

A. I. Nº - 108880.3008/16-2
AUTUADO - SALGADINHOS BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. - EPP
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.12.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0210-05/16

EMENTA ICMS. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO NO PRAZO REGULAMENTAR. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. A autuação tomou por base os dados constantes nas Notas Fiscais Eletrônicas, emitidas pela sociedade empresária e que não foram lançadas nas EFDs, apresentadas à SEFAZ. Verificada a existência de crédito fiscal no mês de outubro/2014, que não teria sido considerado na ação fiscal, foi abatido do valor do ICMS exigido na infração. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 17/06/2016, exige ICMS no valor total de R\$244.590,35, e multa de 100% por meio da seguinte infração: Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. A empresa apresentou EFD sem a escrituração dos documentos fiscais de saídas.

Consoante o demonstrativo de fl. 05, os débitos referentes aos meses de março, maio, junho, outubro, novembro e dezembro de 2014, foram apurados pelas Notas Fiscais Eletrônicas, tendo em vista que os documentos fiscais não estão lançados nas EFD's apresentadas à SEFAZ.

O autuado ingressa com defesa, por meio de seu patrono legalmente constituído, fls. 396 a 406, e após ressaltar a tempestividade, pugna pela anulação do Auto de Infração, por este não apresentar as formalidades legais e necessárias para a sua validade e eficácia. Isso porque, quando da sua apresentação, deveria está acompanhado de todos os termos lavrados na ação fiscal os quais fundamentaram a autuação, incluindo, os termos de abertura e encerramento da ação fiscal, além, dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo autuante, das provas necessárias à demonstração do fato arguido, e, das notas fiscais, obrigação esta prevista no art. 41 do Decreto 7.629/99. Ademais, por não ter sido devidamente notificada acerca da ação fiscal em seu desfavor, foi surpreendida com o recebimento do auto de infração.

Informa que fabrica e comercializa salgados a base de trigo e de milho, sujeitos ao regime de substituição tributária, e em vista disso nos seus produtos não há incidência da antecipação total ou parcial.

Ademais, recebeu pelos Correios o Auto de Infração, não tendo sido regularmente notificada, nem mesmo para apresentar a sua regular escrituração fiscal, na qual consta os respectivos documentos fiscais. Passa a discorrer sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, garantidos pela Constituição Federal, bem como traz à lide a boa doutrina, ressaltando o princípio da legalidade, e reclama que o Auto de Infração não pode prosperar por ofensa à segurança jurídica, com cerceamento de defesa, bem como por ofensa ao princípio da legalidade.

Menciona a consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada no art. 373, § 1º do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto. Portanto não resta dúvida de que a necessidade de comprovar o alegado é do próprio autuante, sendo que não o fez, pois sem todos os documentos fundamentais ao processo, não há como se defender adequadamente, haja vista que não há como decompor quais foram as mercadorias que motivaram a lavratura do Auto de Infração.

Em verdade, aduz que o fiscal não pode se ater simplesmente ao resumo dos fatos declarados na DMA, ou em extratos de notas fiscais emitidas, ou tão somente nas informações da EFD, com intuito de declarar omissão quanto à escrituração fiscal. Deve observar o devido processo legal para poder atestar a suposta ilicitude praticada pela empresa.

Por outro lado, se faz necessário observar o enquadramento fiscal das mercadorias vendidas, uma vez que, é sabido, que além de comprar mercadorias para revenda, podem as empresas, realizar outras compras, como por exemplo, produtos para o ativo imobilizado, para uso e consumo, podem receber brindes, podem receber produtos submetidos a trocas e consertos, enfim, produtos que não estão sujeitos ao imposto.

O que se busca aqui é comprovar que não pode a impugnante exercer o seu livre direito ao contraditório e a ampla defesa, sem que seja, antes de tudo, demonstrado por meio dos demonstrativos, das notas fiscais de compras oriundas de outros estados, e, dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, mediante a apresentação das provas necessárias à demonstração do fato, por ele arguido.

Destaca o princípio da não cumulatividade, pertencente ao ICMS, conforme a Carta Magna, o que não restou comprovado a sua obediência pelo autuante. Lembra que nos termos do RICMS/BA, os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária encerra a fase de tributação. Portanto, a presente autuação não é razoável, nem atende aos princípios da proporcionalidade e da equidade.

Ao final apresenta os pedidos relativos à suspensão da exigibilidade na forma da lei, produção de provas por todos os meios de direito permitidos, e a anulação do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 409 a 412, e informa que o contribuinte encontra-se na situação baixado, no registro de cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, desde o dia 16/03/2016, conforme relatório histórico de situação, anexo. Foi notificado por meio de A.R, tendo sido encaminhados pelo setor competente da SEFAZ/BA, os seguintes documentos: cópia do Auto de Infração, Termo de Encerramento, demonstrativo da conta corrente, demonstrativo das notas fiscais de saídas escrituradas na EFD, demonstrativo das notas fiscais de entradas 2013/2014, demonstrativo do ICMS devido por substituição, conforme intimação de fl. 393. Os levantamentos foram realizados com base na Escrituração Fiscal Digital, apresentados pela empresa aos órgãos fiscalizadores, e fornecidos pela SEFAZ para a Auditoria Fiscal, por ser a empresa emissora de Nota Fiscal eletrônica.

Todos os documentos fiscais emitidos e destinados à empresa foram listados e enviados por AR ao contribuinte, em virtude da condição da empresa no cadastro – Baixado, assim, não houve cerceamento do direito de defesa.

Com relação ao questionamento da não observância do princípio da cumulatividade, informa que foram analisados os documentos de entradas e saídas, e cotejados os débitos e créditos para a apuração do imposto. Mantém a autuação.

VOTO

Preliminarmente, verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado com a observância dos requisitos constantes do art. 39 do RPAF/99, Decreto 7.629/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Nesse teor, a descrição da infração, constante na peça vestibular está clara e objetiva, faz-se acompanhar da indicação dos dispositivos infringidos, bem como dos demonstrativos que amparam a autuação tais como: Demonstrativo do débito, fl. 05, Demonstrativo das Saídas, fls. 7 a 383; Demonstrativo das Entradas, fls. 385 a 387, os quais foram encaminhados à empresa por meio de A.R, como discriminado na Intimação de fl. 393 do PAF, cujo A.R encontra-se anexo à fl. 394.

Destaco que o autuante na informação fiscal, de fls. 409 a 412, destaca que o contribuinte encontra-se na situação baixado, no registro de cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, desde o dia 16/03/2016, conforme relatório histórico de situação, anexo. Ademais, foi notificado

por meio de A.R, tendo sido encaminhados pelo setor competente da SEFAZ/BA, os seguintes documentos: cópia do Auto de Infração, Termo de Encerramento, demonstrativo da conta corrente, demonstrativo das notas fiscais de saídas escrituradas na EFD, demonstrativo das notas fiscais de entradas 2013/2014, demonstrativo do ICMS devido por substituição, conforme intimação de fl. 393. Os levantamentos foram realizados com base na Escrituração Fiscal Digital, apresentados pela empresa aos órgãos fiscalizadores, e fornecidos pela SEFAZ para a Auditoria Fiscal, por ser a empresa emissora de Nota Fiscal eletrônica.

Outrossim, todos os documentos fiscais emitidos e destinados à empresa foram listados e enviados por AR ao contribuinte, em virtude da condição da empresa no cadastro – Baixado, assim, não acolho a impugnação relativa ao cerceamento do direito de defesa.

Ainda com relação ao questionamento da não observância do princípio da não-cumulatividade, o autuante salienta que foram analisados os documentos de entradas e saídas, e cotejados os débitos e créditos para a apuração do imposto, como pode ser visualizado no demonstrativo da infração que foi remetido ao contribuinte.

Consta ainda a informação, nas razões fáticas da autuação, que a fiscalização teve como base os dados obtidos na base corporativa de NFe da SEFAZ-BA, por meio da Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, fornecida à SEFAZ/BA. Desse modo, a SEFAZ/BA emitiu a Ordem de Serviço nº 502.476/16, para a fiscalização do estabelecimento e disponibilizou todos os arquivos e documentos fiscais (entradas e saídas) para verificação.

Outrossim, há indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, inclusive uma correspondência exata e perfeita entre os dispositivos indicados no corpo do Auto de Infração, tanto no enquadramento da imputação como da multa aplicada.

Desse modo, não acolho a pretensão do sujeito passivo, no sentido de que o lançamento fiscal estaria eivado de vícios que culminariam na sua anulação, posto que o princípio da ampla defesa e do contraditório foram observados, e o contribuinte pode vir à lide, com perfeito entendimento da infração que lhe está sendo imputada, da qual pode se defender sem prejuízo processual ou de ordem material.

Destaco o fato de que os documentos fiscais, objeto da autuação, devem estar de posse da empresa, à qual tem o dever de mantê-los enquanto não for atingido o prazo decadencial para que o Estado promova a ação fiscal e homologue os impostos de sua competência, nisso portanto, não há ilegalidade na conduta da fiscalização que possa ser atingida pelos princípios amparados quer na Constituição Federal, quer no novo Código de Processo Civil.

Ultrapassada a questão preliminar, avanço na apreciação do mérito, e destaco que a presente autuação tomou por base os dados constantes nas Notas Fiscais Eletrônicas, emitidas pela sociedade empresária, e que não foram lançadas nas EFD's, apresentadas à SEFAZ, relativas aos meses de março, maio, junho, outubro novembro e dezembro de 2015, e está sendo exigido o ICMS relativo às operações próprias de saídas da sociedade empresária autuada.

A auditoria elaborada pelo autuante encontra amparo legal, contudo observo no demonstrativo de fls. 385 a 387, que no mês de outubro de 2014, deve ser abatido o valor de R\$967,88, que corresponde ao valor de crédito fiscal que não foi considerado na ação fiscal.

Desse modo, no mês de outubro de 2014, o ICMS da infração passa a ser de R\$48.830,29 e a infração perfaz o valor histórico de R\$ 243.622,47.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108880.3008/16-2**, lavrado contra **SALGADINHOS BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. – EPP**, devendo

ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$243.622,47**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO- JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR