92	60%	4.659,55
31/03/13	1.237,08	60%	742,25	31/03/14	5.252,28	60%	3.151,37
30/04/13	13.267,20	60%	7.960,32	30/04/14	11.778,03	60%	7.066,82
31/05/13	11.576,90	60%	6.946,14	31/05/14	11.176,57	60%	6.705,94
30/06/13	11.111,05	60%	6.666,63	30/06/14	9.017,33	60%	5.410,40
31/07/13	15.709,78	60%	9.425,87	31/07/14	5.861,68	60%	3.517,01
31/08/13	12.634,63	60%	7.580,78	31/08/14	2.772,97	60%	1.663,78
30/09/13	12.018,90	60%	7.211,34	30/09/14	8.559,87	60%	5.135,92
31/10/13	14.347,02	60%	8.608,21	31/10/14	8.223,40	60%	4.934,04
30/11/13	8.380,85	60%	5.028,51	30/11/14	11.783,12	60%	7.069,87
31/12/13	12.944,40		7.766,64	31/12/14	30.947,93	60%	18.568,76
Total			68.149,66	Total			72.489,99
TOTAL GERAL 140.639,85							

Logo, a Infração 10 é parcialmente subsistente, no valor de R\$140.639,65, conforme demonstrativo de débito constante do CD acostado à fl. 2413.

A Infração 09 cuida do recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Em sede de defesa o Impugnante apontou diversas inconsistências no levantamento fiscal pugnando pela subsistência parcial da autuação.

O Autuante, em sede de informação fiscal, explicou que a alegação da defesa de que estaria incorreta a alíquota de 17% aplicada na apuração do débito por não ter sido aplicado o percentual de 10%, não procede. Nestes termos, concordo com o posicionamento do Autuante pelo fato de ser expressamente vedada a aplicação nas operações sujeitas à substituição tributária pelo inciso I, do art. 4º, do Dec. 7799/00.

Quanto à alegação atinente ao produto “Salgadinhos” por ter sido remetido por estabelecimento industrial, verifico que foi devidamente acatada pelo Autuante ao prestar informação fiscal.

No tocante ao item aparelho de barbear, verifico que o imposto foi calculado com o crédito correto de 3%, conforme cópias de Danfes acostados aos autos pelo Autuante, portanto, não procede a alegação.

No que diz respeito à mercadoria macarrão, constato que o demonstrativo foi refeito pelo Autuante considerando somente as operações a partir de 02/03/2013. Verifico que a alegação de que teria recolhido a diferença entre o imposto antecipado pelo substituto, com crédito de 7%, o que seria correto, com alíquota zero, também não deve ser acolhida, por falta de comprovação efetiva da alegação defensiva.

Ao compulsar os elementos que compõem esse item da autuação, constato que assiste razão ao Autuante no tocante às intervenções realizadas que resultou na redução desse item da autuação para R\$30.432,43.

Nestes termos, acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pelo Autuante. A Infração 09 é parcialmente subsistente.

DEMONSTRATIVO - Infração 09								
2013	Base de Cal.	%	Multa		2014	Base de Cal.	%	Multa
31/01/13	-	-	-		31/01/14	6.835,35	17%	1.162,01
28/02/13	-	-	-		28/02/14	0,00	17%	0,00
31/03/13	7.003,18	17%	1.190,54		31/03/14	0,00	17%	0,00
30/04/13	29.547,41	17%	5.023,06		30/04/14	0,00	17%	0,00
31/05/13	36.545,88	17%	6.212,80		31/05/14	8.297,06	17%	1.410,50
30/06/13	20.328,41	17%	3.455,83		30/06/14	2.722,12	17%	462,76
31/07/13	9.940,94	17%	1.689,96		31/07/14	9.408,82	17%	1.599,50
31/08/13	10.648,24	17%	1.810,20		31/08/14	0,00	17%	0,00
30/09/13	4.952,35	17%	841,90		30/09/14	0,00	17%	0,00
31/10/13	15.673,71	17%	2.664,53		31/10/14	0,00	17%	0,00
30/11/13	7.022,88	17%	1.193,89		30/11/14	0,00	17%	0,00
31/12/13	10.088,00	17%	1.714,96		31/12/14	0,00	17%	0,00
Total			25.797,67		Total			4.634,77
TOTAL GERAL 30.432,43								

As infrações 06, 07 e 08 tratam de omissões de mercadoria tributáveis apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoques nos exercícios fechados de 2013 e 2014, conforme demonstrativos acostados às fls. 75 a 88.

Infração 06 - Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entradas - 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 nos mesmos exercícios.

Infração 07 - Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

Infração 08 - Falta de recolhimento do ICMS 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 desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O Autuado em sua defesa revelou que da análise do Auto de Infração observa-se que para fins dos levantamentos de estoque em que se funda a autuação relativa ao imposto apurado nessas infrações, observam-se os seguintes erros: *i*) Não foram considerados o CFOP 1.926 e CFOP 5.926 que diz respeito a formação de kit e *ii*) - Não foram considerados os valores corretos dos fatores de conversão da unidade de moeda para unidade de inventário.

Registrou que ainda constatou nos arquivos já corrigidos com autorização da Repartição Fazendária e entregue à fiscalização, erros decorrentes da unidade de conversão onde foram encontradas as diferenças, objeto das colunas apuradas em amarelo que consta das planilhas da Autuada, afirma que anexa à defesa em mídia digital e em papel, a análise de tais documentos evidencia de forma clara tais erros.

Asseverou reconhecer conforme planilha que acosta aos autos às fls. 1455 a 1370, como devido os seguintes valores: Ano 2013 - Infração 06 - R\$54.210,14, Infração 07 - R\$97.824,07 e Infração 08 - R\$32.976,92; Ano 2014 - Infração 06 - R\$99.758,30, Infração 07 - R\$197.650,50 e Infração 08 - R\$69.320,15, totalizando o valor devido R\$551.740,08, que será objeto de parcelamento, desde já requerido.

O Autuante em sua informação fiscal frisou que os demonstrativos apresentados têm como base tal EFD corrigida por mais de uma vez, como dito no corpo do Auto de Infração e reconhecido pela defesa.

Registrou que se for decidido pela aceitação das novas correções após o contencioso estabelecido, as planilhas apresentadas pela defesa são aceitáveis.

Depois de examinar os elementos carreados aos autos e constatar que as falhas dos arquivos em decorrência de erros decorrentes da unidade de conversão foram corrigidas pelo Autuado, embora efetuadas após o início da ação fiscal, teve autorização da repartição fiscal como relatado pelo Autuante.

Logo, concluo que as Infrações 06, 07 e 08 são parcialmente subsistentes na forma dos demonstrativos acostados aos autos pelo Impugnante, fls. 1455 a 1370.

Constam às fls. 2535 a 2549, extrato do SIGAT discriminando o pagamento parcial do débito lançado de ofício efetuado pelo Impugnante.

Dessa forma, concluo pela subsistência parcial da autuação, conforme quadro abaixo.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO COMPARATIVO				
Infrações	Auto de Infração	Julgamento	MULTA	
01	73.576,51	38.358,72	60%	PROC. EM PARTE
02	4.396,30	0,00		IMPROCEDENTE
03	199.546,54	107.792,35	60%	PROC. EM PARTE
04	51.582,64	51.582,64	60%	PROCEDENTE
05	59.851,01	59.851,01	60%	PROCEDENTE
06	251.531,14	153.968,44	100%	PROC. EM PARTE
07	362.789,62	295.474,57	100%	PROC. EM PARTE
08	136.220,66	102.297,07	60%	PROC. EM PARTE
09	39.508,15	30.432,43	60%	PROC. EM PARTE
10	186.381,13	140.639,65	60%	PROC. EM PARTE
TOTAIS	1.365.383,70	981.748,72		

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269193.0001/17-9**, lavrado contra **ZENILDA REBOUÇAS DE ALMEIDA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$981.748,72**, acrescido das multas de 60% sobre R\$532.305,71 e 100% sobre R\$449.443,01, previstas no inciso VII, alínea “a”, inciso II, alíneas “f”, “a” e “d”, e inciso III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2018

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR