

A. I. Nº - 110427.0001/15-2
AUTUADO - CASA PADIM ATACADO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23.01.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0205-05/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. SAÍDAS SUBSEQÜENTES COM BENEFÍCIO FISCAL. Corrigidos erros de duplicidade da apuração fiscal. Infração subsistente em parte. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) ATIVO FIXO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Corrigida a apuração fiscal em relação a comprovação de aquisição interna de veículos. Infração subsistente em parte. b) USO E CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O contribuinte reconheceu a ocorrência da falta de recolhimento. Infração subsistente. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE ANTECIPAÇÃO. a) ENTRADA. Comprovada devolução de parte das aquisições. Outra parte foi adquirida de substituto tributário inscrito na Bahia. Infração insubsistente. b) SAÍDA. Constatado erro de referência do mês de aquisição e erro de recolhimento com código de receita indevido. Infração subsistente em parte. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Retificado o lançamento. Não considerou benefício fiscal pelas saídas. Infração subsistente em parte. 5. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Autuante concorda com as irregularidades apontadas no levantamento fiscal. Infração improcedente. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Não comprovada a escrituração fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2015, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$447.638,41, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. **Infração 01- 01.02.26** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Refere-se a serviços de beneficiamento de milho em grãos, prestados por terceiros, transformando-o em flocos de milho (flocação), cuja saída ocorreu sem tributação do ICMS, conforme demonstrativo constante do Anexo II. ICMS no valor de R\$3.967,82 e multa de 60%.
2. **Infração 02- 06.01.01** - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$17.282,49 e multa de 60%.
3. **Infração 03- 06.02.01** - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da

Federação destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$176,76 e multa de 60%.

4. **Infração 04 - 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. ICMS no valor de R\$2.054,17 e multa de 60%.
5. **Infração 05 - 07.04.01** - Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa. Refere-se a ICMS retido na fonte, não recolhido (jan/mai) e recolhido a menor (jun/dez), nas vendas de mercadorias para comercialização, a contribuintes não inscritos no cadastro do ICMS, conforme demonstrativo do Anexo I. ICMS no valor de R\$60.488,07 e multa de 150%.
6. **Infração 06 - 07.15.02** - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização. ICMS no valor de R\$344.768,94 e multa de 60%.
7. **Infração 07 - 16.01.01** - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Refere-se a notas fiscais de entradas de mercadorias tributadas pelo ICMS, que apesar de escrituradas na contabilidade geral da empresa (Livros Razão e Diário), não foram registradas na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD). Multa no valor de R\$933,54.
8. **Infração 08 - 16.01.02** - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Refere-se a notas fiscais de entradas de mercadorias tributadas pelo ICMS, que apesar de escrituradas na contabilidade geral da empresa (Livros Razão e Diário), não foram registradas na sua Escrituração Fiscal Digital (EFD). Multa no valor de R\$17.966,62.

O autuado, por meio de seu procurador, ingressa com defesa, fls. 70/79, e anexos, fls. 80 a 231, na qual tece os seguintes argumentos:

Assevera que a cobrança não merece respaldo jurídico em sua totalidade, visto que diversos institutos que garantem tributação diferenciada não foram levados em consideração pela autoridade lançadora, para além de erros formais no levantamento do suposto crédito tributário.

Nesse sentido, o defendente obedece a ordem das infrações para focar a exposição do mérito de cada uma, como segue:

Infração 01 – Na conferência dos demonstrativos que dão suporte a esta infração notou-se a duplicidade de lançamento das notas fiscais de nºs 21368, 21608, 21984, 22391, 22527, 23016, 23723 e 23824, o que subverteu sua correção. Assim, deduzidos os valores das multas relativas a estas repetições, reconhece a infração no valor de R\$2.795,13, nos termos da documentação anexa, demonstrativos e apurações.

Infração 02 – Diz que conforme prova a documentação anexa, o fato ocorrido não se subsume ao tipo legal da tributação. É que os veículos adquiridos pela empresa, e objeto da tributação, foram adquiridos diretamente na Bahia, não pode ser imputada qualquer incidência tributária na linha do apontado, pois o elemento geográfico é essencial para se ilidir a tributação. Assim, deduzidos os lançamentos dos valores de R\$41.400,00, R\$61.270,00 e R\$93.078,65, restará o ICMS devido no valor de R\$19.260,45. Como a Impugnante se debitou em R\$21.724,72, em sua conta corrente e recolheu integralmente o saldo devedor, não deve absolutamente nada ao fisco, relativamente a este mês. Reconhece apenas o débito de R\$171,90, relativo a abril, por se tratar de fato gerador realmente ocorrido.

Infração 03 – Reconhece o erro da ausência de pagamento e acata a infração na íntegra.

Infração 04 – Discorre sobre o princípio da legalidade, o qual demanda a descrição pormenorizada de todos os eventos tributáveis.

Reclama que faltou clareza nos demonstrativos acostados pelo auditor, principalmente em dois pontos:

- a) A planilha analítica não explicita as notas fiscais/produtos cujas supostas incidências ficaram sem recolhimento;
- b) Os valores totalizados na planilha analítica (Demonstrativos Recolhimentos efetuados do ICMS ST/Antecipação Total nas Entradas), de setembro a dezembro/13, não encontram replicações na planilha sintética (Resumo Demonstrativo 1.3 – Antecipação Tributária Entradas)), que tenta resumir a infração.

Aduz que a ampla defesa demanda o conhecimento irrestrito das causas da autuação, posto que, do modo em que foi feito, o auto se baseou em presunções que não são admitidas pelo Estado e suportados pelo direito. A infração foi imputada de forma genérica, sem explicitar as notas cujo tributo não fora pago, o que contraria a busca da verdade, verdadeiro norte do direito tributário. Sustenta que tem total tranquilidade quanto aos valores devidos, pagos pela empresa, conforme imagens dos DAEs anexos, razão porque contesta integralmente a infração.

Infração 05 - Diz que o Auto de Infração incorreu em erro posto que no mês de janeiro de 2013 não houve qualquer venda de mercadorias a pessoas não inscritas no cadastro do ICMS. Os registros apontados como ocorridos neste mês são, em verdade, de novembro, e apenas por equívoco do digno autuante, se acharam em janeiro.

De outro lado, reconhece que houve retenções de ICMS durante os meses de fevereiro a maio de 2013, nos valores apontados. No entanto, esses valores foram integralmente recolhidos, exceto em maio 2013, todos sob o código 0759 – ICMS Normal Comércio, e não como 1006 – contribuinte substituto, como deveria ter sido. Aduz que não houve dano ao erário posto que o recolhimento se efetuou.

Apresenta imagens dos DAEs para os quais deverá haver a efetiva correção, vez que um detalhe formal não tem o condão de afastar a verdade, de ter havido o pagamento do tributo, ainda que com código errado.

Diz que as devoluções de vendas também não foram consideradas pelo fiscal, e o demonstrativo que anexa com a listagem mensal de todos os casos e respectivos valores a deduzir, com os consequentes valores mensais a recolher, foram todos recolhidos, com exceção de maio/13.

Reconhece, assim, o valor de maio/2013, como efetivamente não recolhido, na monta de R\$13.149,27.

Infração 06 – Aduz que possui os benefícios do Termo de Acordo Atacadista, que limita o débito do imposto pelas saídas em 10% (dez por cento), condição essencial para os atacadistas, visto que lhe proporciona a concorrer no mercado com preços mais competitivos. Contudo, o autuante realizou todos os seus cálculos como se a carga tributária fosse de 17% nas saídas.

Anexa demonstrativo e reconhece o valor da infração em R\$12.220,03.

Infração 07 – Aponta que houve lançamento equivocado, como segue:

- a) A NF-e 17999 foi lançada como 19777, em 06.05.2013;
- b) A NFe 1183593 foi lançada na planilha do autuante como 183593.

Anexa a escrituração (EFD) e cópias das respectivas notas fiscais, onde constam os tais lançamentos.

Infração 08 – Todos os casos apontados são de nota fiscal avulsa, cujo numeral identificador é constituído de dez dígitos, sendo que 06 constituem de fato o numeral de ordem, que eram adicionados os 4 relativos ao exercício da emissão. Assim, a razão da cobrança cinge-se a critérios formais de escrituração e digitação, sem qualquer prova de má-fé ou dano ao erário.

Ocorre que o sistema validador do SPED só lê 9 (nove) dígitos em cada numeral identificador de nota fiscal, e não produzia as mensagens típicas de advertência, o que deixou a Impugnante acreditar que haviam sido incorporadas ao registro. De fato, quase todas as notas fiscais avulsas estão registradas, mas foram rejeitadas pelo gerador da EFD, em razão de parâmetros incoerentes entre a SEFAZ emitente e o próprio SPED. Admite a multa no valor de R\$1.491,98 sobre aquelas que estão fora do registro.

Reconhece o valor de R\$30.005,07, para todo o Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 233 a 237, e esclarece os seguintes pontos levantados pelo defendente:

Infração 01 – Nesta infração cabe razão ao defendente ao alegar a duplicidade de lançamento das notas fiscais por ele indicadas, que por erro do autuante, consignou duas vezes os valores correspondentes aos citados documentos, de forma a incluir indevidamente no demonstrativo de fl. 26/27, a quantia de R\$1.171,69, que deduzida do valor reclamado, resta a recolher a quantia de R\$2.795,13.

Infração 02 – Cabe razão ao defendente. Por ocasião da ação fiscal o contribuinte foi questionado sobre o registro dos veículos, porém não os apresentou para comprovar a origem dos bens. Somente agora comprova que são veículos usados, adquiridos no Estado da Bahia, amparados pela isenção prevista no RICMS, com certificado de registro e licenciamento de fls. 87/89.

Infração 03 – Reconhecida pelo contribuinte.

Infração 04 – Mantém a infração. Aduz que as alegações do contribuinte são infundadas. Pontua que o patrono da empresa não analisou detidamente as planilhas relativas à infração, contidas no CD-R de fl. 64, e a sintética fl. 24, cujos demonstrativos são de fácil entendimento, por conterem detalhes pormenorizados das operações que originaram os valores da infração 04.

Disse que a planilha analítica é formada por colunas indicativas dos elementos que a compõem. Obviamente o autuante só traz aos autos os meses onde se apurou diferenças – setembro e dezembro/2013, pois seria inútil demonstrar os demais meses do exercício, já que nada de irregular se apurou. Salienta que o impugnante é credenciado a recolher o ICMS/antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Infração 05 – Com relação ao mês de janeiro, o demonstrativo de fl. 64, relaciona as notas fiscais emitidas pelo contribuinte, no período de 03 a 10/01/2013, discriminando documento a documento, ou seja, da nota nº 189.031 a 229.447; de 251.719 e 251.961, e de nº 1.098 a 1606, contam todos os detalhes das operações, inclusive o imposto retido em cada uma. Destaca que os referidos arquivos constam da base de dados da SEFAZ – Notas Fiscais Eletrônicas Emitidas, não há como o contribuinte negar que se trata de operações do seu estabelecimento naquele mês.

Quanto aos meses de fevereiro/março e abril/2013, os valores ditos como recolhidos erroneamente sob o código 0759 – ICMS normal - comércio, não podem ser aceitos como recolhimento de ICMS/ST, uma, por não coincidir com o valor devido, duas por se tratar de operações totalmente diferentes.

Não pode aceitar mencionados valores como quitados, vez que se o contribuinte viesse a solicitar restituição de referidas quantias, posteriormente, o Estado não teria como negar o indébito. Ademais, a legislação de ICMS não prevê sistema de compensação entre os diversos tipos de receita.

Afirma que, para corrigir o erro no código de receita, o contribuinte deve pedir junto a SEFAZ, no setor competente, a alteração de dados de receita, inserido erroneamente no DAE. Com relação às pequenas diferenças que alega serem de mercadorias devolvidas por seus clientes, nenhuma prova carrega aos autos. Mantém a infração.

Infração 06 – Reconhece que não levou em consideração o fato de o contribuinte ser beneficiário do Decreto 7.799/2000, e desse modo efetuou as devidas retificações nas planilhas constantes dos Anexos III e III-A, ficando o montante do imposto no valor de R\$28.478,63, fora os acréscimos legais.

Infração 07 – Reconhece as razões da defesa.

Infração 08 – O autuado não traz aos autos a comprovação de que teria registrado as notas fiscais. Conferiu mais uma vez, os documentos e a EFD e constatou o registro da nota fiscal nº 183593, cujo valor deverá ser excluído da base de cálculo da penalidade imputável. Esclarece que a parte tributável da nota fiscal já foi excluída da infração 07 e que a base de cálculo desta infração fica reduzida para R\$1.795.020,00, com penalidade de R\$17.950,20, à razão de 1% sobre as omissões apuradas.

Pede a procedência parcial do Auto de Infração.

O contribuinte, ao ser cientificado da informação fiscal, manifesta-se, fls. 246 a 252, e afirma que alguns pontos permanecem dignos de nota, como segue:

I - Infração 04

De acordo com os Demonstrativos I e II em anexo (doc. 01), há prova cabal de que os valores foram todos arrecadados pelo contribuinte, inclusive a maior para o Estado, se comparado com a planilha elaborada pelo Auditor. Minudenciar esses elementos faz-se necessário.

No mês 09/2013, por exemplo, o trabalho fiscal aponta R\$38.199,41 de ICMS devido (Cód. 1145). Ocorre, porém, que, neste período, a Autuada recolheu o valor total de R\$48.042,27, havendo um provável excesso de R\$9.842,86, ou seja, em situação oposta à apresentada na autuação (Demonstrativo I). Enquanto isso, no mês 12/2013, foi cobrado no auto de infração o valor de R\$8.897,97 (Demonstrativo II). Esqueceu-se, portanto, o nobre Auditor, que aludido valor havia sido objeto de anterior autuação, tendo sido integralmente pago, não restando nada a pagar.

De mais a mais, outras observações fazem-se necessárias. É que, pelo demonstrativo em anexo, alguns erros foram identificados, derivados de circunstâncias não sabidas pelo Autuante:

- 1) A NF 22455 só foi recebida na empresa no mês de outubro/2013, tendo sido devidamente contabilizada na correta competência;
- 2) Os produtos da NF 19009 foram parcialmente devolvidos - Vide NFe 243691 de saídas, alterando o valor base para o recolhimento da antecipação.
- 3) As cargas de açúcar adquiridas pelas NFs 38825, 38828, 38917, 39064, 39296, 39403, 39488, 39643, 39689 e 39724 tiveram, além do ICMS-ST destacado nas próprias notas fiscais, cobrança de valores complementares através do auto de infração de nº 217445.1001/13-4, lavrado em posto fiscal na entrada da Bahia;
- 4) As cargas de açúcar adquiridas pelas nfs 17116, 17117 e 17213, todas do ES, tiveram o ICMS ST destacado nas próprias NFs, não ensejando qualquer complemento;
- 5) Na NF 19968, nota-se que houve devolução parcial do produto, ensejando a alteração da base de cálculo recebida e, conseqüentemente, o valor do ICMS - Antecipação devido;
- 6) Por fim, há que se purgar do levantamento fiscal os casos em que, por vigência de Protocolo, o cálculo porventura a menor, feito pelo remetente, promoverá diferença de recolhimento imputável exclusivamente a ele, sob pena de dupla cobrança, a exemplo do açúcar (ES) e dos produtos de limpeza, amparados pelo Protocolo ICMS 21/91.

Assim, disse restar comprovado, mediante os documentos ora anexados, o que dá ao Autuado a tranquilidade devida sobre o recolhimento total dos valores considerados devidos, conforme imagens dos DAEs anexos, pelo que reitera sua manifestação total à acusação desta infração, requisitando que, se for o caso, sejam os livros e documentos revisitados pelo mesmo ou por

preposto estranho ao feito, a fim de que a verdade real seja ainda mais clarividente aos nobres julgadores.

II. Infração 05

Como visto anteriormente, a Infração 05 aponta o não recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações internas a contribuintes no Estado, inscritos como microempresa. Embora tenha-se exaustivamente defendido a não-ocorrência da infração, o que não foi acatado na plenitude, há razões de sobra a merecerem um olhar mais detido dos nobres julgadores.

É que, na verdade, se analisada a planilha que ensejou a autuação, houve erro na sua elaboração: (i) os valores lançados como do mês de janeiro, são, na verdade, de fatos ocorridos em fevereiro (Doc. 02 - Demonstrativo I); (ii) no mês de maio, foi reconhecido o valor de R\$13.149,27; e (iii) quanto aos demais meses, todos os valores foram recolhidos, embora sob o código 0759, o que se trata de equívoco formal, mas sem qualquer dano ao Erário, pois tal não implicou alteração do valor final recolhido.

E nem se apresente como alternativa a devolução dos valores pagos, deixando-se em aberto o montante autuado, como solução para o presente caso, visto que a mesma, além de mais custosa, apresenta-se sem propósito e desarrazoada. É que, eventual devolução significaria o dever de pagar aludidos valores com os encargos legais, o que seria demasiado para o presente caso, em que manifesta a boa-fé. A via da restituição nunca é igualmente compensada com a via do pagamento a destempo.

De outro lado, a Autuada já iniciou petição para ajustar os DAEs da aludida operação, o que se caracteriza como mero procedimento fiscal, sem qualquer dano ao Erário. Assim, pensar diferente, significaria penalizar o contribuinte, que já se vê atrelado a um elevado número de normas fiscais, a ponto de, vez ou outra, incorrer em deslizos formais, onde escorregam até mesmo aqueles que escrevem com canetas de ouro.

Portanto, comprovada a boa-fé, para além dos pontos materiais explicitamente demonstrados, reconhece-se apenas o valor de maio/13 como efetivamente não recolhido – R\$13.149,27, lapso casual, tendo em vista a rigurosidade fiscal que é comum à empresa.

III - Infração 06

Aqui, conforme demonstrado, foi acatada em parte a defesa inicial, muito embora ainda persista erro em manter a dívida no valor de R\$28.478,63, quando, na verdade, deveria ser R\$12.220,03.

Para facilitar a análise dos nobres julgadores, pegou-se a mesma planilha inicial elaborada pelo nobre Fiscal, a fim de se demonstrar os erros mantidos. Inicia-se com a análise da tributação do VINAGRE, o qual conforme destacado no documento em anexo (Doc. 03 – Planilha detalhada), o simples fato de a mercadoria “vinagre” ter sua nomenclatura iniciada com o nome da marca “Palladio”, fez com que a fiscalização tributassem a mercadoria em 17%, quando, na verdade, por se tratar de vinagre a alíquota correta seria 7%.

Igualmente, há mercadorias com notas fiscais do mês de janeiro, quando, na verdade, a sua entrada no estabelecimento se deu no mês de fevereiro, sendo o tributo recolhido no mês correto ao do aspecto temporal do seu fato gerador, qual seja, no mês de fevereiro. Nesse ponto, o nobre fiscal não se atentou e cobrou erroneamente.

Esse fenômeno se deu em outros meses, todos destacados na planilha em anexo (doc. 03), o que deveria ter sido devidamente notado e não o foi. De lembrar que esse aspecto temporal muda completamente o tratamento, pois a antecipação dá-se por entrada e não por saída do produto.

Ainda apontando os erros da planilha, nota-se a tributação de “Pallets”, como se fossem mercadorias mercanciadas pelo contribuinte, sendo que se trata de bens para uso e consumo, pois não são negociadas pela Autuada. Por fim, há itens comprados diretamente da indústria, como o

“Leite em pó integral”, também destacado, com tratamento tributário diferenciado, não levado em consideração quando da autuação.

Todas essas observações, devidamente destacadas na planilha em anexo, demonstram o entendimento parcial do nobre Auditor quando das suas ponderações, de modo que, por terem passado despercebidas quando da reanálise da autuação, deverão ser levadas em conta quando do julgamento, a fim de que justiça seja feita ao caso concreto.

Sendo assim, insiste o contribuinte, forte nas argumentações iniciais trazidas, aqui ratificadas e complementadas, que o valor devido é apenas de R\$12.220,00, a merecer anulação de todo o valor restante, neste incluído a monta que expressamente foi retirada pelo nobre Auditor.

IV - Infração 08

A acusação aponta a entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, o que não pode prosperar, como inicialmente mencionado.

Isso porque, quando na DEFESA, a empresa informou que a autuação se adstringiu às Notas Fiscais avulsas, emitidas pela própria SEFAZ, porém com número de dígitos maior que as demais notas fiscais, a gerar incompatibilidade com o sistema validador do SPED, que só lê nove dígitos em cada numeral identificador de nota fiscal.

Não se trata de dano ao Erário, de não pagamento, de tentativa de sonegação ou coisa do tipo, até porque se tratam de mercadorias isentas. O ponto nevrálgico é que uma nota emitida pela própria Secretaria da Fazenda não é apta a ser “lida” pelo sistema, por conta do número de dígitos, a gerar problema de ordem econômica a uma empresa na fiscalização, quando, na verdade, foram devidamente registradas e contabilizadas.

Por exemplo, a NFe 17999 foi lançada como “19777” em 06.05.2013, quer dizer que esta última está lançada na EFD. Não se trata de procurar em “folhas”, sendo a EFD digital. Verifica-se na tabela intitulada INFRAÇÃO 08, no documento anexo a este, quais notas fiscais a empresa reconhece válidas para esta infração, e o somatório delas, que monta em R\$149.198,39, restando à infração o valor de R\$1.491,98 sobre aquelas que estão fora do registro.

No ponto, se o número da nota emitida pela SEFAZ não se “encaixa” no sistema, não se pode apontar qualquer erro do contribuinte. Até porque não foi emitido, pelo sistema, qualquer aviso ou advertência de potencial erro. Sendo assim, manifesta a nítida boa-fé, há que se rejeitar qualquer argumento formal, dada a cristalina correção da empresa quando da escrituração das notas fiscais ora analisadas. O anexo Demonstrativo I (doc. 04) demonstra com clareza as Notas Fiscais, sua numeração, seu registro e todos os demais elementos a comprovar o quando aqui alegado.

Assim, por todos os argumentos até agora colacionados, e seguindo a linha da boa-fé processual da Recorrente, bem como a verdade real que deve nortear a relação jurídico-tributária, tem-se que parte das infrações foi reconhecida e, na parte não reconhecida, ainda permanecem erros da fiscalização, que deverão ser sanados nessa instância de julgamento, dada a sua nobre atribuição de julgar.

Por estas razões, é que se reconhece parcialmente o auto de infração ora objurgado e se insiste na necessária revisão de parte das afirmações colacionadas pelo nobre auditor, por ser esta defesa a pura expressão da verdade, expressa na farta prova documental colacionada.

O contribuinte foi intimado a entregar o documento de fl. 231, em arquivo magnético e texto editável, Word, o que o fez conforme CDD de fl. 398 do PAF.

O PAF foi diligenciado à inspetoria de origem, para que o autuante se manifestasse sobre as arguições trazidas pelo autuado, e demonstrativos e documentos, de fls. 254 a 386 do PAF. (fl. 400)

Em resposta, o autuante, às fls. 403 a 407, analisa as infrações 04, 05, 06 e 08, como reproduzido abaixo:

Infração 04 – Refere-se a 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. Esta infração tem como base o Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária – Entradas e Demonstrativo 1.3 – RESUMO – Antecipação Tributária – Entradas, todos contidos na mídia CD constante da fl. 64. Para facilitar a visualização dos valores cobrados, o autuante imprimiu ainda este último, conforme consta da fl. 24.

Referida infração tem como ocorrências os meses 09/2013, no valor de R\$616,85 e 12/2013, na importância de R\$1.437,32.

Quanto ao mês de setembro/2013, procede a alegação do defendente, de que a nota fiscal 22455 só foi recebida no mês de outubro/2013, haja vista aquele documento está registrado em sua escrita fiscal no dia 10/10/2013, atraso justificado pelo fato de tratar-se de fornecedor do Estado de Pernambuco, cuja mercadoria de lá teria saído no dia 30/09/2013, não dando tempo, na verdade, chegar ainda no mês de setembro/2013.

Apontou que a parcela do imposto referente a este item é de R\$1.145,22, o que absorve com sobra a diferença de ICMS lançada no auto de infração, naquele mês, que é de R\$616,85. Vale registrar que, transferindo este valor de R\$1.145,22 relativo à nota fiscal acima, para a apuração do ICMS/Antecipação de outubro/2013, não resta imposto a recolher, neste último mês, uma vez que, de acordo com a planilha de apuração desse período, foi recolhida a maior quantia de R\$1.255,62, sem o lançamento acima. Logo, o valor de R\$1.255,62, pago a maior, menos R\$1.145,22 referente à nota fiscal 22455 transferida do mês de setembro/2013, ainda resta o valor de R\$110,40 em favor do contribuinte ($R\$1.255,62 - R\$1.145,22 = R\$110,40$).

No tocante ao mês de dezembro/2013, apesar de o recorrente alegar, no item 4, que as cargas de açúcar adquiridas pelas NF's 17116, 17117 e 17213, todas do ES, tiveram o ICMS ST destacado nas próprias notas fiscais, não ensejando qualquer complemento, não observou, com relação à nota fiscal nº 17213, que embora o ICMS ST esteja destacado naquele documento, no valor de R\$5.300,00, este foi insuficiente para quitar o quanto devido, restando ainda a recolher a quantia de R\$1.351,50, conforme cálculos constantes do Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária – Entradas. Todavia, com referência à nota fiscal 19968, que alega haver devolução parcial do produto, razão cabe ao contribuinte, por haver comprovado essa operação através da nota fiscal 263161 (fl. 277), ficando a diferença de imposto a pagar, neste item, reduzida para R\$708,66. Efetuada a devida retificação, resta diferença de imposto a pagar no valor de R\$1.351,52, no mês de dezembro, conforme **Demonstrativo1** anexo (mídia CD-R), devidamente **retificado**.

Infração 05 – Reclama ICMS retido e não recolhido, em operações internas, de vendas de mercadorias a contribuintes não inscritos no Cadastro do ICMS.

Arrazoa o autuado que os valores lançados no auto de infração, no mês de janeiro/2013, R\$3.524,53 são, na verdade, de fatos ocorridos em fevereiro; que o mês de maio foi reconhecido, no valor de R\$13.149,27; que, quanto aos demais meses, todos os valores foram recolhidos com o código 0759.

Quanto ao mês de janeiro/2013, disse não haver dúvida de que o valor é devido. Repetindo o que já foi dito na informação fiscal de fls. 233/237, afirmou que o lançamento foi lastreado em arquivo que consta da base de dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – Notas Eletrônicas Emitidas, não tendo como o contribuinte negar que se refere a operações realizadas por seu estabelecimento, naquele mês.

Trata-se de arquivo que contém a expressão “Relação das NF-e de saídas – com ICMS retido na Fonte, onde estão relacionadas as notas fiscais emitidas pelo contribuinte, no período de 03 a 10/01/2013, discriminando documento a documento com a “chave de segurança”, ou seja, da nota nº 189.031 a 229.447; de 251.719 e 251.961 e de nº 1.098 a 1.606, constando ali todos os detalhes das operações, inclusive o imposto retido em cada uma, não deixando qualquer dúvida quanto à infração cometida.

Registrou que o defendente alegou em sua manifestação (fl. 248), que os valores lançados na planilha do autuante, no mês de janeiro, são, na verdade, de fatos ocorridos no mês de fevereiro. Mas o valor do mês de fevereiro foi de R\$11.613,05, devidamente recolhido (fl. 25). No entanto, na sua peça de defesa principal (fls. 70/79), quando se refere a este item, diz que “os registros apontados como ocorridos neste mês são, em verdade, de novembro” (fl. 75). Nota-se, então, uma determinada incerteza por parte do impugnante. Não sabe se são operações de fevereiro ou de novembro.

Complementou que há de se observar que o contribuinte não efetuou qualquer recolhimento de ICMS ST por vendas no mês de janeiro. O que considerou estranho, não acontecer apenas nesse mês, uma vez que se trata de operações corriqueiras e normalmente realizadas em seu estabelecimento (vendas a não contribuintes, com ICMS retido). Ademais, as informações colhidas no banco de dados da SEFAZ, na forma acima descrita, não deixam qualquer dúvida quanto ao débito imputado ao defendente.

Com relação aos meses de fevereiro, março e abril/2013, destacou que o impugnante alegou que efetuou os recolhimentos do imposto sob o código 0759 – ICMS Normal – Comércio. No entanto, referidos valores não podem ser aceitos como recolhimentos de ICMS/Substituição tributária, uma, por não coincidir o valor devido, com o recolhido; duas, por se tratar de operações totalmente diferentes.

Asseverou que jamais poderia aceitar mencionados valores como quitados porque, se o contribuinte viesse a solicitar restituição de referidas quantias, posteriormente, o Estado não teria como negar o indébito, uma vez que o somatório do ICMS devido pelo Regime Normal de Apuração (código 0759), iria acusar asse diferença recolhida a maior.

Disse ainda que a legislação do ICMS não prevê sistema de compensação entre os diversos tipos de receita. Portanto, cada receita deverá ser recolhida com o seu próprio código. Para corrigir estas distorções – erros no código da receita, há o recurso de pedido de alteração de dados, onde o contribuinte tem a opção de solicitar a alteração do código de recolhimento do tributo inserido erroneamente no Documento de Arrecadação Estadual (DAE), informando assim o código correto, que, no presente caso, seria 1006 – ICMS Contribuinte Substituto do Estado, e aí seria apropriado o recolhimento efetuado, cuja providência não foi tomada pelo contribuinte.

Infração 06 – Trata de recolhimento a menor de ICMS antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, para fins de comercialização.

Quanto à alegação do contribuinte de que ainda persiste erros na nova planilha, retificadora, elaborada pelo autuante, por ocasião da informação fiscal (mídia CD-R, fl. 241), disse que este apontou as distorções às fls. 249/250 da sua manifestação, indicando os enganos cometidos na mesma planilha, reproduzida às fls. 323/337.

Analisando as alegações do manifestante, chega-se à conclusão que razão lhe cabe em quase a totalidade dos erros apontados, à exceção do produto composto lácteo, constante das notas fiscais nº 92.351, de 21/08/2013, 7.060 e 7.061, de 11/11/2013, em que atribui uma carga tributária de 7%, quando o correto é 17% (ou 10% para o seu caso), cuja mercadoria não consta entre as mencionadas no inciso I, do artigo 16 da Lei nº 7.014/96.

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;

b) revogada

c) mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e

microempresas inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo.

Também não há previsão de redução de base de cálculo para referido produto na legislação do ICMS do Estado da Bahia, uma vez que a redução existente é para leite em pó e composto lácteo, fabricados neste Estado (art. 268, XXV do RICMS/BA.).

Desta forma, está sendo anexado novos Demonstrativos denominados “ANEXO III Retificado Diligência” e “ANEXO III-A Retificado Diligência”, com as devidas retificações, ficando o imposto a recolher, relativo a esta infração, reduzido para R\$13.153,18, fora acréscimos legais. **Fl. 430.**

Infração 08 – Cobra o imposto decorrente de entradas de mercadorias no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, embora escrituradas na contabilidade geral da empresa.

Atribui o defendente a não localização do registro das notas fiscais objeto desta infração, pelo autuante, tratar-se de notas fiscais avulsas e, neste caso, a numeração é muito extensa, causando divergência entre o numeral correto e o existente no documento.

Examinando minuciosamente a Escrita Fiscal Digital da empresa (EFD), o preposto do Fisco identificou apenas as notas fiscais **17999**, (a única citada na manifestação do contribuinte), **183593**, **702013 e 40380**, que embora a numeração não coincida, mas há coincidência de valores, em datas próximas. As demais, mesmo se tentando localizar por coincidência de valores e datas, com toda certeza não foram registradas, mesmo porque há divergência entre os valores totais constantes da Escrita Contábil (a maior) e a Escrita Fiscal do estabelecimento, o que justifica e comprova perfeitamente as diferenças apontadas.

Logo, as notas fiscais localizadas na Escrita (EFD) do contribuinte, ou seja, registradas, montam em R\$109.910,39, sendo R\$9.335,39 de mercadorias tributadas e R\$100.575,00 de mercadorias não tributadas, quantias estas que foram excluídas da base de cálculo desta infração, ficando o valor da multa reduzido para R\$16.960,88, conforme demonstrado no **ANEXO VI Retificado Diligência**, ora juntado à presente diligência.

Vale registrar que as notas fiscais nº 17999 e 183593, no total de R\$9.335,39, embora o contribuinte não tenha citado em sua manifestação, referem-se à infração 07, por se tratar de mercadorias tributáveis.

Em anexo, NOVOS DEMONSTRATIVOS DE DÉBITO das infrações 04, 06 e 08, considerando as retificações levadas a efeito na presente diligência fiscal, permanecendo inalterada a infração 05.

O contribuinte vem aos autos, fls. 436 a 448, e rebate a informação fiscal, quando tece as considerações:

Infração 04 – A valoração do autuante não foi acertada, no sentido de que com relação à nota fiscal nº 17213, embora o ICMS ST esteja destacado naquele documento, no valor de R\$5.300,00, este foi insuficiente para quitar o quanto devido, restando ainda a recolher R\$1.351,50.

É fato que, se calculado pelo MVA de 15%, o valor recolhido foi a menor, porém essa responsabilidade é do emitente, por se tratar de mercadoria adquirida com Substituição Tributária. É que o Estado em diversos momentos tenta transferir a responsabilidade tributária ao Substituído, quando, na verdade, esta é do Substituto, numa relação jurídica que o substituído não tem qualquer poder de controle.

Cita o Protocolo 21/91, para perceber o acerto da defesa, consoante a Cláusula Primeira. Assim, resta patente a responsabilidade do Substituto, sem qualquer alusão normativa ao substituído (PADIM).

Aduz que nem se fale da existência de solidariedade tributária na espécie, pois o Estado não pode criar hipóteses de solidariedade apenas para ampliar a sujeição passiva tributária. Traz decisão do

STF no julgamento RE 562.276, Relatora Ministra Ellen Gracie, que entendeu que a solidariedade tributária não pode ser criada apenas para proteger ao Estado.

Assim, se o Estado celebra convênio, que amplia a sua territorialidade na cobrança, poderá alcançar o Substituto e não focar a cobrança em quem, comprovadamente, já repassou o valor do tributo.

Na infração 05 – Diz que na análise do Auditor não foram levadas em consideração as notas fiscais e o relatório constante no Anexo I da Infração 05, que ora envia novamente. Sustenta que nesses documentos fica claro e evidente que as notas relacionadas pelo Auditor são de fato notas referentes a outros meses do ano. Diz que o mês de janeiro de 2013 deve ser zerado, sem qualquer cobrança do imposto. Pois, foi trocado o dia pelo mês. Reconhece que houve equívoco em relação tão somente ao código de arrecadação, está convicto de que não lesou o Estado, pois os tributos envolvidos foram arrecadados.

Traz decisões do CARF, e do STJ, e do STF, quanto aos erros no preenchimento de guias de recolhimento de imposto.

Quanto ao fato de que os valores pagos não coincidem, não sobrevive a uma análise mais aprofundada. Isto ocorreu porque o auditor não levou em consideração em momento algum os valores provenientes de devoluções de vendas (CFOP 1411), que devem ser abatidos como crédito, pelo princípio da não cumulatividade.

Sendo assim, há total certeza de que, pautado na boa-fé, o valor devido é de apenas R\$13.149,27, resultante dos valores recolhidos no mês de maio, subtraindo R\$111,26 de R\$13.260,53, alusivos aos créditos provenientes de devoluções, chegando-se ao valor devido e apurado na infração de R\$13.149,27.

Na infração 06, aduz que o autuante corrigiu a infração, a exceção do produto composto lácteo, constante nas notas fiscais nº 93.251 de 21/08/2013, 7.060 e 7.061 de 11/11/2013, sendo que o auditor deveria fazer referência à lei em vigor no período das competências fiscalizadas, e não lei posterior que lhe alterou o alcance. Portanto, fica claro e evidente que para o período questionado entre os meses de agosto de 2013 e dezembro de 2013, havia legalidade na redução da base de cálculo, anulando o valor levantado pelo autuante, a ponto de reduzir o montante apontado ao valor acatado anteriormente de R\$12.220,03, conforme demonstrativo I da infração 06.

Infração 08 – Reconhece parte da infração no montante de R\$1.491,98, conforme demonstrativo I da infração 08.

O autuante presta informação, fls. 575 a 577, e na infração 04 destaca que o autuado alega que, por se tratar de açúcar, o recolhimento do imposto é de responsabilidade do remetente da mercadoria. O diligente esclarece que a nota fiscal foi emitida em 13/12/2013, cujo valor retido e recolhido aos cofres da Fazenda Estadual foi insuficiente para quitar o ICMS devido por substituição tributária, no valor de R\$1.351,50. Não observou o defendente que neste caso, trata-se de fornecedor não inscrito no Estado da Bahia, sendo a responsabilidade supletiva pelo recolhimento do imposto ou de eventuais diferenças do adquirente da mercadoria, conforme determina o parágrafo 5º, do art. 8º da Lei Estadual nº 7.014/96, após a modificação introduzida pela Lei 11.799, de 30/03/2010. Portanto fica evidente que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do autuado.

Infração 05 – Reconhece que ocorreu um erro na formatação das datas como alega o contribuinte, razão porque deve ser excluído do lançamento a cobrança do mês de janeiro na quantia de R\$3.524,53. Com relação às devoluções alegadas pelo autuado, também lhe cabe razão, fato não esclarecido ao autuante, na ocasião do procedimento fiscal.

Desta forma, o demonstrativo do ICMS retido por substituição tributária a que se refere o Anexo I, (fl. 25), está sendo devidamente retificado e anexado à presente informação fiscal, de forma que o valor a recolher fica reduzido para R\$54.820,22 fora acréscimos de lei.

Infração 06 – Cabe razão ao manifestante quando alega que na diligência não foi considerada a redução da base de cálculo para composto lácteo em pó, haja vista a alteração do inciso XXV do art. 268 do RICMS/BA, que inseriu a exigência da redução só para produtos fabricados dentro do Estado, passou a vigor a partir de 01/01/2014, não atingindo, portanto, o período objeto da ação fiscal. Portanto, após as devidas retificações, a cobrança desta infração fica reduzida para **R\$12.220,00**.

Infração 08 - Ratifica o que está exposto, nas fls. 403/407, ficando a penalidade reduzida para R\$16.960,88, como consta no demonstrativo de fl. 430, após as devidas retificações. Salienta que o autuado nada apresenta em sua manifestação que possa modificar o entendimento da sua diligência.

Novamente, o processo foi diligenciado à inspetoria de origem para que o contribuinte fosse cientificado da informação fiscal.

O sujeito passivo vem aos autos, fls. 607 a 614, e relata que, na infração 04, a cobrança não pode prosperar.

A infração 05 - Rebate que está se tratando de um tema mezinho, erro de código quando do lançamento do imposto. O código que deveria ser 1006, o foi com o número 0759, e apenas por esta razão, que o autuante quer que o contribuinte pague novamente o imposto devidamente recolhido. Aduz que se o contribuinte apenas digitou o código errado, mas pela planilha analisada constata que o valor pago é igual em tudo e por tudo ao valor que deveria ter sido pago com outro código, por que apená-lo, no lugar de interpretar o fato de maneira mais favorável. Aduz que erro cometido pelo ente tributante pode ser saneado, mas não o contribuinte, ainda que seu erro não cause dano ao erário. Tudo isso num ramo do direito em que o princípio da verdade material sobrepuja-se ao princípio da verdade formal.

Reconhece como devido o valor de R\$13.149,27, resultante dos valores recolhidos no mês de maio/2013, subtraindo deste os créditos provenientes de devoluções de R\$111,26.

Requer a realização de perícia fiscal, com o único quesito: O contribuinte praticou fatos geradores nos valores dos DAES recolhidos, de modo ao ICMS aqui cobrado referir-se ao ICMS Normal ou tem coincidência com o ICMS de Substituição Tributária?

Na infração 08 – Traz os mesmos argumentos já apresentados e reconhece apenas parte da infração, no valor de R\$1.491,98.

Mais uma vez o autuante presta informação, consoante o documento de fls. 681 a 683, os seguintes esclarecimentos:

Infração 04 - Conclui pela improcedência da infração, haja vista que o fornecedor realmente é inscrito no Estado, na condição de substituto tributário, confirmado inclusive no sistema INC da SEFAZ, sendo de sua inteira responsabilidade a retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária. Somente agora esta questão foi esclarecida, como ressalta.

Infração 05 – Reafirma as informações prestadas na diligência fiscal, como consta da fl. 576, e mantém a cobrança deste item no valor de R\$54.820,22, conforme consta no demonstrativo de fl. 580.

Infração 08 – afirmou que o autuado disse não ter havido análise detida por parte do autuante e que afiançou possuir cópias das notas fiscais a que se refere esta infração, e que todas foram registradas no livro fiscal, Registro de Entradas, do seu programa interno. Junta os Anexos II e III, que são exatamente cópias das notas fiscais e das folhas dos livros Registro de Entradas não oficial.

Esclarece que o contribuinte no exercício de 2013 estava obrigado a fazer e transmitir sua escrita fiscal pelo Sistema Público de Escrituração Fiscal – SPED, como o fez em relação à sua escrita fiscal, transmitindo a EFD, nos termos do art. 248 do RICMS/2012.

Entende provado que a escrituração apresentada em anexo à manifestação do contribuinte, fls. 674, 675 e 676, não tem qualquer valor para o fisco, por se constituir em escrituração interna, escapando às vistas da fiscalização. Anexa como prova, cópias da Escrituração Fiscal Digital, Registro dos Documentos Fiscais de Entradas, dos meses de agosto, setembro e outubro/2013, onde inexistiu qualquer registro das notas fiscais em questão. Ademais, lembrou que o contribuinte disse anexar em sua manifestação, cópias de referidas notas, sendo mais uma prova de que as mercadorias foram por ele adquiridas, porém não registradas na escrita fiscal.

Às fls. 841 a 845, consta decisão sobre remessa dos autos em diligência à ASTEC/GEARC com o objetivo: i) fosse a Impugnante intimada a apresentar uma planilha relativa a recolhimentos do ICMS normal e ICMS-ST; ii) comprovação dos respectivos recolhimentos com os DAES do ICMS NORMAL e do ICMS-ST; III) constatado terem havido erros de preenchimento dos DAES, orientar o contribuinte a providenciar a retificação dos mesmos conforme OTE 1003 da SAT/DARC/GEARC, especialmente o item 5_B; iv) após realizados os procedimentos anteriores o autuante deverá ser cientificado para se pronunciar acerca da regularidade dos recolhimentos e se remanesce parcelas do ICMS dilatado a ser recolhido.

À fl. 848, a GERC se pronunciou no sentido de que não seria o órgão competente para realizar a diligência solicitada, sendo processo devolvido para a ASTEC.

À fl. 850, consta novo encaminhamento da diligência para a INFAZ DE ORIGEM.

A Defesa se pronunciou, às fls. 857 e 858, oportunidade em que disse estar apresentando em anexo todos os documentos solicitados em função da diligência especificada, às fls. 841 a 845.

O autuante volta a se pronunciar, às fls. 879 a 881, dizendo que foram procedidas as retificações pleiteadas pela Impugnante no sistema SIGAT, quando foram devidamente apropriados os recolhimentos efetuados com o código 1006, que foram erroneamente informados com o código 0759.. Aapurou que em relação a infração 05 remanesceu apenas a falta de recolhimento em relação ao mês de 05/2013 no valor de R\$13.149,27, conforme demonstrou na planilha anexada às fls. 882 e 883.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, verifico que foi afastada em parte a infração 01, que se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, pois informou o autuante assistir razão à defesa quando alegou que ocorreu no levantamento fiscal duplicidade de lançamento das notas fiscais de nºs 21368, 21608, 21984, 22391, 22527, 23016, 23723 e 23824, resultando que a Impugnante concordou com a acusação fiscal no valor de R\$2.795,13, posto que foram deduzidos os valores relativos a estas repetições.

Diante destes esclarecimentos e da correção efetuada pelo autuante, da qual o sujeito passivo permaneceu silente, a infração procede em parte no valor de R\$2.795,13, conforme demonstrativo de fl. 81 e fls. 238 a 239.

O demonstrativo de débito em relação à **infração 01** assume a seguinte feição:

Mês	Valor do Serviço	Crédito Utilizado
jan-13	1.083,98	184,28
fev-13	1.152,04	195,85
mar-13	1.120,50	190,49
abr-13	1.152,04	195,85
mai-13	1.137,10	193,31
jun-13	1.555,42	264,42

jul-13	3.412,96	580,20
ago-13	393,42	66,88
set-13	786,84	133,76
out-13	1.530,52	260,19
nov-13	3.117,00	529,90
Total geral		2.795,13

Com relação à infração 02 que se refere à acusação de haver a Impugnante deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo, o autuante aquiesceu com o argumento defensivo de que os veículos adquiridos pela empresa, e objeto da tributação, foram diretamente na Bahia, não podendo ser imputada qualquer incidência tributária de diferença de alíquota.

Nestas condições, foram deduzidos os lançamentos dos valores de R\$41.400,00, R\$61.270,00 e R\$93.078,65 referentes ao valor exigido do mês de dezembro, resultando que o valor devido a recolher ficou reduzido para R\$19.260,45, entretanto a contribuinte recolheu R\$21.724,72, de forma que nada deve a Impugnante em relação ao mês de dezembro de 2013.

Resta, portanto, procedente em parte a infração 02, pois ainda remanesce, com relação ao mês de abril/2013, o valor de R\$171,90.

Já a infração 03, que se refere a acusação de haver a Impugnante deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, no valor de R\$176,76, foi reconhecida pelo sujeito passivo, pois admitiu o erro da ausência de pagamento e acatou a acusação fiscal na íntegra. Infração procedente.

Em relação à Infração 04, relativa ao recolhimento a menos do ICMS por antecipação por substituição tributária, a defesa alegou que em relação à exigência relativa ao mês 09/2013, o trabalho fiscal apontou R\$38.199,41 de ICMS devido (Cód. 1145), mas que, em relação a este período, a Autuada teria recolhido o valor total de R\$48.042,27, de forma que deduziu ter havido um excesso de recolhimento no R\$9.842,86.

O autuante informou proceder a alegação do defendente quanto ao mês de setembro/2013, pois a nota fiscal 22455 só foi recebida no mês de outubro/2013, haja vista aquele documento está registrado em sua escrita fiscal no dia 10/10/2013, atraso justificado pelo fato de tratar-se de fornecedor do Estado de Pernambuco, cuja mercadoria de lá teria saído no dia 30/09/2013, não dando tempo de chegar ainda no mês de setembro/2013. E sendo a parcela do imposto referente a este item de R\$1.145,22, absorve com sobra a diferença de ICMS lançada no auto de infração neste mês, não restando imposto a recolher para setembro/2013.

Com relação à exigência relativa ao mês de dezembro/2013, inicialmente a defesa contestou quanto às cargas de açúcar adquiridas pelas NF's 17116, 17117 e 17213, todas do ES, em relação à alegação de que estas tiveram o ICMS ST destacado nas próprias notas fiscais, não ensejando qualquer complemento, dizendo que observou, com relação à nota fiscal nº 17213, que embora o ICMS ST esteja destacado naquele documento, no valor de R\$5.300,00, este foi insuficiente para quitar o quanto devido, restando ainda a recolher a quantia de R\$1.351,50, conforme cálculos constantes do Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária – Entradas.

De referência à nota fiscal 19968, que a defesa alegou haver devolução parcial do produto, o autuante disse inicialmente caber razão à contribuinte, por haver comprovado essa operação através da nota fiscal 263161 (fl. 277), ficando a diferença de imposto a pagar, neste item, reduzida para R\$708,66. Feita a devida retificação, entendeu restar a diferença de imposto a pagar no valor de R\$1.351,52, no mês de dezembro.

Contudo, posteriormente concordou com a defesa pela improcedência da infração, haja vista que o fornecedor é inscrito no Estado, na condição de substituto tributário, tendo confirmado esta informação no sistema INC da SEFAZ, de forma que seria de inteira responsabilidade do fornecedor a retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária. De modo que concordo com a conclusão final do autuante e concluo pela improcedência da infração 04.

A infração 05 diz respeito à falta de recolhimento do ICMS retido por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para microempresa.. AA defesa alegou erro em relação ao mês de janeiro, afirmando que não houve qualquer venda de mercadorias a pessoas não inscritas no cadastro do ICMS.. Disse que os registros apontados como ocorridos neste mês seriam, em verdade, do mês de fevereiro, que por equívoco do autuante foi exigido em janeiro.

Reconheceu, entretanto, que houve retenções de ICMS durante os meses de fevereiro a maio de 2013, nos valores apontados, mas que esses valores foram integralmente recolhidos sob o código 0759 – ICMS Normal Comércio, e não como 1006 – contribuinte substituto, como deveria ter sido, porém não havendo danos ao erário. Pontuou também que as devoluções de vendas não foram consideradas na apuração fiscal. Afirmou que foram todos recolhidos, com exceção de maio/13. Reconheceu assim o valor de maio/2013 como efetivamente não recolhido na monta de R\$13.149,27.

O autuante, em sua informação, fls. 575 a 577, depois de retrucar por diversas vezes a narrativa da defesa quanto ao mês de janeiro, reconheceu que de fato ocorreu um erro na formatação das datas como alegou o contribuinte, concordando que deve ser excluído do lançamento a cobrança do mês de janeiro na quantia de R\$3.524,53.

Aquiesceu também com relação às devoluções alegadas pelo autuado, disse se tratar de fato não esclarecido ao autuante na ocasião do procedimento fiscal. Nesse sentido, apontou que o demonstrativo do ICMS retido por substituição tributária a que se refere o Anexo I, (fl. 25), foi devidamente retificado e anexado aos autos, de forma que concordou em reduzir o valor a recolher para R\$54.820,22.

Com relação à alegação defensiva de que houve erro quanto ao preenchimento do DAE, referente ao código de receita que deveria ser 1006, e foi preenchido com o numero 0759, que se confirmado reduziria o valor do débito para R\$13.149,27, como defende a Impugnante, esta resultou em diligência (fls. 841 a 845) para averiguação, que constatou que de fato ocorreram os erros alegados.

E, ao se pronunciar às fls. 879 a 881, o autuante disse que foram procedidas as retificações pleiteadas pela Impugnante no sistema SIGAT, quando foram devidamente apropriados os recolhimentos efetuados com o código 1006, os quais foram erroneamente informados com o código 0759.. Apurou que em relação à infração 05, remanesceu apenas a falta de recolhimento em relação ao mês de 05/2013 no valor de R\$13.149,27, conforme demonstrou na planilha anexada às fls. 882 e 883. De modo que esta infração 05 resultou parcialmente procedente.

Em relação à infração 06, cuja acusação foi de ter a Impugnante recolhido a **menos** o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições interestaduais de mercadorias com fins de comercialização, a Impugnante alegou possuir os benefícios do Termo de Acordo Atacadista, que limita o débito do imposto pelas saídas em 10% (dez por cento), mas que o autuante realizou todos os seus cálculos como se a carga tributária fosse de 17% nas saídas. Todavia, reconheceu o valor da infração em R\$12.220,03.

O autuante, em sua informação fiscal, fls. 233 a 237, reconheceu que não levou em consideração o fato de o contribuinte ser beneficiário do Decreto 7.799/2000, e desse modo efetuou as devidas retificações nas planilhas constantes dos Anexos III e III-A, decidindo por reduzir o montante do imposto para o valor de R\$28.478,63. Refiz os cálculos e cheguei ao mesmo resultado.

Contudo, a Impugnante ainda afirma que persiste erro em manter a dívida no valor de R\$28.478,63, quando, na verdade, deveria ser R\$12.220,03. E pontuou:

1. a tributação do VINAGRE conforme destacado no documento em anexo (Doc. 03 – Planilha detalhada), o simples fato de a mercadoria “vinagre” ter sua nomenclatura iniciada com o nome da marca “Palladio”, fez com que a fiscalização tributassem a mercadoria em 17%, quando, na verdade, por se tratar de vinagre, a alíquota correta seria 7%;
2. ocorrência de mercadorias com notas fiscais do mês de janeiro, quando, na verdade, a sua entrada no estabelecimento se deu no mês de fevereiro, sendo o tributo recolhido no mês correto ao do aspecto temporal do seu fato gerador, qual seja, no mês de fevereiro. Afirmou que esse erro se deu em outros meses, todos destacados na planilha em anexo (doc. 03);
3. que houve tributação de “Pallets”, como se fossem mercadorias mercanciadas pelo contribuinte, sendo que se tratam de bens para uso e consumo, pois não são negociadas pela Autuada.
4. A existência de itens comprados diretamente da indústria, como o “Leite em pó integral”, também destacado, com tratamento tributário diferenciado, não levado em consideração quando da autuação.

Insistiu que, sendo promovidas as retificações indicadas, o valor devido seria apenas de R\$12.220,00.

O autuante, às fls. 403 a 407, chegou à conclusão que cabe razão à Impugnante em quase a totalidade dos erros apontados, com exceção do produto composto lácteo, constante das notas fiscais nº 92.351, de 21/08/2013, 7.060 e 7.061, de 11/11/2013, em que a autuada teria atribuído uma carga tributária de 7%, quando o correto é 17% (ou 10% para o seu caso), pois entendeu que a mercadoria não consta entre as mencionadas no inciso I, do artigo 16 da Lei nº 7.014/96.

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

a) arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca;

b) revogada

c) mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo.

Afirmou também não haver previsão de redução de base de cálculo para referido produto na legislação do ICMS do Estado da Bahia, uma vez que a redução existente é para leite em pó e composto lácteo, fabricados neste Estado (art. 268, XXV do RICMS/BA.). Apresentou novos Demonstrativos denominados: “ANEXO III Retificado Diligência” e “ANEXO III-A Retificado Diligência”, com as devidas retificações, ficando o imposto a recolher, relativo a esta infração, reduzido para R\$13.153,18, Fl. 430.

A defesa, entretanto, retrucou que apesar de o autuante ter corrigido a infração 06, excetuou erroneamente o produto composto lácteo, constante nas notas fiscais nº 93.251 de 21/08/2013, 7.060 e 7.061 de 11/11/2013, posto não ter tomado como base de referência, a lei em vigor no período das competências fiscalizadas, pois insiste que para o período questionado entre os meses de agosto de 2013 e dezembro de 2013, havia legalidade na redução da base de cálculo, que reduziria o valor levantado pelo autuante para R\$12.220,03.

Por fim, depois de diversas controvérsias, o autuante, em sua informação, fls. 575 a 577, concordou que cabe razão à autuada quando alega que na diligência não foi considerada a redução da base de cálculo para composto lácteo em pó, haja vista a alteração do inciso XXV do art. 268 do RICMS/BA, que inseriu a exigência da redução só para produtos fabricados dentro do Estado, que passou a vigor a partir de 01/01/2014, não atingindo, portanto, o período objeto da

ação fiscal. Portanto, após as devidas retificações, a cobrança desta infração fica reduzida para R\$12.220,03. Infração procedente em parte. Conforme planilhas da Impugnante referendada pelo autuante (fls. 323 a 337) e demonstrativo de débito a seguir:

MÊS	AUTUADO	JULGADO
<i>jan/13</i>	30.960,55	0
<i>fev/13</i>	23.896,23	2.565,98
<i>mar/13</i>	51.947,77	1.375,63
<i>abr/13</i>	34.945,51	3.548,94
<i>mai/13</i>	42.740,44	4.411,46
<i>jun/13</i>	22.465,59	0
<i>jul/13</i>	22.757,37	0,01
<i>ago/13</i>	26.386,89	0
<i>set/13</i>	24.832,20	0,01
<i>out/13</i>	29.447,80	0,01
<i>nov/13</i>	24.829,58	317,99
<i>dez/13</i>	9.559,01	
Total Geral	344.768,94	12.220,03

A infração 07 que se refere a entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, a defesa apontou que houve lançamento equivocado, como segue:

A NF-e 17999 foi lançada como 19777, em 06.05.2013;

A NFe 1183593 foi lançada na planilha do autuante como 183593.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, reconheceu as razões da defesa. Infração 07 improcedente.

NNa infração 08, que se refere a acusação de que a Impugnante deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na sua Escrituração Fiscal DDigital (EFD), a Impugnante alegou que todos os casos apontados se tratam de nota fiscal avulsa, cujo numeral identificador é constituído de dez dígitos, sendo que 06 constituem número de ordem que eram adicionados aos 4 relativos ao exercício da emissão.

Explicou que o sistema validador do SPED só lê 9 (nove) dígitos em cada numeral identificador de nota fiscal, e por isso não produzia as mensagens típicas de advertência, tendo feito acreditar que haviam sido incorporadas ao registro. E afirmou que de fato quase todas as notas fiscais avulsas estão registradas, mas foram rejeitadas pelo gerador da EFD, em razão de parâmetros incoerentes entre a SEFAZ emitente e o próprio SPED. De modo que a Impugnante admitiu como correta apenas a multa no valor de R\$1.491,98 sobre aquelas notas fiscais que concorda que estão fora do registro, conforme demonstrou à fl. 196.

O autuante, em sua informação fiscal, fls. 233 a 237, quanto à infração 08, afirmou que o autuado não trouxe aos autos a comprovação de que teria registrado as notas fiscais. Disse ter conferido mais uma vez os documentos e a EFD e constatou o registro da nota fiscal nº 183593, cujo valor deverá ser excluído da base de cálculo da penalidade imputável.

Esclareceu que a parte tributável da nota fiscal já foi excluída da infração 07 e que a base de cálculo desta infração fica reduzida para R\$1.795.020,00, com penalidade de R\$17.950,20, à razão de 1% sobre as omissões apuradas.

Contudo, após examinar detidamente os documentos acostados pelo autuante, às fls. 684 a 835, que se referem à EFD referente ao Livro Registro de Entradas de Mercadorias do período de agosto a outubro de 2013, concordo com a cognição feita pelo autuante de que examinando minuciosamente a Escrita Fiscal Digital da empresa (EFD), identificou apenas as notas fiscais

17999, (a única citada na manifestação do contribuinte), e as notas 183593, 702013 e 40380, que embora a numeração não coincida, mas há coincidência de valores, em datas próximas.

É fato também que, quanto às demais notas fiscais, mesmo se tentando localizar por coincidência de valores e datas, não foram localizadas na EFD da Impugnante, por isso comungo da conclusão feita pelo autuante de que “*com toda certeza não foram registradas*”.

Desta forma, acato a correção proposta pelo autuante conforme demonstrativo acostado às fls. 428 e 429, reduzindo a base de cálculo da multa em questão em R\$109.910,39 e o valor da multa de R\$17.966,62 para R\$16.960,88, resultado da exclusão das notas fiscais 17999, 183593, 702013 e 40380.

Destarte, o presente auto de infração toma a conformação final conforme demonstro a seguir:

INFRAÇÃO	AUTUADO	JULGADO
1	3.967,82	2.795,13
2	17.282,49	171,90
3	176,76	176,76
4	2.054,17	0,00
5	60.488,07	13.149,27
6	344.768,94	12.220,03
7	933,54	0,00
8	17.966,62	16.960,88
TOTAL	447.638,41	45.473,97

Destaco, de ofício, que o enquadramento da multa de 150%, indicada no início dos autos, foi alterada para 100%, sendo que o enquadramento da referida multa indicada no Auto de Infração está em conformidade com os arts. 380; 126, inciso II do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que foi vencida em 31/03/2012. Já a nova multa, no qual fora alterada para 100%, teve seu início a partir de 01/04/2012 com enquadramento destacado na folha inicial do PAF e transcrito inicialmente neste relatório (ARTIGO 8º, §6º da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, inciso III, alínea “g”, item 2 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, que resulta na redução do valor lançado de R\$447.638,41 para R\$45.473,97, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0001/15-2**, lavrado contra **CASA PADIM ATACADO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.513,09**, acrescido da multa de 60%, sobre R\$15.363,82, e de 100% sobre R\$13.149,27, previstas no art. 42, II, “d” e “f”, V, e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$16.960,88**, prevista no art. 42, inciso XI da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei 9.837/05, devendo serem homologados os valores recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR