

A. I. Nº - 274068.0012/13-8
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA
AUTUANTES - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 06.08.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0136-05/14

EMENTA: ICMS. 1. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. a) OPERAÇÕES TRIBUTADAS COM EMISSÃO DE ECF. b) OPERAÇÕES TRIBUTADAS COM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. Constatado que o impugnante pagou a maior parte do valor lançado nestas duas infrações, sem entretanto trazer ao processo, lista das notas fiscais e dos produtos dos demonstrativos dos anexos 1 e 2, cujos lançamentos foram reconhecidos como devidos. Nos termos do art. 142 do RPAF, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. O pedido de diligência teve por fim, oferecer mais uma oportunidade ao impugnante, além da defesa inicial (quando já então deveria carrear ao processo, provas das suas alegações), mas no entanto, escudou-se em argumento frágil quanto ao descumprimento de formalidade, para não cumprir a diligência, demonstrando desinteresse ou impossibilidade de elidir os lançamentos. Infrações 1 e 2 procedentes. **c) ERRO NO CÁLCULO DO IMPOSTO.** Infração 3 com valor recolhido. Infração reconhecida. **2. EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAL. MULTA.** Infração 4 com valor recolhido. Infração reconhecida. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO.** Infração 5 com valor recolhido. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 24/09/2013, foi efetuado lançamento de ICMS e multa no valor total de R\$226.462,81, pelas infrações a seguir relacionadas:

1 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência do erro na apuração dos valores do imposto, conforme demonstrativo de ECF, com tributação errada no anexo 1, sendo lançado imposto no valor de R\$197.373,72 acrescido da multa de 60%.

2 - Recolheu a menos o ICMS em decorrência do erro na apuração dos valores do imposto, conforme demonstrativo de nota fiscal com tributação encerrada, conforme demonstrativo do anexo 2 com tributação errada no anexo 1, demonstrativo de média de alíquota para o CFOP 5.927, anexo 6 e demonstrativo de média para o CFOP 5.927 anexo 7, sendo lançado imposto no valor de R\$26.407,22 acrescido da multa de 60%.

3 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto conforme demonstrativo do anexo 3, sendo lançado imposto no valor de R\$125,91, acrescido da multa de 60%.

4 – Extraviou notas fiscais canceladas, conforme demonstrativo do anexo 4 da infração 2, sendo lançada multa de R\$2.405,00.

5 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas a ativo fixo do estabelecimento, conforme demonstrativo do anexo 5, sendo lançado o valor de R\$150,96, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou peça impugnatória ao presente lançamento de ofício às fls. 99/102 com os argumentos defensivos de que, embora o Auto de Infração ora impugnado verse sobre 05 ocorrências distintas, a defesa se refere apenas sobre aquelas cujo teor segue abaixo, no caso, as infrações 1 e 2, e requer que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração.

Diz que quanto à primeira infração, conforme o demonstrativo anexo, elaborado sobre as planilhas ofertadas pela Fiscalização e com indicação, em cada nota fiscal, da situação específica, são indevidas parcelas correspondentes a produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, com o ICMS recolhido na entrada no estabelecimento, ou no primeiro Posto Fiscal de Divisa do Estado da Bahia, quais sejam: bombons, pizzas, snacks, esponjas (a partir de julho de 2010), café, massas para pizza e castanhas.

Que em relação a outros produtos, a impugnante tratou as operações como se fossem sujeitas ao mesmo regime, pagando o ICMS de forma antecipada, em relação, por exemplo, aos produtos torrão e pistache. Aduz que autuação inclui, indevidamente, inclusive em relação aos cálculos, produtos isentos, sujeitos a alíquota de 7% e à redução de base de cálculo, a saber: polenta, creme de milho, milho para pipoca e leite longa vida e assim, em relação aos citados produtos, a autuação não pode prosperar.

No que tange ao item 02, além de situações idênticas ao item 01, relacionadas nos demonstrativos anexos, incluindo até mesmo doações de ativo com mais de um ano de uso (operações não sujeitas ao ICMS), o lançamento peca ao exigir o tributo pela alíquota interna, de 17%, quando o correto seria apurar a média mensal entre as diversas alíquotas, sendo aplicada a proporcionalidade prevista no art. 100, § 2º, do RICMS e que em outros casos, também indicados nas planilhas anexas, se tratam de transferência para outro estabelecimento da mesma empresa, o que gera o direito ao crédito no destinatário, pedindo que tal circunstância seja expressamente reconhecida pelo Julgador.

Aduz que em relação à proporcionalidade das alíquotas, que a impugnante obteve da GETRI o parecer anexado ao PAF, contemplando a sua tese. Por isso, os cálculos devem ser revistos. Aliás, salta aos olhos a necessidade de uma revisão dos itens 01 e 02, contemplando as argumentações acima, objetivando a exclusão de operações sujeitas à substituição tributária, de operações cuja antecipação foi efetivada e demais ajustes relativos a isenções, redução de base de cálculo, alíquota de 7%, transferências etc.

Que em sendo assim, ao tempo em que protesta a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e, visando os ajustes acima citados, pede revisão por fiscal estranho ao feito, para que o AI seja julgado procedente em parte, com a condenação limitada aos valores não contestados.

Às fls. 116/122, a autuante apresenta informação fiscal onde aduz inicialmente que de acordo com o inciso II, do parágrafo 1º, do art. 10, do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), a petição será indeferida de

plano pela autoridade ou órgão a que se dirigir, se assinada por pessoa sem legitimidade. Que o referido auto de infração foi lavrado contra ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA, CNPJ: 73.849.952/0001-58, IE: 038.971.309 e a procuração, folha 109, foi concedida para o CNPJ: 73.849.952/0002-39, IE: 75.257.935, portanto o procurador não recebeu poderes para impugnar auto do CNPJ: 73.849.952/0001-58, IE: 038.971.309. Logo, a defesa foi assinada por pessoa sem competência legal e a petição deve ser indeferida.

Que caso seja ultrapassado o indeferimento da defesa acima alegada, o que se admite apenas para efeitos de argumentação, os valores reclamados são devidos conforme analisado adiante, e que o CD entregue pela autuada está danificado, sem condições de apreciação, sendo que a autuada não impugna as infrações 3,4 e 5, mas apenas as infrações 1 e 2, alegando em suas razões de defesa as seguintes questões:

- a) autuação indevida sobre produtos substituídos, isentos, com alíquota de 7% e redução de base de cálculo;
- b) autuação sobre saída de ativo com mais de um ano;
- c) autuação sobre transferência;
- d) falta de aplicação de alíquota média conforme art. 100 do RICMS/BA.

Que a defendente cita que o item 1 refere-se à nota fiscal e isto é incorreto, pois na realidade a infração 1 refere-se a ECF. Que a impugnante alega que os produtos autuados são sujeitos a substituição tributária, quais sejam: bombons, pizza, snacks, esponjas (a partir de julho de 2010), café, massa para pizza e castanhas, e que esta alegação não prospera devido aos motivos abaixo:

BOMBOM – Nem todo o bombom é sujeito à substituição. De acordo com o art. 142 do RPAF, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. A impugnante não entregou prova de que o bombom teve a antecipação realizada.

PIZZA – De acordo com item 11.4.1, do inciso II, do art. 353 do RICMS, estão sujeitos a substituição preparações similares não cozidas e nem recheadas. As pizzas comercializadas são de massa cozida, logo não estão sujeitas à substituição. Além disto, várias pizzas são recheadas como PIZZA PROVOLONE ATAK KG e PIZZA SALAME ATAK KG.

SNACKS - De acordo com item 11.4.1, do inciso II, do art. 353 do RICMS, estão sujeitos a substituição biscoitos com NCM 1905. Os snacks autuados têm NCM 19041000, que não estão sujeitos a substituição.

ESPONJA – As esponjas autuadas foram esponja de aço e esponja de banho. A esponja de aço foi autuada até outubro de 2010 e só entrou na substituição através do Prot. ICMS 171/10, efeitos de 01/11/10 (Decreto 12444/2010), em relação a Bahia. E a esponja de banho é para uso humano e não esta na substituição.

CAFÉ - De acordo com item 10, do inciso II, do art. 353 do RICMS, está sujeito a substituição o café torrado ou moído - NCM 0901.21.00 e 0901.22.00. Os cafés autuados foram em grão, expresso e solúvel.

MASSA PARA PIZZA - De acordo com item 11.4.1, do inciso II, do art. 353 do RICMS, estão sujeitos a substituição preparações similares não cozidas. As massas para pizzas comercializadas são de massas cozida, logo não estão sujeitas a substituição.

CASTANHAS - De acordo com item 29.3, do inciso II, do art. 353 do RICMS, estão sujeitos a substituição salgados à base de castanha de caju. Foi autuado castanha do Pará, que é diferente de castanha de caju, e assim, o item não está sujeito a substituição.

Alega que a impugnante tratou outros produtos como se fossem sujeitos ao regime de substituição tributária, pagando ICMS de forma antecipada, como torrão e pistache, que também

não estão sujeitos à substituição e a impugnante não entregou prova de que efetuou a antecipação. Que a impugnante também alega que a autuação inclui indevidamente produtos isentos, sujeitos a alíquota de 7%, e redução da base de cálculo, a saber; polenta, creme de milho, milho para pipoca e leite longa vida. No entanto, a alegação não prospera devido aos motivos abaixo:

POLENTA e CREME DE MILHO – Estes produtos têm tributação normal.

LEITE LONGA VIDA – De acordo com o inciso XXXV, do art. 87 do RICMS as operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, têm redução de base de cálculo de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento). Os leites longa vida autuados não são produzidos na Bahia. Que ante o exposto, ratifica integralmente o valor lançado na infração 1 e que na infração 2, a impugnante argui as mesmas situações do item 01, que não prevalece pelos mesmos motivos do item 1, além do que, a esponja em 2009 não estava sujeita a substituição e o leite longa vida produzido na Bahia teve a redução de base de cálculo.

Diz que a defendente alega que foi autuada sobre doação do ativo com mais de um ano de uso, mas que esta alegação não prospera, pois não existe CFOP de desincorporação de ativo na autuação. Com relação a transferência para outro estabelecimento da mesma empresa, como gera direito a crédito, é claro que tem de sair com débito.

Com relação à proporcionalidade das alíquotas no CFOP 5.927 - lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, a determinação do art. 100, V e parágrafo 2º do RICMS foi observada conforme nota 3 e 4 do anexo 2, e os anexos 6 e 7. Que o valor aplicado foi o mesmo declarado pelo contribuinte nas notas fiscais, e neste momento ele tem de declarar o valor da entrada mais recente. Sendo assim, a alegação de que não foi aplicada alíquota correta não procede, e portanto, ratifica também a infração 2.

À fl. 139/40, a 2ª JFF, na assentada de julgamento do dia 11/02/2014, deliberou no sentido de converter o processo à inspetoria de origem, para que o impugnante tomasse ciência do inteiro teor da informação fiscal, reabrindo-se prazo de defesa de 30 dias, de forma que fosse oferecida a oportunidade de contraditar os argumentos trazidos na informação fiscal, anexando, se for o caso, cópias de documentos relativos às duas infrações impugnadas, para aferir a existência de mercadorias submetidas à substituição tributária, do leite originário de outros estados, etc, e que esclarecesse as alegações quanto às transferências para outros estabelecimentos, dos créditos fiscais correspondentes, das doações de ativo, do erro no cálculo da proporcionalidade, visto não ter sido possível vislumbrar alguns argumentos na análise dos fatos que constam no processo, assim como comprovar os fatos que foram alegados na defesa.

Às fls. 147/ 149 o impugnante se manifestou nos seguintes termos: que em preliminar, pede a nulidade da intimação ora atendida, posto que realizada através de outro profissional, a despeito da solicitação expressada no item 2 da defesa. Que o profissional subscritor, representante legal da Autuada na lide, somente teve conhecimento da intimação, que foi realizada de forma irregular em 20/03/2014, dia 09/04/14, restando prejudicados os direitos e prerrogativas inerentes à Lei 8.906/94 - Estatuto da OAB. A intimação foi entregue ao Sr. Antonio Djalma Barreto, que apesar de possuir procuração "geral" da empresa, não se encontra habilitado no PAF. Assim, pede a nulidade do ato praticado e sua renovação.

Que tange à questão da "representação processual", conforme Protocolo SIPRO 002577/2014-0, foi regularizada, não obstante os princípios do contraditório e ampla defesa fossem suficientes para o afastamento da pretensão de "ilegitimidade de parte". Aliás, o único vício que contamina o PAF foi anunciado acima, decorrente do ato praticado em detrimento dos advogados.

No mérito, aduz que, de logo, deve ser rebatida a afirmação de que o "CD entregue pela autuada está danificado", por absoluta ausência de prova e que não obstante, segue em anexo, novamente, toda a memória de cálculo relativa à substituição tributária. Que as notas fiscais correspondentes

estão sendo obtidas em arquivo, pois relativas a 2009 e 2010, sendo a arrecadação prejudicada pelo já mencionado vício na intimação, e uma vez renovado o ato, serão juntadas ao processo, assim como os esclarecimentos solicitados pela Junta serão prestados.

Quanto ao item 01, reitera que são indevidas parcelas correspondentes a produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, com o ICMS recolhido na entrada no estabelecimento, ou no primeiro Posto Fiscal de Divisa, quais sejam: bombons, pizzas, snacks, esponjas (a partir de julho de 2010), café, massas para pizza e castanhas.

Aduz que a autuante, que teve acesso a toda documentação durante a ação fiscal, e fez a acusação, nada apresentou para sustentar a cobrança. Que agora, diante da investigação do CONSEF, o PAF tomou um rumo "viciado" e dessa forma, mais uma vez requer a renovação da intimação, aos advogados regularmente contratados para a defesa do AI, oportunidade que ensinará prazo regular para a apresentação das notas fiscais pertinentes.

Destaca que quanto às "pizzas" e "massas para pizzas", não se pode afirmar que são "cozidas", assim como a substituição foi efetivada, sendo a exigência "bis in idem". O item, indicado pela Autuante às fls. 120, para os "snacks" se encontra equivocado (11.4.1), pois o mesmo se refere às "massas". Que para os mesmos, prevalecem os itens 29 a 29.3. Que a substituição também ocorreu em relação às "esponjas", "café", "castanha", "torrone" e "pistache" (que é sim, de caju), tudo conforme notas fiscais que serão apresentadas e NCM pertinentes. Aduz que a autuante fez distinções não previstas na norma, inclusive em consonância em definição própria dos produtos, sem apresentar qualquer prova de suas acusações, e que tudo será esclarecido com o saneamento do PAF, mediante a renovação da intimação e consequente prazo regular.

Em relação a outros produtos, ratifica a defesa e apresentará a documentação correspondente (leite longa vida), o que foi prejudicado com a intimação irregular. O enquadramento da "polenta" e "creme de milho" é matéria legal e assim deve ser tratada pelo CONSEF.

No que tange ao item 02, diz que prevalece o prejuízo decorrente da intimação direcionada a pessoa diversa dos profissionais habilitados no PAF. Que ficam mantidas as alegações da defesa e a documentação pertinente será carreada ao feito. Com relação à proporcionalidade das alíquotas, diz que obteve da GETRI o Parecer 26440/2013, estando assim equivocada a interpretação da Autuante, contrária à orientação da administração tributária.

Por fim, diz que, especialmente em razão do prejuízo causado à defesa, pede pela revisão dos itens 01 e 02, contemplando as argumentações acima, objetivando a exclusão de operações sujeitas à substituição tributária, de operações cuja antecipação foi efetivada, e demais ajustes relativos às isenções, redução de base de cálculo, alíquota de 7%, transferências, etc, tudo, visando economia processual, antes da renovação do prazo e, visando os ajustes acima citados, revisão por fiscal estranho ao feito, e que o AI seja julgado PROCEDENTE EM PARTE, com a condenação limitada aos valores não contestados e já recolhidos.

A autuante se manifesta às fls. 197/ 199 e diz que a pessoa que recebeu a intimação está devidamente autorizada por procuração, fls. 145, e que foi exercido o direito de defesa, conforme fls. 147/193 e repete os termos da informação fiscal, quanto ao mérito.

VOTO

Não houve defesa das infrações 3, 4 e 5, e assim, a presente lide se reduz às infrações 1 e 2, ambas de mesma descrição – *recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto*, sendo a primeira relativa a operações com uso de ECF, e a segunda, por meio de notas fiscais.

Após a diligência solicitada com o intuito de obter junto ao impugnante, as provas das suas alegações, este pede a sua renovação, sob o argumento de que a intimação foi realizada de forma irregular pelo fato de que foi entregue a pessoa que, apesar de possuir procuração "geral" da empresa, não está habilitado no PAF.

Pelo art. 109 do RPAF, considera-se efetivada a intimação quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente e assim, tanto do ponto de vista legal, como da objetiva finalidade da diligência, o recebimento por Representante Legal da impugnante, mesmo não habilitado ao processo, não representa qualquer impedimento à consecução da diligência.

Já a impugnante, chama a atenção pro possível indeferimento da impugnação, por não estar o representante legal, devidamente autorizado a apresentar impugnação para esta inscrição. Na diligência, o impugnante informa ter corrigido tal ausência, anexando Protocolo SIPRO 002577/2014-0, cópias às fls. 134/35.

Antes de adentrar o julgamento de mérito, é dever do julgador administrativo, no exercício do controle de legalidade do lançamento, observar se há falhas processuais, de modo a evitar em momento futuro, até mesmo na esfera judicial, que venha a ser suscitada a nulidade, trazendo prejuízos à fazenda pública.

Assim, vejamos a questão da tomada de ciência no pedido de diligência por parte do Sr. Antonio Djalma Barreto, que conforme fl. 145, teve anexada cópia de procuração que dá poderes para representar o impugnante junto à Secretaria da Fazenda, no ato de tomada de ciência da intimação às fls. 143/144, cujo pedido de nulidade foi feito pelos defensores do impugnante, sob o argumento de que este possui “procuração geral” e não está habilitado no PAF.

Diz o Art. 2º do RPAF, que na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito, devendo-se observar o prescrito em seu parágrafo 1º:

§ 1º No preparo, instrução e tramitação do processo, ter-se-á sempre em vista a conveniência da rápida solução do pedido ou litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador.

Trago abaixo, ementa de julgamento de ação anulatória de processo administrativo em que foi negado pelo TJ-PR, por ofensa ao contraditório, em que o Tribunal entendeu pela prevalência do princípio do informalismo nos processos administrativos, combinado com a ausência de demonstração de prejuízo ao impugnante, e também do STJ em que se negou a anulação do processo por falta de uma intimação formal da parte.

TJ-PR - 8859283 PR 885928-3 (Acórdão) (TJ-PR)

Data de publicação: 19/06/2012

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÕES EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. DECISÃO ADMINISTRATIVA MOTIVADA. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PRINCÍPIO DO INFORMALISMO QUE REGE OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.. RECURSO DESPROVIDO. O processo administrativo goza do princípio do informalismo, o qual dispensa procedimento rígido ou rito específico. Eventual nulidade no processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, em observância ao princípio pas de nullité sans grief, hipótese não demonstrada na exordial.

RECURSO ESPECIAL Nº 761.057 - SP (2005/0102479-6)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

RECORRENTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. No caso, o acórdão recorrido emitiu juízo acerca das questões que eram necessárias ao deslinde da controvérsia, de modo que a alegação de omissão do acórdão recorrido reflete mero inconformismo com os termos da decisão. Não há, por essa razão, qualquer vício no acórdão recorrido que determine a sua nulidade. Não acarreta nulidade do processo

administrativo fiscal a não intimação da parte, pois não houve prejuízo à recorrida. Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Daí falar-se do princípio da informalidade do processo administrativo.

Assim é que, após análise da procuração que confere ao Sr. Antônio Djalma Barreto, o fato de não haver uma habilitação exclusiva para este processo, mas apenas uma “geral” não o exclui de ser um representante do contribuinte junto à Secretaria da Fazenda, a menos que houvesse documento protocolado em momento anterior, revogando a procuração.

Da maneira como se encontra estabelecida a procuração, o Sr. Antônio Djalma Barreto dispõe de poderes de representação “geral” no âmbito dos processos tributários da SEFAZ. Nos termos da decisão do STJ acima reproduzida, não há nulidade automática para questões de descumprimento de formalidades. Tal argumento, de nulidade da intimação, só seria considerado se o impugnante apresentasse qualquer prova de que a tomada de ciência por parte deste “procurador geral” fosse nula de direito e que além disso, trouxesse prejuízos, uma vez que é certo que tomou ciência da intimação e se manifestou no processo.

Não há qualquer razoabilidade em se desconsiderar a tomada de ciência por pessoa devidamente habilitada pelo contribuinte a representá-lo na Secretaria da Fazenda, só porque este não possui procuração exclusiva para este processo. A menos que haja regra explícita, o “geral” serve ao particular e o “particular” é que não serve ao “geral”.

Assim, se procuração fosse restrita a determinado processo ou a determinados atos, e não “*a todos os atos que se fizerem necessários ao bom e fiel cumprimento deste mandato*”, conforme está documentado à fl. 145, é que poderíamos desconsiderá-la, pois do contrário, seria de total inutilidade a procuração anexada ao PAF, e então poderíamos perguntar – a procuração da fl. 145 serve afinal para o quê? Para qualquer coisa em “geral”, menos para este processo?

Pelo exposto, refuto o pedido de nulidade da intimação na manifestação do impugnante, por conseguinte, da renovação da diligência, do pedido inicial de revisão do cálculo da proporcionalidade das alíquotas, assim como exclusão de mercadorias submetidas à substituição tributária, por falta da devida comprovação dos fatos em que se fundamentou o pedido de revisão.

Passando ao julgamento do mérito, constato que o impugnante recolheu integralmente os valores lançados nas infrações 3, 4 e 5 e parcialmente as infrações 1 e 2, conforme demonstrativo do SIGAT às fls. 127/29, totalizando R\$200.785,50 de recolhimento, ante um total lançado de R\$226.462,81, sendo que as 3 infrações que foram reconhecidas integralmente por meio de pagamento, totalizam juntas, apenas o valor de R\$2.681,87.

Fica então evidenciado, que embora tenha reconhecido apenas as infrações 3, 4 e 5, na medida em que efetuou integralmente o pagamento, e defendido as infrações 1 e 2, constato que impugnante pagou a maior parte do valor lançado nestas duas infrações, sem entretanto trazer ao processo, lista das notas fiscais e dos produtos dos demonstrativos dos anexos 1 e 2, cujos lançamentos foram reconhecidos, ficando assim caracterizada a defesa parcial apenas quantos aos produtos alegados nos itens 3 e 4 da defesa (fl. 103), quanto à redução da base de cálculo arguida no item 4 e ao cálculo da proporcionalidade das alíquotas dos CFOP 5.927, pela baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, embora em sua defesa, também se refira a créditos de transferência para outro estabelecimento, sem que tenha havido infração por conta destas razões.

Quanto às mercadorias, ficou a defesa restrita apenas aos produtos bombons, pizzas, snacks, esponjas, café, massas para pizzas e castanhas, que estariam, segundo o impugnante, no regime de substituição tributária e portanto a saída ocorreria com alíquota zero, por estar com tributação encerrada.

A autuante confirma que genericamente que alguns destes produtos estão na substituição tributária, mas especificamente os itens cobrados no lançamento são exceções à regra, pois nem todos os bombons são sujeitos à substituição, as pizzas são de massa cozida, que estão fora deste regime de tributação, os snacks possuem NCM que também os excluem da ST, que a esponja de aço só entrou no regime de antecipação após 01/11/2010, e que outras esponjas são para uso humano e que não estariam na substituição. Da mesma forma, o café que foi lançado, trata-se desta mercadoria em grão, expresso ou solúvel e as castanhas são de caju, sendo todos estes itens, excluídos da regra de substituição tributária.

Como não há cópias das notas fiscais no processo, ou por quaisquer outros meios, apresentar conforme foi solicitado no pedido de diligência, provas de que as afirmações da autuante não são verdadeiras; no entanto, tal pedido não foi atendido, sob alegação de nulidade da intimação e de renovação da diligência por motivo já exaustivamente analisado neste processo.

Nenhuma prova foi produzida quanto aos argumentados erros cometidos pela autuante, seja por conta de reduções indevidas de base de cálculo (leite produzido fora do Estado da Bahia), seja do cálculo da proporcionalidade dos anexos 6 e 7 (baixa no estoque de mercadorias perecidas ou extraviadas), seja das mercadorias que não estão na substituição tributária.

Nos termos do art. 142 do RPAF, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. O pedido de diligência teve por fim, oferecer mais uma oportunidade ao impugnante, além da defesa inicial (quando já então deveria carrear ao processo, provas das suas alegações), mas no entanto, escudou-se em argumento frágil quanto ao descumprimento de formalidades, para não cumprir a diligência, demonstrando desinteresse ou impossibilidade de elidir o lançamento. Infrações 1 e 2 procedentes.

Quanto ao pedido de entrega de intimações no endereço do Representante Legal, embora a Administração possa atender tal pleito, nos termos do art. 109, I, do RPAF, considera-se efetivada a intimação quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº 274068.0012/13-8 lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA** devendo ser o autuado intimado a pagar imposto no valor de **R\$224.057,81** acrescido da multa de 60%, de acordo com o art. 42 inciso II, alíneas “a” e “f” da Lei 7.014/96, e da multa formal de **R\$2.405,00** de acordo com o inciso XIX do supracitado artigo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de Julho de 2014

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR