

PROCESSO - A. I. Nº 108880.3008/16-2
RECORRENTE - SALGADINHOS BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0210-05/16
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/06/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0146-11/17

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 17/06/2016, o qual 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.

Após a devida instrução processual, com a apresentação de Defesa Inicial pelo Contribuinte e Informação Fiscal pela Autoridade Fiscalizadora, a referida Junta apreciou a lide, decidindo nos seguintes termos:

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.

Inconformada com a Decisão, a empresa Recorrente apresentou Recurso Voluntário, visando a reapreciação total do Acórdão nº 0210-05/16, repisando os mesmos termos da defesa inicial em sua tese recursal, sem acrescentar fato novo para apreciação deste Colegiado.

Aduz que não foi devidamente notificada com antecedência mínima, acerca do início da ação fiscal em seu desfavor, tendo sido surpreendida, já com o recebimento do Auto de Infração, pronto e elaborado, sem ter tido a oportunidade de apresentar as notas fiscais e demonstrativos contábeis, para fazer prova da sua idoneidade fiscal, para demonstrar a ausência do regular lançamento tributário formador do crédito.

Explica que a empresa Recorrente fabricava e comercializava salgados a base de cereais e trigo, inscritos no NCM sob nº 1904.10 e 1905.90, e que os produtos por ela comercializados, nos termos do RICMS/2012, estão sujeitos ao regime da substituição tributária, onde o sujeito passivo, responsável pelo recolhimento do imposto são os fabricantes, distribuidores ou os importadores, conforme determinação legal.

Defende que o Auto de Infração não deve prosperar, vez que o crédito pretendido não está amparado com todos os documentos legais e necessários para a sua comprovação, bem como, não há como apurar o crédito ora exigido, sem que seja, antes de tudo, computado mensalmente as entradas e saídas do estabelecimento para que seja apurado o fato gerador, o tributo e o ilícito supostamente praticado pela Recorrente.

Salienta que os documentos apresentados não apresentam com clareza a utilização da fórmula correta para apuração do imposto devido, ausente o critério da realização do fato gerador, se foi apurado corretamente a base de cálculo, se a alíquota utilizada foi aquela da vigência a época do fato gerador, na forma de legislação.

Alega que segundo a jurisprudência do STJ, ocorre cerceamento de defesa quando se indefere a

produção probatória e condena-se o requerente pela ausência de provas em contrário, justamente o que ocorreu no caso dos autos. Precedentes do STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no AgRg no REsp 1280559 AP 2011/0200141-3 (STJ).

Deste modo, defende que não restam dúvidas de que a necessidade de comprovar o alegado é da própria autuante, sendo que esta deixou de fazer, pois, sem todos os documentos fundamentais ao processo, não há como a autuada se defender adequada e tecnicamente, porque, não há como decompor quais foram as mercadorias que motivaram a lavratura do Auto de Infração.

Refuta ser imprescindível 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 e das vendas e, dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, mediante a apresentação das provas necessárias à demonstração do fato, por ele arguido.

Informa que o Recorrente, na época da ocorrência dos fatos, era contribuinte do ICMS Substituição Tributária, que nos termos do RICMS/BA, os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária encerram a fase de tributação.

Deste modo, defende não ser suficiente a informação dos meios que foram apurados o crédito tributário, porque não há comprovação de que a Recorrente recebeu todos os documentos a que o fiscal alega ter enviado pelos correios, sendo que a mesma recebeu tão somente uma cópia do Auto de Infração, o que, por si só, afasta qualquer pretensão em seu desfavor.

Salienta que o fiscal não pode simplesmente se ater ao fato da presença de escrituração da nota fiscal proveniente de fora do Estado. Este deve observar o conteúdo da nota fiscal, especificamente as mercadorias vendidas, pois, 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, etc.

Assevera que é necessário que seja observado o salutar critério da dupla visitação, o qual evidenciará, a verdade dos fatos aqui alegados, bem como comprovará que os recolhimentos, quando devidos, foram realizados, não havendo, em relação aos fatos geradores da autuação, nenhum tributo a ser exigido sob a responsabilidade do contribuinte, ora autuada/impugnante.

Por fim, requer, após regularmente recebido o presente Recurso Voluntário, seja o mesmo conhecido e provido, segundo as razões acima delineadas, reformando a r. decisão.

VOTO

Visa o presente Recurso Voluntário a reapreciação da Decisão de piso de entender pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O Recorrente não apresentou fato novo a ser analisado, repisando tão somente os mesmos argumentos trazidos em sede de impugnação inicial.

Preliminarmente, afasto o pedido de nulidade por cerceamento de defesa, visto que o presente PAF encontra-se perfeitamente instruído, sendo que a infração encontra-se devidamente tipificada e definida, com o devido enquadramento legal tanto da infração quanto da multa aplicada.

Também constam no Auto de Infração os demonstrativos e documentos que ensejaram à autuação (Demonstrativo da Conta Corrente Fiscal, Demonstrativo das Notas Fiscais de Saídas não lançadas na EFD, Demonstrativo das Notas Fiscais de Entradas), bem como a devida intimação da Recorrente, via AR, conforme fls. 393 e 394.

Imperioso destacar que a intimação se deu via AR pelo fato de a empresa Recorrente encontrar-se na situação de BAIXADO desde 16/03/2016 (fl. 413), não existindo outra maneira para a efetiva intimação.

Ou seja, não há razão que enseje a nulidade do referido Auto de Infração.

Quanto à alegação de que não seriam idôneos os documentos que ensejaram o presente Auto de Infração, cumpre ressaltar que *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.*

Assim, questionar a idoneidade dos documentos que deram azo à auditoria é questionar a própria conduta da Recorrente quanto à apresentação legítima de sua Escrituração Fiscal Digital.

Como bem salientou o julgador de primeiro grau: *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.*

Quanto ao afirmando pela empresa Recorrente de que apenas o levantamento fiscal não serviria para a composição do Auto de Infração, já que o fiscal deve observar o conteúdo da nota fiscal, especificamente as mercadorias vendidas, pois, além de comprar mercadorias para revenda, podem as empresas, realizar outras compras, como por exemplo, produtos para o ativo imobilizado, para uso e consumo, etc, vislumbra-se que as mercadorias constantes nas notas fiscais (conforme demonstrativo anexo), são salgadinhos, ou seja, mercadorias tributáveis produzidas pela empresa Recorrente que não tiveram suas saídas lançadas na EFD.

Quanto ao mérito, a autuação deve ser mantida, vez a elaboração da autuação não foi devidamente confrontada pela parte Recorrente, que se ateve tão somente a argumentar falta de informação e nulidade por cerceamento de defesa.

Ressalte-se que apesar de legalmente amparada, foi observado pelo i. julgador de piso que *no demonstrativo de fls. 385 a 387, em relação ao 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.*

Diante de todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **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 recorrente 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, 30 de Maio de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS