

| | |
|-------------------|--|
| PROCESSO | - A. I. N° 146468.0055/22-0 |
| RECORRENTE | - BELA VISTA COMÉRCIO DE FRUTAS LTDA. |
| RECORRIDA | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECURSO | - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2 ^a JJF n° 0081-02/23-VD |
| ORIGEM | - DAT METRO / INFAS VAREJO |
| PUBLICAÇÃO | - INTERNET: 13/01/2025 |

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0535-12/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. OMISSÃO DE SAÍDAS EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Com o objetivo de que fossem analisadas as questões, essa CJF pediu revisão, no qual o fiscal reconheceu a procedência de todas as alegações recursais e, entendendo a necessidade de redução do valor de ICMS constituído, assim, comprovada que as saídas de brócolis são isentas que diversos equívocos quando da realização da apuração da omissão de saídas do produto alho. Infração parcial subsistente; **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. OMISSÃO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. Após revisão proferida pelo pedido desta CJF, verifica-se que, com as correções efetuadas pela fiscalização, em verdade, a diferença de maior expressão monetária diz respeito às saídas, houve mudança de critério jurídico da autuação, uma vez que o ICMS cobrado permanece dizendo respeito às diferenças de entradas e saídas. A infração continua sendo a mesma, inexistindo, inclusive, por conta disso, qualquer prejuízo ao exercício dos direitos ao contraditório e a ampla defesa do contribuinte. Apenas houve um ajuste em relação a apuração da diferença de maior expressão monetária. Entende-se que ser ajustada a cobrança para que ela recaia sobre a omissão de saídas com as correções devidamente feitas pelo Autuante. Após as modificações efetuadas, foi constatada a omissão de saídas do produto alho. Remanesce o crédito a ser exigido obtido a partir da aplicação da alíquota de 18%, vigente à época dos fatos, sobre o montante da base de cálculo encontrada pelo Fisco após os ajustes feitos. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam, os presentes autos, de Recurso Voluntário (fls. 200 a 204) interposto pela Autuada em face do Acórdão 2^a JJF N° 0081-02/23-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em tela, lavrado em 10/11/2022, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 60.837,40, em virtude da constatação do cometimento de quatro infrações, entre as quais apenas as infrações 01 e a 03, abaixo transcritas, são objeto de discussão. As infrações 02 e 04 foram reconhecidas e os créditos respectivos quitados através do parcelamento n° 6918239.

INFRAÇÃO 01 – 004.005.001. *Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de*

mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, para fatos ocorridos em 2017. ICMS exigido no valor de R\$ 18.711,79 mais a multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – 004.005.005. *Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício para fatos ocorridos em 2019. ICMS exigido no valor de R\$ 34.867,11, acrescido da multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.*

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 16/05/2023 (fls. 181 a 190) e entendeu pela Procedência da autuação nos seguintes termos:

“O Auto de Infração em análise imputou ao sujeito passivo a acusação de quatro infrações à legislação tributária, tendo o mesmo reconhecido as infrações 02 e 04, cujo débito está sendo quitado através do parcelamento nº 6918239, deferido a partir de 30/01/2023, contestando tempestivamente as demais.

Considerando o pedido de parcelamento do crédito tributário das infrações 02 e 04 e o disposto no art. 99-A, § 1º, incisos I e II, do RPAF/99, as considero desde já como subsistentes.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Empresa de Pequeno Porte, não optante do Simples Nacional e exerce a atividade econômica principal de comércio varejista de hortifrutigranjeiros.

O contribuinte tomou ciência do início da ação fiscal através da intimação para apresentação de livros e documentos recebida pelo representante da empresa em 22/09/2022, fl. 09, além de outras comunicações e intimações anexadas aos autos, fls. 12 a 25, inclusive a intimação para correção de inconsistências na escrita fiscal, verificadas nos exercícios de 2017 a 2019, recebida pelo contribuinte em 30/09/2022, fl. 18, tendo ainda sido lavrado o Termo de Início de Fiscalização em 05/10/2022, fl. 27.

Às fls. 28 a 125, constam apensados os papéis de trabalho elaborados no decorrer da ação fiscalizatória, inclusive os demonstrativos analíticos e sintéticos das infrações, cuidadosamente didaticamente agrupados, fato que permitiu ao contribuinte entender perfeitamente cada infração, fato confirmado pela consistente e objetiva defesa apresentada.

Não houve arguição de nulidades, contudo, destaco que o Auto de Infração foi lavrado em observância a todas as exigências do Código Tributário Nacional, da Lei nº 7.014/96, do Decreto nº 7.629/99 - RPAF e do RICMS/2012, não tendo identificado qualquer ocorrência de fato ou procedimento que possa macular o processo de nulidade.

O devido processo legal foi observado e não identifico nenhuma preterição ao direito de defesa e contraditório do contribuinte, fato consubstanciado na vasta documentação anexada pelo autuante demonstrando que foi oportunizado ao contribuinte prestar todos os esclarecimentos prévios à lavratura do Auto de Infração.

Preliminarmente a defesa arguiu decadência exclusivamente da infração 01, por se tratar de fatos geradores ocorridos em 2017, cujo tributo poderia ter sido objeto de lançamento a partir de 01/01/2018, o que não ocorreu, sendo somente lançado em novembro de 2022, portanto, mais de cinco anos após os fatos geradores, com base no art. 150, § 4º do CTN.

Antes de analisar essa preliminar prejudicial de mérito, importante tratar do vencimento do ICMS no caso de exigência mediante lançamento de ofício decorrente de levantamento quantitativo de estoque, caso da infração 01.

O ICMS é um imposto cuja apuração ocorre por períodos, conforme previsto nos artigos 24 e 25 da Lei nº 7.016/96, sendo que o art. 24 delega ao regulamento dispor a forma de apuração e o art. 25 determina que as obrigações se consideram vencidas na data em que termine o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro, tudo em consonância com o artigo 24 da Lei Complementar nº 87/96, in verbis.

Art. 24. A legislação tributária estadual disporá sobre o período de apuração do imposto. As obrigações consideram-se vencidas na data em que termina o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro como disposto neste artigo.

O Regulamento do ICMS, atualmente vigente, estipula no art. 305 as regras a serem observadas na apuração do imposto em períodos mensais, consistindo assim na regra geral.

Por seu turno a Lei nº 7.014/96 prevê exceções à regra. Refiro-me ao regime especial de fiscalização e pagamento, onde o contribuinte sujeito a tal sistemática, terá obrigatoriamente que efetuar pagamento do ICMS, diariamente ou no momento da saída das mercadorias do estabelecimento.

Tal regime, impõe-se como penalidade, prevista no art. 41, a ser aplicada sem prejuízo das multas e demais penalidades ao contribuinte que preencher os requisitos previstos no art. 46 e incisos, sob a condição de prévio ato do titular da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, conforme art. 47, da citada lei.

O RPAF/99 no § 2º do art. 39 autoriza apenas duas formas de lançamento: mensal ou no último mês do período fiscalizado:

Art. 39. O Auto de Infração conterá: (...)

§ 2º Na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado.

Observo que a regra se aplica perfeitamente as infrações 01 a 03, tendo em vista que o imposto exigido decorreu de fatos geradores cujas datas de ocorrência, não se pode determinar, pois ocorreu durante todo o ano, é permitido pela legislação considerar o vencimento no último dia do exercício.

O Código Tributário Nacional no seu art. 150, § 4º manda que a contagem do prazo decadencial seja a partir da data de ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, declara e efetua o pagamento, ou efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas e não haja a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, pois assim está disposto:

Art. 150. 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. (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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.

Já o art. 173, inc. I do citado CTN considera a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando o contribuinte omite a realização da operação tributável, ou, de forma tácita, em situações que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido, em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

É o que se extrai da leitura do citado dispositivo conforme a seguir transcrito:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Lembro que o ICMS, que é um imposto sujeito a lançamento por homologação, hipótese em que o próprio contribuinte apura, declara e recolhe o tributo que entende como devido.

De fato, na forma posta pelo sujeito passivo, o prazo decadencial para que o Fisco realize o lançamento é de cinco anos, sendo que o termo inicial desse prazo pode ser a data de ocorrência do fato gerador, conforme regra do art. 150, § 4º do CTN, ou a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante disposição do art. 173, inc. I, do citado CTN.

Ressalto que este entendimento foi externado pela Procuradoria Fiscal da PGE, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, já pacificado no âmbito deste CONSEF, que assim prescreve: “Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.” Ficando ressalvado o caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, quando se aplicaria a regra do art. 173, inc. I do CTN.

De outra forma, a contagem do prazo decadencial ocorreria do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, segundo o citado Incidente de Uniformização que: “conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo,

fraude ou simulação”.

Corrobora com tal posicionamento, o julgamento do AREsp 1.471.958/RS, Relatoria da Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 18/05/2021, DJe de 24/05/2021, cujo trecho do voto segue transcrita.

“O termo inicial do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação - como é o caso, em regra, do ICMS -, depende da circunstância de ter o contribuinte antecipado, ou não, o pagamento da exação. Com efeito, nos termos da Súmula 555 do STJ, ‘quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa’. Ou seja, não antecipado o pagamento, o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento. Por outro lado, antecipado o pagamento do tributo, o prazo decadencial observa o art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, desde a ocorrência do fato gerador inicia-se o prazo decadencial para o lançamento suplementar, sob pena de homologação tácita do lançamento. Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.817.191/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 24/04/2020”.

Considerando a Súmula nº 12 do CONSEF: “Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração” e que no caso, a data de ciência do lançamento, efetuado na forma do art. 108 do RPAF/99, se realizou em 29/11/2022, conforme recibo, fl. 03, esta é a data a ser considerada como referência para contagem do lapso temporal de 5 anos a partir da ocorrência dos fatos geradores.

A infração 01 exige o imposto decorrente da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita fiscal, ou seja, o contribuinte não declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, omitiu a realização da operação ou prestação tributável.

Portanto, resta caracterizado que o contribuinte não efetuou nenhum pagamento do imposto referente as operações apuradas, e assim, cabe aplicar o disposto no art. 174, inc. I do CTN, ou seja, o prazo decadencial conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O fato gerador do imposto exigido ocorreu em 31/12/2017, portanto, no caso, a Fazenda Pública poderia proceder ao lançamento do crédito tributário referente a estas operações até 31/12/2022.

Tendo em vista que no caso, o lançamento se aperfeiçoou em 29/11/2022, conclui-se que não se processou a decadência arguida pela defesa, que resta afastada.

Quanto a infração 03, a defesa a contesta argumentando que diante do fundamento exarado e do enquadramento legal utilizado pelo Fiscal, “percebe-se que aparentemente, não houve adoção da mesma metodologia adotada para apuração do tributo devido, tal como se efetuou, por exemplo, na sistemática aparentemente realizada quando da apuração constatada na infração 02”.

O contribuinte, consubstanciou seus argumentos numa verificação do anexo III com o anexo II referente a infração 02 e percebeu algumas inconsistências, sem, contudo, as relacionar, apenas sugerindo que poder-se-ia ter agrupado os subtipos dos produtos objeto de análise, utilizando agrupamento na categoria, conforme previsto no inc. III do art. 3º da Portaria nº 445/98.

Os argumentos da defesa não se sustentam em virtude dos fatos, documentos e papéis de trabalho criteriosamente anexados aos autos pelo autuante, que pontualmente contra argumentou esclarecendo que todos os procedimentos e normas estabelecidas na Portaria nº 445/98, foram observados e registra que o levantamento quantitativo por espécie de mercadoria realizado, considerou um único produto: o alho, fato que põe por terra a possibilidade do não agrupamento ter influenciado no resultado apurado.

Ademais o autuante demonstrou que foram feitas as corretas e pertinentes conversões de unidades diferentes utilizadas nas aquisições e nas vendas das mercadorias, conforme exigido pela citada portaria.

Os demonstrativos constantes no Anexo III, fls. 71 a 117, comprovam a certeza e precisão do levantamento, tendo em vista que constam os seguintes demonstrativo: (a) relação das notas fiscais e entradas; (b) relação das notas fiscais de saídas; (c) inventários inicial e final do exercício; (d) demonstração do preço médio das operações de saída praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado; e (d) o demonstrativo do cálculo das omissões.

Diante do exposto e considerando os elementos trazidos aos autos, considero descabidos os argumentos da defesa, portanto, tenho a infração como subsistente, fato que torna sem justificativa o requerimento da conversão do processo em diligência para a infração 03 com o fito do Fiscal elaborar novo cálculo para apurar a base de cálculo estimada, aplicando o disposto no inc. III do art. 3º da Portaria nº 445/98, tendo em vista que as supostas incongruências apontadas restaram elididas. Portanto, indefiro o pedido com base no art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99.

Quanto ao pedido para “que as publicações e notificações de praxe referente aos atos deste Processo Administrativo Fiscal doravante expedidas sejam veiculadas e encaminhadas ao Advogado (...), sob pena de

nulidade. “, lembro que sendo as intimações ao sujeito passivo relativas ao processo, realizadas na forma do art. 108 do RPAF/99, o não atendimento da solicitação, não implica em nulidade dos atos processuais, porém nada impede o seu atendimento.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 200 a 204, mediante o qual aduz as razões a seguir expostas.

No que diz respeito à infração 01, que se refere à omissão de saídas apurada mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (exercício de 2017), defende que, em relação ao produto brócolis, a exigência é indevida por se tratar de produto isento por força do quanto disposto no artigo 265, I, “a” do RICMS/BA.

Defende ainda que o Autuante, no que diz respeito à mercadoria alho, realizou equivocadamente a conversão da quantidade no que diz respeito à NF-e de Chave nº 35170601371508000169550010000680601032780058, pois foram adquiridos 75 quilos, que, uma vez convertidos, correspondem a 7,5 caixas de alho. Assim, entende que a quantidade total de entradas é de 3.367,5 quilos para todos os tipos de alho.

No que toca às saídas de alho, afirma que somente foram consideradas as saídas para o código 00030 – Alho e que, tendo em vista que, nas entradas, foram considerados todos os tipos de alho, na apuração das saídas, isso também deveria ter sido feito. Ressalta que, computando todos os tipos de alho na saída, verifica-se que a quantidade de saídas é de 2.884 caixas de alho, de modo que, considerando o inventário inicial e o inventário final, é possível verificar a omissão de saída de 133,5 caixas.

Em relação à infração 03, especialmente no que diz respeito à mercadoria alho, ressalta que a NF-e nº 5719, de 16/01/2019, Chave de Acesso nº 9190126399869000144550010000057191491422632, foi considerada nas saídas, porém se refere a entrada (CFOP 1949), devendo ser excluída das saídas e considerada nas entradas (100 CX). Assim, conclui que, com isso, a quantidade total de entradas corresponde a 9.664,2 caixas de alho.

Analizando as saídas, sustenta que apenas foram consideradas as saídas para o código 00030 – Alho e que, considerando que, nas entradas, foram considerados todos os tipos de alho, nas saídas, esse procedimento também deveria ser adotado, incluindo o código 000143 – Alho kg na apuração. Diante disso, considerando o inventário inicial e o inventário final, o resultado final com as correções indicadas, é de omissão de saídas, de maneira que o lançamento é improcedente.

Na sessão suplementar ocorrida no dia 24 de maio de 2024 (fls. 245 e 246), essa 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, à unanimidade, converteu o feito em diligência ao Autuante ou preposto fiscal designado para que:

- 1. Ele se pronuncie sobre todos os argumentos recursais feitos pela Autuada (fls. 200 a 204), especialmente no que diz respeito aos pontos acima resumidos;*
- 2. Seja observada, tanto em relação à Infração 01, quanto em relação à Infração 03, a necessidade de se fazer o agrupamento de todos os tipos de alho, por força do quanto disposto no artigo 3º, III, da Portaria 445/98;*
- 2. Caso se faça necessário, elabore novo demonstrativo de apuração do lançamento do crédito tributário em tela.*

Em cumprimento à diligência, o Autuante se manifestou nos autos às fls. 221 a 224, oportunidade em que entendeu pela procedência de todas as alegações, em relação ao produto alho, apresentadas pela Autuada em seu recurso, realizando novos demonstrativos, com base nos quais concluiu:

- i. Pela procedência parcial da infração 01, uma vez que constatou, em relação ao item alho, uma omissão de saídas equivalente a 133,50 caixas, que, ao custo médio de R\$ 106,00, resultam numa base de cálculo de R\$ 14.151,00, de modo que o ICMS devido corresponde ao montante de R\$ 2.547,18;*

ii. Pela improcedência da infração 03, na medida em que constatou uma omissão de saídas equivalente a 466,299 quilos e o lançamento se referiu a uma situação de omissão de entradas.

A Autuada se manifestou nos autos (fl. 231), concordando com as conclusões alcançadas pelo Autuante, bem como pugnando pelo seguimento do feito e pela confirmação do quanto apurado na diligência. Requeru, ademais, nessa oportunidade, que as comunicações sejam enviadas ao novo endereço do patrono da Autuada, indicado na petição.

Registrada a presença do contador Sr. Paulo Fernando e advogado Dr. Phillippe Augusto Ramos na sessão de videoconferência que exerceram o direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto com amparo no art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF, em face do Acórdão de nº 0081-02/23-VD, proferido pela 2ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em exame.

Destaco que são objeto do recurso apenas as infrações 01 e 03. As infrações 02 e 04 foram reconhecidas e os créditos respectivos quitados através de parcelamento.

No que diz respeito à infração 01, que se refere à omissão de saídas apurada mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (exercício de 2017), defende que, em relação ao produto brócolis, a exigência é indevida por se tratar de produto isento por força do quanto disposto no artigo 265, I, “a” do RICMS/BA, que prevê o seguinte:

Art. 265. São isentas do ICMS:

I – as saídas internas e interestaduais:

a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80);

Por sua vez, a Cláusula Primeira da Convênio ICM 44/75, assim preceitua:

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

I - hortifrutícolas em estado natural:

a) abóbora, abobrinha, acelga, agrião, alho, aipim, aipo, alface, almeirão, alcachofra, araruta, alecrim, arruda, alfavaca, alfazema, aneto, anis, azedim;

b) batata, batata-doce, berinjela, bortalha, beterraba, brócolos;

c) camomila, cará, cardo, catalonha, cebola, cebolinha, cenoura, chicória, chuchu, coentro, couves, couve-flor, cogumelo, cominho;

d) erva-cidreira, erva-doce, erva-de-santa-maria, ervilha, espinafre, escarola, endívia, espargo;

e) flores, frutas frescas nacionais ou provenientes dos países membros da Associação Latino - Americana de Livre Comércio (ALALC) e funcho;

(...)

Como se vê, de fato, de acordo com a legislação, as saídas do produto brócolis são isentas do ICMS, razão pela qual descabe a cobrança nesse particular.

Ainda em relação à infração 01, defende a Recorrente que o Autuante, no que diz respeito à mercadoria alho, realizou equivocadamente a conversão da quantidade no que diz respeito à NF-e de Chave nº 35170601371508000169550010000680601032780058, pois foram adquiridos 75 quilos, que, uma vez convertidos, correspondem a 7,5 caixas de alho. Assim, entende que a quantidade total de entradas é de 3.367,5 quilos para todos os tipos de alho.

Afirma, ademais, que somente foram consideradas as saídas para o código 00030 – Alho e que, tendo em vista que, nas entradas, foram considerados todos os tipos de alho, na apuração das saídas, isso também deveria ter sido feito. Ressalta que, pelos seus cálculos, computando todos os tipos de alho na saída, verifica-se que a quantidade de saídas é de 2.884 caixas de alho, de modo

que, considerando o inventário inicial e o inventário final, é possível verificar a omissão de saída de 133,5 caixas.

Com o objetivo de que fossem analisadas essas e outras questões, essa 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, à unanimidade, converteu o feito em diligência ao Autuante, que, em resposta, reconheceu a procedência de todas as alegações da Recorrente e, após as correções efetuadas, entendeu a necessidade de redução do valor de ICMS constituído, correspondente à infração 01, para R\$ 2.547,18.

Logo, tendo em vista que as saídas de brócolis são isentas e que o próprio Autuante reconheceu diversos equívocos quanto da realização da apuração da omissão de saídas do produto alho, entendo pela parcial procedência das alegações recursais no que diz respeito à infração 01 para reduzir o montante lançado de R\$ 18.711,79 para R\$ 2.547,18.

A infração 03 se refere à “*falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas*” (exercício de 2019) e diz respeito apenas ao produto alho.

A Recorrente se insurge em relação a essa infração, alegando que a Nota Fiscal-e nº 5719, de 16/01/2019, Chave de Acesso nº 9190126399869000144550010000057191491422632, foi considerada nas saídas, porém se refere à entrada (CFOP 1949), devendo ser excluída das saídas e considerada nas entradas (100 CX). Assim, conclui que, com isso, a quantidade total de entradas corresponde a 9.664,2 caixas de alho.

Ademais, sustenta que apenas foram consideradas as saídas para o código 00030 – Alho e que, considerando que, nas entradas, foram considerados todos os tipos de alho, nas saídas, esse procedimento também deveria ser adotado, incluindo o código 000143 – Alho kg na apuração. Diante disso, considerando o inventário inicial e o inventário final, o resultado final com as correções indicadas, é de omissão de saídas, de maneira que o lançamento é improcedente.

Após o feito ser convertido em diligência, o Autuante se debruçou sobre os argumentos da Autuada e entendeu pela procedência de cada um deles. Após a revisão da apuração realizada, o Autuante identificou que, em verdade, ocorreu uma omissão de saídas do produto alho e opinou pela improcedência da infração pelo fato de o lançamento ter se referido à omissão de entradas.

Contudo, apesar de a acusação mencionar que o imposto estava sendo cobrado sobre “(...) a diferença de maior expressão monetária- a das operações de entrada (...)”, ela expressamente relata que essa imputação decorre da “*falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias (...)*”. Ou seja, restou claramente descrito que a infração diz respeito à omissão, pelo contribuinte, tanto de entradas, quanto de saídas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária.

No caso em tela, no decorrer do processo administrativo, se verificou que, com as correções efetuadas pelo Autuante, em verdade, a diferença de maior expressão monetária diz respeito às saídas, mas não entendo que, com isso, houve mudança de critério jurídico da autuação ou qualquer outro vício que conduza à sua improcedência, uma vez que o ICMS cobrado permanece dizendo respeito às diferenças de entradas e saídas.

A infração continua sendo a mesma, inexistindo, inclusive, por conta disso, qualquer prejuízo ao exercício dos direitos ao contraditório e a ampla defesa do contribuinte. Apenas houve um ajuste em relação a apuração da diferença de maior expressão monetária.

Assim, entendo que, em verdade, ao invés de ser julgada improcedente a infração, deve ser ajustada a cobrança para que ela recaia sobre a omissão de saídas com as correções devidamente feitas pelo Autuante.

Logo, levando em conta que, após as modificações efetuadas pelo Autuante, foi constatada a omissão de saídas do produto alho, correspondente à base de cálculo de R\$ 57.974,95, nos termos

da tabela abaixo (fl. 224), entendo que deve remanescer, na infração 03, o crédito de R\$ 10.435,49, obtido a partir da aplicação da alíquota de 18%, vigente à época dos fatos, sobre o montante da base de cálculo encontrada pelo Autuante após os ajustes feitos.

| Código | Produto | UND | Est Inicial | Entradas | Sub Total | Estoque Final | Saida Real | Saidas | Sub Total | Custo médio | Base de Cálculo |
|--------|---------|-----|-------------|----------|-----------|---------------|------------|-----------|-----------|-------------|-----------------|
| 30 | Alho | CX | 89,799 | 9.664,20 | 9.753,999 | 55 | 9.699 | 9.232,700 | -466,299 | 124,33 | -57.974,95 |

Por fim, no que toca ao pedido de que todas as intimações referentes ao presente processo sejam efetuadas em nome dos patronos, constituídos nos autos pela Recorrente, não há óbice ao seu atendimento. Contudo, ressalto que as condições de validade das intimações são as previstas no art. 108 e seguintes do RPAF/BA.

Ante o exposto, voto pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, concluindo pela redução das infrações 01 e 03, objeto de insurgência por parte da Recorrente, para, respectivamente, R\$ 2.547,18 e R\$ 10.435,49, nos termos das tabelas abaixo:

INFRAÇÃO 01

| Data Ocorr | Valor histórico (Autuação) | JJF | 2ª CJF |
|------------|----------------------------|-----------|----------|
| 31/12/2017 | 18.711,79 | 18.711,79 | 2.547,18 |

INFRAÇÃO 03

| Data Ocorr | Valor histórico (Autuação) | JJF | 2ª CJF |
|------------|----------------------------|-----------|-----------|
| 31/12/2019 | 34.867,11 | 34.867,11 | 10.435,49 |

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, no montante do Auto de Infração, conforme o demonstrativo abaixo:

| INF | RESULTADO | VL HISTÓRICO | VL JULG-CJF | MULTA |
|--------------|---------------------------|------------------|------------------|-------|
| 01 | PROC. EM PARTE/P. PROVIDO | 18.811,79 | 2.547,18 | 100% |
| 02 | PROCEDENTE/RECONHECIDA | 5.400,00 | 5.400,00 | 100% |
| 03 | PROC. EM PARTE/P. PROVIDO | 34.867,11 | 10.435,49 | 100% |
| 04 | PROCEDENTE/RECONHECIDA | 1.858,80 | 1.858,50 | ----- |
| TOTAL | | 60.937,70 | 20.241,17 | |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 146468.0055/22-0, lavrado contra **BELA VISTA COMÉRCIO DE FRUTAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 18.382,67, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 1.858,50, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9835/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

CAMILA MAGNAVITA DA FONSECA CAMARGO – RELATORA

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS