

PROCESSO - A. I. Nº 269193.0001/18-7
RECORRENTE - CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JFJ nº 0109-03/19
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/04/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0053-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** ESTORNO DE CRÉDITO NÃO EFETUADO. **b.1)** SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas. **b.2)** MERCADORIAS DETERIORADAS. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar. Infrações subsistentes. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada, de acordo com o levantamento fiscal. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas, através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas. **b)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, mediante levantamento quantitativo, sendo o valor das entradas omitidas superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto calculado sobre o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. **c)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado

em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apontado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de decadência quanto às infrações 06 a 09, e indeferido o pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 3ª JF, Nº **0109-03/19**, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 20/03/2018, referente à exigência de R\$223.770,59 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 100%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$15.385,20. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.05.01: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a maio, outubro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$7.529,01. Multa de 60%.

Em complemento, consta a informação de que se trata de crédito decorrente da compra de material de embalagens, que só é devido na proporção das saídas tributadas.

Infração 03 – 01.05.10: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram deterioradas, nos meses de março a dezembro de 2013; janeiro a junho, agosto, outubro a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$17.599,99. Multa de 60%.

Consta, ainda, que as mercadorias foram baixadas sem débito fiscal, mediante emissão de Notas Fiscais com CFOP 5.927.

Infração 04 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e de janeiro a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$29.079,55. Multa de 60%.

Infração 05 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e de janeiro a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$20.176,15. Multa de 60%.

Conforme descrição dos fatos, trata-se de erro na determinação da carga tributária em operações com ECF.

Infração 06 – 04.05.02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2013). Valor do débito: R\$16.576,39. Multa de 100%.

Infração 07 – 04.05.05: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, 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 saída de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício de 2014. Valor do débito: R\$23.792,63. Multa de 100%.

Infração 08 – 04.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2013 e 2014). Valor do débito: R\$74.227,34. Multa de 100%.

Infração 09 – 04.05.09: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias

sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados (2013 e 2014). Valor do débito: R\$19.404,33. Multa de 60%.

A 3ª JfF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

VOTO

O autuado alegou que ocorreu a decadência dos valores com vencimentos anteriores a 09/03/2013. Disse que é de conhecimento basilar, que o prazo para homologação do lançamento relacionado ao ICMS é de 05 (cinco) anos, contados da ocorrência do “fato gerador”, conforme preconiza o § 4º, do art. 150 do CTN. Parte do período indicado no auto de infração é compreendido entre 09/02/2013 a 09/03/2013, encontrando-se fatos geradores do exercício de 2013 (anteriores a 09.03.2013), que foram tragados pelo fenômeno da decadência.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, “O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”.

O § 4º prevê que, “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

O entendimento que vem prevalecendo, é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se às conclusões a seguir:

- 1. Débito tributário declarado e pago: Há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150 do CTN.*
- 2. Débito declarado com efetivação do pagamento, porém, com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: A autoridade, mediante a coleta de provas idôneas apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I.*
- 3. Débito declarado com efetivação de pagamento parcial: O contribuinte apura o imposto e antecipa o pagamento parcial do montante devido (e declarado), ensejando a aplicação igualmente do § 4º, do art. 150 do CTN.*
- 4. Débito declarado e não pago: Neste caso deve ser aplicada a previsão do art. 173, I do CTN, considerando a interpretação de que, a Administração Tributária homologa é o pagamento e não o lançamento expedido pelo particular. Se não há pagamento, não há o que ser homologado.*
- 5. Débito não declarado e não pago: Aplicação também direta das disposições do art. 173, I do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.*

No levantamento fiscal em que se apura imposto não declarado e não pago, implica dizer que não há pagamento a ser homologado, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

O defendente apresentou o entendimento de que deve ser reconhecido o transcurso do prazo decadencial, e a consequente extinção dos créditos tributários lançados no presente auto de infração, relativamente aos fatos ocorridos anteriores a 09.03.2013, considerando a data de lavratura do Auto de Infração em 20/03/2018.

Constato que as infrações 01 a 05 tratam de imposto lançado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS, e o consequente recolhimento efetuado a menos, neste caso, houve débito declarado, o que enseja aplicação do § 4º, do art. 150 do CTN. Dessa forma, operou-se a decadência em relação aos débitos relativos aos meses de janeiro e fevereiro de 2013, por isso, o débito originalmente lançado deve ser reduzido quanto aos mencionados meses, ficando evidente que em relação aos fatos ocorridos entre janeiro e fevereiro de 2013 se operou a decadência, considerando que se trata de informações relativas a imposto declarado pelo contribuinte.

Entendo que neste caso, houve homologação tácita do lançamento após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN.

Quanto aos demais itens da autuação fiscal, apurados mediante levantamento quantitativo de estoque, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2013 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2018. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 20/03/2018, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Nestes itens da autuação fiscal, se apurou débito não declarado e não pago, aplicando-se as disposições do art. 173, I do CTN, e o prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado, ou seja, sem qualquer pagamento não há o que ser homologado. Não ocorreu a decadência para as infrações 06 a 09.

Alegando a necessidade de se buscar a verdade material e a eficiência, o defendente requereu a realização de diligência, para que o autuante realizasse levantamento na documentação contábil/fiscal da empresa.

O convencimento do julgador será formado a partir dos fatos, circunstâncias e argumentos constantes no processo, apreciando as provas apresentadas, e a deliberação para a realização de diligência acontece quando essa providência for necessária à convicção dos julgadores. A solicitação de diligência visa a instruir o processo com elementos que possibilitem a decisão da lide e, neste caso, se pretende sejam carreados aos autos os documentos e levantamentos necessários para a decisão final.

Os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo ao defendente comprovar suas alegações, sendo inadmissível a realização de diligência quando destinada a verificar fatos e documentos que estejam na posse ou no alcance do Contribuinte, cuja prova ou sua cópia poderia ter sido juntada ao presente processo.

Assim, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I do RPAF/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a Infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014.

O defendente alegou que as mercadorias objeto de autuação não se encontram enquadradas no regime de Substituição Tributária, e conseqüentemente, tem plena convicção da apropriação adequada dos respectivos créditos de ICMS para fins de compensação com o imposto devido nas saídas subsequentes, visto que não houve encerramento da sua fase de tributação.

Disse que as mercadorias sinalizadas pelo autuante são produtos derivados do leite, como bebida láctea e leite fermentado, logo, não se trata de iogurte conforme o Fisco alega, além de algumas massas alimentícias que não condiz com a infração.

Quanto ao Iogurte com a NCM 0403, disse que na NCM 0403.1000, a TIPI expressa claramente apenas o produto denominado iogurte, e desta forma, os demais produtos, como por exemplo, o leite fermentado e a bebida láctea, ambos estão classificados na NCM 0403.9000. A norma expressa no artigo 289 do RICMS-BA, é possível evidenciar que o item 21 do anexo 1, refere-se apenas a produtos denominados “iogurte”, cujo NCM é 0403.1.

Afirmou que, de maneira semelhante, ocorre com os produtos denominados “massa pastel” e “massa pizza”, pois, a NCM prevista em sua classificação é 1902.19.00, na qual, em conformidade com a TIPI, se trata de outras massas não cozidas, recheadas ou preparadas de outro modo.

O Autuante esclareceu que a NCM constante nas N.F. de entradas do produto “Iogurte” é 0403.1000, como se vê no extrato da EFD do contribuinte, no CD apensado à informação, na pasta Inf.01. No Anexo 1 do RICMS, no Item 21, tem-se de modo claro que os produtos com NCM 0403.1 estão na S.T., por isso, não há margem para dúvidas.

Também informou que a NCM constante nas N.F. de entradas do produto “Massa Pastel” é 1902.3000, como se vê no extrato da EFD do contribuinte, e no Anexo I do RICMS, no Item 33.1, tem-se de modo claro que os produtos com NCM 1902.3 estão na S.T. Quanto ao produto “Massa Pizza”, citado na peça defensiva, afirma que não faz parte da infração aqui atacada.

A legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código da NCM. Neste caso, a descrição constante nos documentos fiscais emitidos por contribuintes deve corresponder

ao que está previsto na legislação, correlacionando com a tabela referente aos códigos da NCM, para se comprovar se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado naquele item da referida tabela e, se for o caso, no regime de substituição tributária.

Concordo com o posicionamento do autuante de que no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, nos itens 21 e 33 se encontram os produtos incluídos no levantamento fiscal. Dessa forma, os produtos com NCM 1902.3 e 0403.1 estão enquadrados no regime de substituição tributária.

No caso em exame, embora as mercadorias em comento tenham a descrição de forma genérica no Anexo 1 do RICMS-BA, a informação constante nos documentos fiscais indica que a mercadoria corresponde àquela contida na norma, o que não afasta sua aplicabilidade à substituição tributária, estando classificadas na mesma posição de NCM.

Considerando que se trata de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo sido apurado na EFD e NFs do contribuinte, que foram efetuadas saídas sem débito do ICMS, entendo que está comprovado o cometimento da irregularidade apurada, sendo devido o imposto exigido neste item do presente lançamento. Mantida parcialmente a exigência fiscal, com a exclusão dos meses em que se operou a decadência.

Infração 02: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, relativo às entradas de mercadorias no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a maio, outubro a dezembro de 2013.

Trata-se de crédito decorrente da compra de material de embalagens, que só é devido na proporção das saídas tributadas, em conformidade com o disposto no RICMS-BA/2012, artigo 309, inciso I, alínea “a”.

O autuado alegou que o mesmo tratamento que adotou com relação às mercadorias, aplicou ao material útil para o seu acondicionamento. Disse que o estorno do crédito, alegado pelo autuante, não foi realizado em virtude da apropriação ter sido feita direta, ou seja, a utilização do crédito foi menor que o documento fiscal de aquisição e proporcional com a tributação das mercadorias acondicionadas. Afirmou que ao adquirir embalagens, cujo documento fiscal de origem conceda permissão do crédito de ICMS, realiza o cálculo para o aproveitamento proporcional do referido crédito.

Tendo em vista o montante das vendas, afirmou que aplica o percentual das receitas tributadas, desprezando o percentual sobre as demais receitas isentas, uma vez que essas não incidem o ICMS, seja nas entradas ou em operações subsequentes, por isso, alega que não houve qualquer aproveitamento maior ou indevido de ICMS.

O autuante informou que em nenhum momento o defendente atacou qualquer dos itens apresentados no levantamento fiscal acostado ao PAF pelo autuante. Disse que a materialidade da infração apurada está comprovada pelo demonstrativo que elaborou (fl. 34 do PAF).

Analisando o levantamento efetuado pelo autuante, constato que foi efetuada comparação entre os valores relativos ao estorno proporcional efetivamente devido e o estorno realizado pelo contribuinte, de acordo com os dados constantes na EFD. A correção dos mencionados dados é de responsabilidade do contribuinte e os registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais correspondentes e não se pode aceitar método próprio de apuração do imposto. Dessa forma, a infração subsiste em parte com a exclusão dos meses em que se operou a decadência.

Infração 03: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram deterioradas, nos meses de março a dezembro de 2013; janeiro a junho, agosto, outubro a dezembro de 2014. As mercadorias foram baixadas sem débito fiscal, mediante emissão de Notas Fiscais com CFOP 5.927, como previsto no RICMS-BA/2012.

O defendente alegou que todas as operações realizadas no seu estabelecimento atendem rigorosamente a legislação pertinente. Em nenhum momento efetuou baixa das mercadorias deterioradas sem o destaque devido do ICMS, exceto, os produtos que se encontram amparados pelo regime da Antecipação e/ou Substituição Tributária, considerando que o ICMS efetivamente foi recolhido nas entradas, e, conseqüentemente, encerrando a fase de tributação nas operações subsequentes.

O autuante informou que as mercadorias foram baixadas, sem débito fiscal, mediante emissão de Notas Fiscais com CFOP 5.927, como previsto no RICMS/2012. O autuado não procedeu ao estorno do crédito fiscal respectivo, exigido no Art. 312 do citado RICMS-BA/2012, e o Anexo “A” da infração contém parte do demonstrativo capaz de caracterizar o ilícito, disponível em sua totalidade no CD de Arquivos Eletrônicos anexado a este PAF, com cópia entregue ao contribuinte, na pasta Créd. a Estornar_CFOP 5.927”. Na sub-pasta Comprovações anexa DANFes de algumas Notas Fiscais, onde se vê a prova do quanto aqui narrado.

Conforme estabelece o art. 312, inciso IV do RICMS-BA/2012, “o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar”.

Neste caso, se não ficou suficientemente comprovado pelo contribuinte que efetuou o estorno do crédito,

conforme previsto na legislação, é correto exigir o valor apurado mediante o levantamento fiscal (fls. 36/37 do PAF). Quanto à fórmula de cálculo alegada pelo defendente, os créditos proporcionais não foram caracterizados, não se prestando para elidir o imposto apurado no presente lançamento, tendo em vista que o levantamento fiscal foi efetuado de acordo com as informações constantes na EFD do Contribuinte. Infração subsistente.

Infração 04: Recolhimento efetuado a menos, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e de janeiro a dezembro de 2014.

Infração 05: Recolhimento efetuado a menos, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e de janeiro a dezembro de 2014. Trata-se de erro na determinação da carga tributária em operações com ECF.

O autuado alegou que não houve recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação em vigor no período, quando das saídas de mercadorias. Salientou que as infrações 04 e 05 se referem ao mesmo fato, porém, o fisco apurou, separadamente, as operações realizadas por NF-e e ECF.

Ressaltou que em algumas operações abrangendo os produtos denominados “margarina”, “leite em pó”, “vinagre”, “charque” e “leite longa vida” (fabricados neste Estado, conforme dispõe o inciso XXIX, do art. 268 do RICMS/BA), ao invés de reduzir a base de cálculo e posteriormente aplicar a alíquota interna prevista no dispositivo, a alíquota aplicada foi inferior, contudo, não houve a redução da base de cálculo, e consequentemente, não ocasionou quaisquer ônus ao erário do Estado, visto que o imposto incidente corresponde com a carga tributária prevista em lei.

Quanto à infração 04, o autuante informou que uma simples vista aos demonstrativos disponibilizados neste PAF, para este item, será o suficiente para anular a argumentação acima. Citou alguns casos: 2013 - aplicou, para os produtos ali relacionados, alíquota de 0,17% ao invés de 17% ou simplesmente 0,17; tributou creme vegetal a 7%, como se margarina fosse produto com redução de base de cálculo (margarina, charque, etc), de modo que a carga tributária final seja 7%, tiveram a base de cálculo reduzida e a alíq. de 7% aplicada sobre essa base de cálculo reduzida; produtos sob CFOP 5.409 com alíquota zero, sem qualquer base legal para tal. 2014 - produtos com redução de base de cálculo (margarina, charque, etc), de modo que a carga tributária final seja 7%, tiveram a base de cálculo reduzida e a alíq. de 7% aplicada sobre essa base de cálculo reduzida; idem para papel higiênico, que no período tinha redução da base de cálculo de modo que a carga tributária final fosse 12%; produtos sob CFOP 5.409 com alíquota zero, em um montante elevado, sem qualquer base legal para tal.

Sobre a infração 05, o autuante disse que constatou ilicitudes semelhantes, a saber: 2013 - tributou creme vegetal a 7%, como se margarina fosse; vários produtos com alíq. ZERO, alguns sob CFOP (indevido) 5.405, a exemplo de “Beb. Lac. Batavo”, outros com CFOP 5.102 mesmo, como “ervilha pif paf 2014 - além das ilicitudes acima arroladas, com destaque para a enorme quantidade de produtos com alíq. ZERO, continuou tributando margarina e vinagre, por exemplo, a 7%, quando tal benefício só era permitido até 31.12.2013. Pela materialidade demonstrada do ilícito, ratifica a imputação contida nestes itens.

Analisando o levantamento fiscal, foi constatado erro na determinação da alíquota, considerando que o ICMS deve ser apurado segundo a alíquota cabível para cada operação realizada pelo contribuinte, como se pode constar no demonstrativo de fl. 40/41.

Considerando os esclarecimentos apresentados pelo autuante e os elementos constantes dos autos, inclusive o levantamento fiscal, constato que as infrações 04 e 05 estão devidamente caracterizadas, concluindo pela sua subsistência parcial, considerando a exclusão dos meses de janeiro e fevereiro de 2013, alcançados pela decadência.

Infração 06: Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2013).

Infração 07: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, 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 saída de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício de 2014.

Infração 08: Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2013 e 2014).

Infração 09: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio

sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados (2013 e 2014).

Quanto às infrações 6, 7, 8 e 9, o defendente alegou que realiza operações abrangendo o segmento varejista de carnes - açougues, fabricação de produtos de padaria e confeitaria com predominância própria, e para o desempenho das atividades mencionadas, adquire produtos cuja finalidade foi de utilização no processo de transformação produção. Consequentemente, as mercadorias foram consumidas e não deveriam compor mais o estoque, e para tal, emite Notas Fiscais com fim específico de retirá-las do estoque, justificando seu uso, como por exemplo, a transformação da carne bovina in natura em carne do sol salgada, colchão bovino em acém e/ou filé especial entre outros relacionados com o açougue, além das especiarias elaboradas na padaria do próprio estabelecimento, com o insumo efetivamente apropriado.

Informou que após a transformação dos insumos em produtos da padaria acabados, emite uma Nota Fiscal, com CFOP 1949, fundamentando sua respectiva entrada no estoque de mercadorias e disponibilizando para saídas subsequentes. De forma semelhante, ocorre com as mercadorias revendidas no açougue do estabelecimento, uma vez que seu recebimento não referencia as partes (cupim, patinho, peito, picanha, acém, filé especial entre outros), emite NF das saídas das partes, conforme recebimento da NF-e de aquisição e, posteriormente, uma entrada específica das partes como são revendidas. Sendo assim, alega que existe uma contagem de estoque específica das mercadorias transformadas e/ou produzidas

Quanto à acusação do fisco sobre o recolhimento do imposto relativo à substituição tributária e imposto por solidariedade das mercadorias enquadradas na ST, entende que não há previsão legal para este fato, pois, as vendas são internas e destinadas a consumidor final.

Observo que não assiste razão ao defendente, considerando que em relação a mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária, apurando-se diferença mediante levantamento quantitativo de estoques, e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, e as mercadorias ainda encontravam-se em estoque, conforme art. 10, inciso I, alínea “b” Portaria 445/98.

Analizando as alegações defensivas, o autuante informou que em PAF recente do mesmo contribuinte (AI. 2691933014166), o relator desta 3ª JF, baixou o processo em diligência, solicitando que o autuante considerasse os argumentos postos pela defesa, e que são semelhantes a estes aqui trazidos. Para o caso do relator deste PAF ter o mesmo entendimento, procedeu à elaboração de novos demonstrativos, que se encontram no CD em anexo, na pasta “Inf. 06 a 09 -Estoque”. Foram excluídos todos os produtos de açougue. Também informou que não há, nos demonstrativos anexados ao PAF, qualquer item de padaria e confeitaria, como citado pelo defendente. Apurou novos valores do débito para as infrações relacionadas ao levantamento quantitativo, conforme demonstrativo às fls.

Considerando o refazimento dos cálculos pelo autuante, acatando as alegações defensivas, não foi necessário intimar o defendente, com base no § 8º, do art. 127 do RPAF/BA, que estabeleceu a dispensa de ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pelo contribuinte.

Nas razões de defesa não foi apresentado qualquer documento ou outro argumento para contrapor os dados numéricos do levantamento fiscal, além daquelas alegações já aceitas na informação fiscal. Acato as conclusões apresentadas pelo autuante e voto pela procedência parcial do presente lançamento, de acordo com os novos valores apurados após a revisão efetuada (fl. 648 do PAF), salientando que as infrações apuradas estão conforme discriminação a seguir:

- Conforme estabelece o art. 13, inciso I da Portaria 445/98, constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas (infração 06).*
- Constatando-se que houve omissão de entrada de mercadoria tributável superior à omissão de saída, é devido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte, sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que, o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações não contabilizadas, conforme art. 13, inciso II da Portaria 445/98, c/c art. 60, II “b” do RICMS/97 (Infração 07).*

- *Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 08), conforme art. 15, inciso I, alínea “a” Portaria 445/98, e RICMS/97, art. 39, V.*
- *É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda encontravam-se em estoque (infração 09), conforme art. 10, inciso I, alínea “b” da Portaria 445/98.*

O defendente alegou ainda que se verifica no caso posto, a regra esculpida nos arts.158 e 159 do RPAF, as multas aplicadas devem ser reduzidas pela Junta julgadora. O pedido não pode ser atendido, considerando que esta Junta de Julgamento Fiscal tem competência para apreciar somente pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação acessória, consoante o art. 158 do RPAF-BA/99.

Caso o relator entenda necessário, que seja remetido o PAF para o Procurador Geral do Estado da Bahia, a fim de emissão de parecer, vez que se trata de matéria exclusivamente de direito, na forma do art. 137, II do RPAF.

Em relação ao mencionado pedido para intervenção da PROFIS, no presente PAF, observo que nesta fase de julgamento, e no caso em exame, não se encontram as situações elencadas no art. 118 do RPAF/99, para solicitação de parecer.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	C O N C L U S ã O	IMPOSTO
1	PROCEDENTE EM PARTE	13.878,00
2	PROCEDENTE EM PARTE	6.474,73
3	PROCEDENTE	17.599,99
4	PROCEDENTE EM PARTE	28.075,01
5	PROCEDENTE EM PARTE	18.650,72
6	PROCEDENTE EM PARTE	15.239,00
7	PROCEDENTE EM PARTE	12.919,00
8	PROCEDENTE EM PARTE	31.577,53
9	PROCEDENTE EM PARTE	15.139,34
TOTAL	-	159.553,32

A recorrente inconformada com a decisão de piso interpõe Recurso Voluntário articulando as seguintes teses defensivas.

Explica que uma pessoa jurídica de direito privado cujo objetivo social consiste no comércio atacadista de cereais e produtos alimentícios em geral com atividade de fracionamento e acondicionamento associada, além do comércio atacadista de cosméticos, produtos de perfumaria, higiene, limpeza e conservação domiciliar, sendo dessa forma, contribuinte de tributos estaduais.

Infração 01: Inicialmente, imperioso destacar que, quando existe a coincidência entre as características da mercadoria e os atributos descritos no referido dispositivo, de forma que a mercadoria envolvida na operação apresente denominação e classificação fiscal coincidentes com as descrições contidas na norma. Diz, portanto, que as mercadorias, objeto de autuação, não se encontram enquadradas no regime de Substituição Tributária e que o crédito é de direito.

Infração 02: Afirma que o tratamento adotado com as mercadorias para revenda é de igual forma aplicado ao material útil para o seu acondicionamento. Destarte, não há espaço para dúvidas, pois o imposto cobrado relativo às suas aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos, constitui crédito proporcional para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes, assim como para fins de apuração do imposto a recolher, conforme disposto no art. 309, I, “a” do RICMS/BA.

Explica que se aplica o percentual apenas sobre as receitas tributadas, desprezando o percentual sobre as demais receitas isentas, uma vez que essas não incidem o ICMS, seja nas entradas ou em operações subsequentes, e, logo, não houve qualquer aproveitamento maior ou indevido de ICMS.

Infração 03: Apesar de a recorrente ter afirmado e comprovado que os produtos se encontram

amparados no regime da Antecipação e/ou Substituição Tributária, a C. JJF não considerou tal fato, mantendo a suposta infração.

Salienta que em nenhum momento fora efetivada a baixa das mercadorias deterioradas sem o destaque devido do ICMS, exceto, os produtos que se encontram amparados no regime da Antecipação e/ou Substituição Tributária, considerando que o ICMS efetivamente foi recolhido nas entradas, e, conseqüentemente, encerrando a fase de tributação nas operações subseqüentes, além das mercadorias com não incidência ou isenção do ICMS.

Ressalta que todas as operações realizadas no estabelecimento da contribuinte atendem rigorosamente sua legislação pertinente, considerado que nas entradas não houve quaisquer aproveitamentos de crédito do ICMS, e assim, atendendo o disposto previsto na alínea “a”, do inciso I, do art. 310 no Decreto nº 13.780/2012.

Infrações 04 e 05: Apesar de consideradas subsistentes pela decisão de piso, diz que não procede a alegação de recolhimento a menor do ICMS, uma vez que o fisco expressa separadamente as operações realizadas por NF-e e ECF, respectivamente, sem analisá-las no todo.

Aduz que o RICMS (Decreto nº 13.780/2012), nos artigos 266 e 268, institui redução para a base de cálculo dos produtos auditados, os quais expressam claramente que as operações internas com os referidos produtos poderão ser reduzidas de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% ou a 12% (de acordo com a mercadoria contida em seus incisos).

Ademais, além da legislação mencionada, com fulcro nos artigos 15 e 16 da Lei nº 7.014/96, observa-se a disposição do tratamento tributário com as incidências de alíquotas diferenciadas (7% e 12%), assim, fica evidenciado que as operações com as referidas mercadorias estão embasadas nos dispositivos supracitados, e, conseqüentemente, não procede nenhuma inconsistência diante das supostas alegações.

Infrações 06, 07, 08 e 09: Diz que sempre efetuou o recolhimento do ICMS na condição de responsável solidário e que todas as aquisições de mercadorias são efetivadas mediante documento fiscal de origem.

Salienta que realiza operações abrangendo o segmento varejista de carnes - açougues, fabricação de produtos de padaria e confeitaria com predominância própria, e para o desempenho das atividades mencionadas, adquire produtos para serem utilizados no processo de transformação.

Atesta que as mercadorias objeto do lançamento de ofício foram consumidas no referido processo e, não poderiam, portanto, compor o seu estoque final. Explica que emite notas fiscais, CFOP 1949, com o fim específico de respaldar o ingresso das mercadorias resultantes do processo de transformação.

Sobre o recolhimento do imposto substituído e o imposto por solidariedade das mercadorias enquadradas na ST, atesta que quando as vendas são internas e destinadas a consumidor final não há nenhuma previsão legal que sustente a suposta cobrança para este fato.

Ressalta, também para as aquisições junto a açougue. Pontua que o inciso II do artigo 271, expressamente dispensa o lançamento e o pagamento do referido imposto, e, conseqüentemente, não houve nenhuma apropriação de crédito de ICMS oriundo de tais operações, bem como, débitos nas saídas subseqüentes.

Cita que na apresentação da impugnação foram acostados os demonstrativos e relação das Notas Fiscais envolvidas no processo, a qual requer maiores análises do ilustríssimo auditor, a fim de evidenciar a veracidade dos fatos.

Quanto aos supostos indícios de omissões elencados pelo autuante, esclarece a recorrente que durante o processo de fiscalização e anteriormente a lavratura do Auto de Infração, o autuante contestou supostas divergências encontradas nos saldos do seu estoque, sendo devidamente esclarecido.

Salientou que foi esclarecido ao fiscal autuante que a divergência apresentada ocorreu mediante transmissão da Escrituração Fiscal Digital - EFD de competência 02/2013, uma vez que houve equívoco por parte da equipe de colaboradores que atuam no departamento fiscal, sendo informado a SEFAZ o saldo do estoque em 28/02/2013, quando o correto seria em 31/12/2012.

Diz que o fiscal autuante compreendeu o fato e solicitou que o estabelecimento efetuasse a devida retificação do seu SPED.

Conclui que em nenhum momento houve omissão de saídas, conforme cópia do recibo junto aos demonstrativos elencados em pasta AZ junto ao recurso apresentado anteriormente.

Invoca o princípio da verdade material. Conclui que o processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fator gerador e a constituição do crédito tributário. Neste sentido, em decorrência do princípio da legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material.

Cita também o princípio da boa-fé objetiva. Explica que se trata de figura jurídica de real importância que, vem sendo aplicada nos processos administrativos fiscais. Isto porque no caso em julgamento imperioso reconhecer que a recorrente agiu com boa-fé, eis que não há qualquer fraude, dolo ou simulação.

Diante de quanto exposto, requer que seja reformado o Acórdão nº 0109-03/19 em relação às infrações de nº 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08 e 09, haja vista a magnitude das provas colacionadas na impugnação, sendo, inclusive, reconhecida a boa-fé da Recorrente, bem como a total improcedência das infrações apontadas, assim sendo, que seja julgado improcedente o auto de infração.

Ademais, em razão do princípio da eventualidade, requer que seja utilizado a busca da verdade material, a fim de que seja realizada perícia e/ou o julgamento convertido em diligência, desse modo, que seja anulado o acórdão recorrido.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Recurso Voluntário, contesta todas as infrações a ela imputadas, através do Auto de Infração em epígrafe, ou seja, 09 infrações supostamente cometidas, vinculadas a crédito indevido, falta de estorno de crédito do ICMS, recolhimento a menos, em razão da aplicação de alíquota diversa, omissão de saída, falta de recolhimento de ICMS-ST na qualidade de responsável solidário e de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

De logo, sinalizo que a recorrente requer seja o PAF convertido em diligência, invocando os princípios da eventualidade e da busca da verdade material.

Saliento, contudo, que a recorrente se restringe a reprisar as alegações trazidas em sede de impugnação, apontando genericamente para falhas incorridas na decisão de piso.

Sinaliza a recorrente, que os produtos lançados na infração 01 são tributados, e, portanto, não poderiam os créditos vinculados serem objeto de glosa. Diz que, apesar dos itens estarem classificados sob NCM's listadas no Anexo I, não se trata de produtos sujeitos a substituição tributária.

O iogurte, a título de exemplo, consta inserido no item 21 do anexo I, cujo NCM é 0403.1. Afirma, contudo, a recorrente que apesar das mercadorias auditadas indevidamente se assemelhar com o produto "iogurte", a NCM diverge da norma supracitada, visto que se trata de "outros" o qual não abrange o regime da Substituição e/ou Antecipação tributária.

Quanto às massas, esclarece a recorrente, que estão inseridos na modalidade de produtos tributados, pois são denominados de "massa para pastel", cuja NCM 1902.19.00, trata de outras massas não cozidas, recheadas ou preparadas de outro modo. Assim, ao comparar com os

critérios definidos no Anexo I, se enquadram no Regime da Antecipação e/ou Substituição Tributária apenas as massas para sopas, lasanhas e outras preparações similares.

O fulcro da lide, reside então no questionamento quanto à natureza e consequente classificação da natureza tributária da mercadoria. A recorrente alega que seriam mercadorias tributadas e o fisco sinaliza que seriam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Os itens contestados “iogurte e massa para pastel”, de fato, constam inseridos na ST, pelo que não há o que ser contestado, a menos que a recorrente prove de que não se trata dos produtos acima citados. Ocorre que, se observado o descritivo dos produtos lançados, é possível constatar tratar-se de *Iogurte Danone*, *Iogurte Danoninho*, *Iogurte Molico*, *Iogurte Chambinho*, classificados sob NCM 0403100 e, portanto, perfeitamente inseridos no rol de produtos da ST, *item 21 Iogurte - 0403.1*, do anexo I do RICMS/BA.

As massas para pastéis, descritas no lançamento como “*massa pastel pasticrem, massa pastel saborina rolinho, massa pastel saborina disco*”, classificados sob NCM 19023000 também estão devidamente inseridas no *item 33.1 Produtos derivados de farinha de trigo: mistura de farinha de trigo; preparações à base de farinha de trigo a seguir especificadas: macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo; pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares; macarrão instantâneo –1902.1; 1905; 1902.3* do anexo I do RICMS/BA e, portanto, também inseridos no rol de produtos da ST.

Para corroborar com o acima exposto, o fiscal autuante constatou que a ora recorrente fez constar na apuração da sua EFD e nas NFs emitidas vinculadas aos itens acima, operações sem débito do ICMS, reforçando, portanto, que o próprio contribuinte aplicou a ST nas saídas, não sendo cabível, de fato, a apropriação de crédito pela sua entrada.

Não merece, portanto, prosperar as razões de defesa para a infração em comento.

Quanto à infração 02, aduz a recorrente que o procedimento fiscal de registro de crédito das suas embalagens, apesar de não ser o legalmente previsto, não trouxe quaisquer prejuízos ao erário. Esclarece a recorrente que apesar de não estornar o crédito fiscal decorrente das entradas de embalagens, declara que o registro dos créditos já havia ocorrido aplicando o percentual de proporcionalidade das suas saídas tributadas.

Ressalto, portanto, que o crédito em referência foi decorrente da compra de material de embalagens e, conforme estabelece o artigo 309, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA, deve ser constituído para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes.

A recorrente, apesar de afirmar ter utilizado *crédito à menor que o documento fiscal de aquisição e proporcional com a tributação das mercadorias acondicionadas, não faz qualquer prova nesse sentido*.

Ademais, conforme bem ressaltou a decisão de piso, os registros fiscais junto a EFD devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais correspondentes, de forma fidedigna, não sendo admitido método de apropriação que não esteja previsto em nosso ordenamento legal.

Não há elementos de prova que confirmem a exatidão do procedimento fiscal realizado, nem tampouco previsão legal para ratificar a proporcionalidade realizada. Pelo exposto, não há como prover as alegações recursais para esse item.

Na infração 03, afirma a recorrente, que costumeiramente realiza a baixa das mercadorias deterioradas com o destaque devido do ICMS, exceto para os produtos que se encontram amparados no regime da Antecipação e/ou Substituição Tributária, considerando que o ICMS efetivamente foi recolhido nas suas entradas e, consequentemente, encerrada a fase de tributação nas operações subsequentes, além das mercadorias com não incidência ou isenção do ICMS, tendo em vista que, assim como nas saídas, não houve pelas entradas quaisquer aproveitamento

de crédito do ICMS. Conclui que os critérios estabelecidos na alínea “a”, do inciso I, do art. 310 do Decreto nº 13.780/2012 foram, portanto, rigorosamente seguidos.

Enfim, a tese de defesa é a mesma trazida em sede de impugnação. Naquela oportunidade, o fiscal autuante rechaçou as alegações defensivas, alegando que “*é o que se pode chamar de “defesa protocolar”*”. Isto porque, esclareceu o fiscal autuante que no descritivo da referida infração fez constar exatamente as causas da infração, não sendo pertinente as alegações ora trazidas. Vejamos o que trata a infração:

Infração 03 – 01.05.10: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram deterioradas...

Complementa o autuante: “Tais mercadorias foram baixadas, sem débito fiscal, mediante emissão de N.Fiscais com CFOP 5.927, como previsto no RICMS/2012. Outrossim, não procedeu ao estorno do crédito fiscal respectivo, exigido no Art. 312 do citado texto legal. O(s) Anexo(s) “A” da infração contém parte do demonstrativo capaz de caracterizar o ilícito, disponível em sua totalidade no CD de Arquivos Eletrônicos anexado a este PAF, com cópia entregue ao contribuinte, na pasta Créd. a Estomar_CFOP 5.927”. Na sub-pasta Comprovações” anexamos DANFEs de algumas Notas Fiscais, onde se vê a prova do quanto aqui narrado.

O art. 312, inciso IV do RICMS-BA/2012, assim dispõe: “*o sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar*”.

Nesse sentido, não trouxe a recorrente qualquer novo documento capaz de elidir a referida infração.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que o ônus da prova incumbe à ora recorrente, devendo, pois, empenhar-se em diligenciar os esclarecimentos sobre o que existe de duvidoso, produzindo, pois, prova nos autos em benefício da busca da verdade real.

O ônus da prova é um encargo-dever da recorrente. Ou seja, não basta alegar, necessário, portanto, que traga provas que satisfaçam o convencimento do julgador.

Em referência às infrações 04 e 05, pontua o recorrente, que em algumas operações abrangendo os produtos denominados “margarina”, “Leite em pó”, “vinagre”, “charque” e “leite longa vida, ao invés de reduzir a base de cálculo e, posteriormente, aplicar a alíquota interna prevista no dispositivo, a recorrente utilizou alíquota em percentual inferior, contudo, não aplicou, como devido, a redução da base de cálculo.

Isto posto, entende a recorrente que não trouxe prejuízo ao erário, visto que a carga tributária final é a mesma prevista em lei.

O demonstrativo de fl. 40/41, elaborado pelo fiscal autuante, demonstra que a recorrente aplicou alíquotas diversas nas vendas dos produtos em comento. São erros crassos nos percentuais utilizados, a saber:

- i) Uso de alíquota de 0,17% ao invés de 17%.
- ii) Produtos com carga efetiva de 7%, tiveram, de fato sua base de cálculo reduzida, sendo, contudo, utilizado a alíquota de 7% sobre esta base de cálculo já reduzida;
- iii) produtos sob CFOP 5.409 e alíquota zero de ICMS.

Os artigos 266 e 268, tratam da redução da base de cálculo dos produtos lançados, disciplinando que a carga tributária efetiva seja de 7% ou a 12%, a depender dos produtos. Não vejo, portanto, como prosperar as alegações recursais para as infrações (04 e 05) em comento.

No tocante às infrações 06, 07, 08 e 09, as alegações são genéricas e, mais uma vez, reprisam as alegações de defesa na fase impugnatória.

Conforme já ratificado pela decisão de piso, os itens adquiridos dos açougues foram excluídos do lançamento fiscal e, conforme salientado pelo autuante, não há exigências para produtos de

padaria e confeitaria com predominância própria.

Isto porque, conforme disposto no inciso II, do artigo 271 do nosso ordenamento legal, é clara a dispensa do lançamento e o pagamento do ICMS dos *produtos comestíveis, resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, efetuadas de estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal, bem como as operações internas subsequentes.*

Não trouxe a recorrente novos elementos defensivos que infirmem a decisão recorrida, portanto, os novos valores apurados após a revisão efetuada, (fl. 648 do PAF), devem ser mantidos.

Inclusive, conforme bem relatado pela decisão de piso, *tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 08), conforme art. 15, inciso I, alínea “a” Portaria 445/98, e RICMS/97, art. 39, V. É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda encontravam-se em estoque (infração 09), conforme art. 10, inciso I, alínea “b” da Portaria C.*

Veja, portanto, que a recorrente não acostou qualquer nova prova ou argumento que já não tenha sido analisado pelo autuante e pela decisão de piso.

A determinação da realização de diligências, visa a melhorar a compreensão a respeito dos fatos controvertidos. Contudo, não há no presente Recurso qualquer indicativo ou prova que remeta a reanálise do presente lançamento.

Entendo, portanto, que a postura da recorrente não foi proativa, na medida em que não se desincumbiu do ônus probante que lhe é atribuído junto ao Processo Administrativo Fiscal.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, devendo ser mantida a decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe, reconhecendo a exclusão dos fatos geradores albergados pela decadência.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269193.0001/18-7**, lavrado contra **CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$159.553,32**, acrescido das multas de 60% sobre R\$99.817,79, e 100% sobre R\$59.735,53, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, III e VII, alíneas “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS