

PROCESSO - A. I. N.º 206958.3014/16-8
RECORRENTE - MATOS GAMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0079-03/18
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/03/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0338-11/19

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Razões recursais elidem parte do valor remanescente. Infração subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida. 2. LIVROS FISCAIS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Razões recursais insuficientes à reforma da Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3ª JF - através do Acórdão JF nº 0079-03/18 - após julgamento pela Procedência Parcial do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 28/11/2016 para exigir o débito de R\$81.893,43, em razão da constatação de seis irregularidades, sendo objeto deste Recurso Voluntário, as infrações 5 e 6, a saber:

Infração 5 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$16.372,05, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro a dezembro de 2014, janeiro e junho a outubro de 2015;

Infração 6 – Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$2.499,78, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, no mês de janeiro de 2014.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$79.404,62, após consignar estarem presentes os pressupostos de validade processual e que as infrações 1 a 4 foram acatadas pelo autuado e, ante a inexistência de lide, ficam mantidas. No mérito, relativo às infrações 5 e 6, tece as seguintes considerações:

Quanto à infração 5:

[...]

A Infração 05 trata da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O Impugnante questionou a inclusão no levantamento fiscal do produto Milho em Grãos 30 kg, Milho em Grãos SC 60kg e Milho de Pipoca, “Pipoca Grapiuna 20 x 500gr”.

No tocante ao Milho em Grão comungo com entendimento esposado pelo Autuante e mantenho a autuação em relação a esse produto, haja vista que o benefício previsto no inciso XVIII, do art. 264, do RICMS-BA/12 explicita claramente que somente alcança a destinação nas saídas internas de insumos agropecuários, portanto, para usufruir do benefício, esse aspecto tem que restar indubitavelmente comprovado, sob pena de desvirtuar aplicação do benefício. Fato esse que não restou patente nos autos.

Em relação ao produto “Pipoca Grapiuna”, constato que assiste razão ao Impugnante e acolho o entendimento do Autuante ao reconhecer a redução da alíquota de 17%, para 7%, apontada pela defesa, e refazer o levantamento fiscal que por se tratar de milho para pipoca conforme previsão estatuída na alínea “a”, do inciso I, do art. 16, da Lei 7.014/96.

Nestes termos, acolho o novo demonstrativo ajustado efetuado pelo Autuante e acostado às fls. 94 a 101.

Concluo pela subsistência parcial desse item da autuação no valor de R\$13.883,24.

A Infração 06 cuida do recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto.

Em sede de defesa, o Autuado alegou que a apuração da irregularidade teve com fonte de dados as EFDs/SIAF, especificamente o Registro C170 da EFD, contudo destacou que esse registro foi gerado com erro no Campo Base de Cálculo e Valor do ICMS, somente no mês de janeiro de 2014. Explicou que seu sistema apropriou de forma aleatória os valores a menos para alguns produtos e maior para outros, gerando valores distorcidos entre os produtos registrados na EFD, afirmando que não houve recolhimento a menos e sim uma falha na distribuição dos valores do Registro C170 de sua EFD no referido mês. Pugnou pelo abatimento no valor de R\$2.499,88, da exigência apurada.

Ao compulsar as peças que compõem o contraditório atinente a esse item da autuação, constato que, apesar de plausível a ponderação da defesa, a ausência de elementos inequívocos de comprovação de sua alegação em sua peça defensiva, mesmo deles dispondo, não há como acolher a sua pretensão. Eis que meras alegações sem suporte fático probatório não tem o condão de elidir acusação fiscal lastreada em dados que tiveram fonte sua própria EFD.

Assim, fica mantida a Infração 06.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração

No Recurso Voluntário, de fls. 132 a 135 dos autos, em relação à infração 5, o recorrente alega que a JJF entende que o benefício fiscal não deve prevalecer tendo em vista que o mesmo alcança a destinação nas saídas internas de insumos agropecuários e, para usufruir do benefício, tem de ficar indubitavelmente provado tratar-se de insumo agropecuário, o que não foi provado.

Salienta o recorrente que, da leitura do art. 264, XVIII, “a” do RICMS, nota-se que o benefício fiscal alcança toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até o consumidor final, não importando se um mesmo produto passou por diversas operações de revenda até chegar ao consumidor final, pois, o que assegura o benefício fiscal da isenção é a destinação final do produto.

Assim, na hipótese de o estabelecimento adquirente dar destinação diversa ao produto, este deverá pagar o ICMS, pouco importa se ele é estabelecimento industrializador, varejista ou atacadista.

Diz que o RICMS não prevê nenhuma forma de comprovação do remetente da mercadoria quanto à destinação do produto. Sendo assim, a existência de uma ou mais etapas no destino final do produto não altera a essência do benefício fiscal, que é diminuir o seu preço final.

Destaca que, embora a tentativa de precisão na autuação, o autuante laborou em erro em minudenciar a relação dos destinatários da mercadoria, quando da informação fiscal anexada contendo a relação dos clientes (varejistas, supermercados, mercearias e mercadinhos), pois, se analisados com cuidado, os CNPJ e os nomes listados não conferem com os dados das notas fiscais. Diz que esse ponto não foi delineado quando do julgamento.

No tocante à infração 6, o recorrente alega que o autuante, ao manter sua posição quanto a cobrança do ICMS, não levou em consideração os dados das notas fiscais e do registro C100 da EFD, ao considerar somente o registro C170, exatamente o registro que contém os erros na escrituração, muito embora o apelante tenha apresentado, na defesa, a planilha com a relação das notas fiscais em conformidade com o registro C100. Ressalta que a base para a escrituração dos livros fiscais sempre foram as notas fiscais, tanto é que, nas situações em que há divergências, prevalecem sempre os dados da nota fiscal.

Diz ser indiscutível a prevalência na contabilidade do princípio da essência sobre a forma, bem como dos princípios da busca da verdade real e do *in dubio pro contribuinte*, no sentido de que deve prevalecer o escrito nas notas fiscais, tendo em vista elas espelharem o que de fato aconteceu, de modo que na hipótese de qualquer dúvida quanto à mera formalidade da escrituração, a mesma se opera a favor do contribuinte, cabendo, ao máximo, uma multa formal, mas não a desejada pelo autuante.

Salienta que a JJF não aceitou esse ponto sob o argumento de que não há elementos que provem a

alegação. Contudo, o recorrente aduz que todas as notas fiscais são eletrônicas e estão à disposição do Estado e todas as declarações do contribuinte. Assim, concluiu que: como o Estado tem posse de tudo mencionado, não pode prejudicar o contribuinte sob a alegação de ausência de elementos inequívocos que comprovem a sua alegação.

Assim, requer que o Acórdão JJF nº 0079-03/18 seja revisto, a fim de que justiça seja feita ao presente caso.

VOTO

Quanto às razões do Recurso Voluntário, restritas às infrações 5 e 6, o recorrente, em relação à quinta exação, insurge-se contra a Decisão da JJF de que o benefício fiscal não deve prevalecer em vista de não alcançar a condição de se destinar às saídas internas de insumos agropecuários.

Da análise das peças processuais atinentes à infração 5, inicialmente às fls. 22 a 30 dos autos e, após acolhimento parcial das razões de defesa, quando da informação fiscal, às fls. 88 a 101 dos autos, cujo valor remanescente de R\$13.883,23 foi acolhido pela Decisão recorrida e é objeto de Recurso Voluntário, observa-se que, apesar de neste valor constar diversos produtos, a irresignação do recorrente limita-se ao produto “milho em grãos”, sob a alegação de se encontrar isento, albergado no benefício fiscal para insumo agropecuário, previsto no art. 264, XVIII, “a”, do RICMS.

Sustenta o recorrente que tal isenção alcança toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até o consumidor final, não importando se um mesmo produto passou por diversas operações de revenda até chegar ao consumidor final, pois o que assegura o benefício fiscal da isenção é a destinação final do produto e que, na hipótese de o estabelecimento adquirente dar destinação diversa ao produto, este deverá pagar o ICMS, pouco importa se ele é estabelecimento industrializador, varejista ou atacadista. Diz, ainda, que o RICMS não prevê nenhuma forma de comprovação do remetente da mercadoria quanto à destinação do produto e que a existência de uma ou mais etapas no destino final do produto não altera a essência do benefício fiscal, que é diminuir o seu preço final.

À época dos fatos geradores, ocorridos em 2014, o art. 264, XVIII, “a”, do RICMS/12 previa que:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

[...]

XVIII - as saídas internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, observadas as seguintes disposições:

- a) o benefício fiscal de que cuida este inciso alcançará toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final;*
- b) o benefício fiscal não se aplica no caso de operação que não preencha os requisitos estabelecidos ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício, caso em que o pagamento do imposto caberá ao contribuinte em cujo estabelecimento se verificar a saída;*
- c) a manutenção de crédito somente se aplica às entradas em estabelecimento industrial das matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação daqueles produtos;*
- d) fica admitida a manutenção de crédito nas entradas em estabelecimento agropecuário dos produtos objeto da isenção de que cuida este inciso;*

Por sua vez, o art. 268, V, do RICMS/12, à época, previa que é diferido o lançamento do ICMS nas saídas internas de produtos agrícolas e extrativos vegetal, em estado natural, produzidos neste estado. Já o seu §13, II, dispensa o lançamento do imposto diferido milho em palha, em espiga ou em grãos, quando a saída subsequente não for tributada.

Diante de tais considerações, vislumbro que o produto “milho em grãos” não incidia tributação nas operações internas, ora em análise, pois se destinavam ao comércio varejista e atacadista,

segundo relação do próprio autuante, às fls. 88 a 93 dos autos, sendo isentas as sacas de 30 e 60 kg, nos termos do art. 264, XVIII, na condição de insumos agropecuários, cuja operação para outros comerciantes varejistas ou atacadistas não invalidava o benefício fiscal, nos termos previsto na alínea “a” do referido inciso XVIII, e, no caso do produto não destinado como insumo agropecuário, mesmo assim, nos termos do art. 268, V, do RICMS/12, tratava-se de lançamento diferido do ICMS, por ser produtos agrícolas em estado natural, devendo as aludidas operações com “MILHO EM GRÃOS” serem excluídas do valor remanescente julgado pela JJF de R\$13.883,24, o que resulta em R\$5.981,42 a INFRAÇÃO 5, conforme abaixo explicitado:

PERÍODO	ICMS EXIGIDO A. I.	ICMS JJF	ICMS DEVIDO FLS. 94/101
28/02/14	9,87	9,87	-
31/03/14	104,96	104,96	13,43
30/04/14	32,34	32,34	-
31/05/14	102,48	102,48	-
30/06/14	3.582,74	3.371,14	2.562,15
31/07/14	5.600,14	5.191,34	1.125,18
31/08/14	1.044,66	815,42	430,56
30/09/14	1.164,45	969,31	761,62
31/10/14	2.303,42	2.250,67	369,87
30/11/14	605,48	588,68	355,16
31/12/14	485,48	447,03	363,45
31/01/15	279,99	-	-
30/06/15	370,26	-	-
31/07/15	130,22	-	-
31/08/15	211,65	-	-
30/09/15	83,30	-	-
31/10/15	260,61	-	-
TOTAIS:	16.372,05	13.883,24	5.981,42

No que tange à infração 6, o recorrente reitera suas alegações apresentadas quando da sua defesa, às fls. 59 e 60 dos autos, de que no mês de janeiro de 2014 o registro C170 da EFD, utilizado pelo Fisco para apurar o valor exigido, contém erros na escrituração. Porém, conforme planilha às fls. 62 a 82 dos autos, as notas fiscais (base para a escrituração dos livros fiscais) estão corretas, com os valores de base de cálculo do ICMS devidamente calculados, conforme registro 100 da EFD, do que concluiu que não houve recolhimento a menor e, sim, uma falha na distribuição dos valores no registro C170 da EFD no referido mês de janeiro de 2014.

Salienta que todas as notas fiscais são eletrônicas e estão à disposição do Estado, não se justificando o argumento da JJF de que não há elementos que provem a alegação.

Vislumbro que as razões recursais não trazem fatos novos para a reforma da Decisão recorrida, quanto à infração 6, visto que, como frisou o preposto fiscal autuante, às fls. 87 dos autos, *“Ademais, a empresa não apresentou qualquer caso exemplar da sua alegação. Nós também não encontramos”*.

Por outro lado, como bem consignado na Decisão recorrida, *“... a ausência de elementos inequívocos de comprovação de sua alegação em sua peça defensiva, mesmo deles dispondo, não há como acolher a sua pretensão. Eis que meras alegações sem suporte fático probatório não tem o condão de elidir acusação fiscal lastreada em dados que tiveram fonte sua própria EFD”*.

Portanto, o recorrente não se desincumbiu de provar fato por ele alegado, com documentos probatórios, a exemplo da *retificação da EFD junto à SEFAZ* e das próprias notas fiscais, por amostragem, de modo a consubstanciar sua alegação de que o Registro C170, no mês de janeiro de 2014, apresentava erros de escrituração e que o correto, inclusive condizente com os documentos fiscais (base da escrituração fiscal), seria o Registro C100 da EFD, pelo qual não haveria o recolhimento a menos, objeto da acusação fiscal, pois, de fato, no mínimo, seria inadmissível existir registros inconsistentes na EFD, o que já fragiliza a alegação recursal. Mantida a Decisão recorrida, quanto à infração 6.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida apenas quanto à infração 5.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.3014/16-8**, lavrado contra **MATOS GAMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$71.502,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “b”, VII, “a” e “b” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2019.

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS