

A. I. N° - 269358.0011/19-3  
AUTUADO - BARRY CALLEBAUT BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ LUIZ SANTOS SOUZA  
ORIGEM - IFEP-DAT/SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25.08.2020

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0102-02/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. **a)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO(S) FISCAL(IS). Infração reconhecida. **b)** DESTAQUE EM DOCUMENTO FISCAL A MAIS QUE O LEGALMENTE PREVISTO. Infração parcialmente elidida mediante comprovação de existência de evento NF-e corrigindo CFOP de documento de devolução de mercadoria recebida em transferência para comercialização). Infração parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RCOLHIMENTO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS REGISTRADAS NOS LIVROS FISCAIS. Infração reconhecida. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. SAÍDAS ESCRITURADAS. ALIQUOTA DIVERSA DA LEGALMENTE PREVISTA. Infração elidida mediante comprovação de operações sujeitas a deferimento do pagamento do imposto e comprovada existência de NF complementar de diferença de imposto. Infração insubstancial. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS; e, **b)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovada a falta de registro de NFs-e com status de “Autorizadas” nos ambientes da NF-e e provas autuadas, bem como expressas contradições nos argumentos defensivos, confirmam verdade material em desfavor do Impugnante. Infrações subsistentes. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Lavrado em 17/06/2019, o presente Auto de Infração exige o valor histórico de R\$64.705,23, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – 01.02.40 – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). Valor: R\$232,15. Período: Agosto 2016. Enquadramento legal: Arts. 29 e 31, da Lei 7014/96 c/c art. 309, § 6º, do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “a”, da Lei 7014/96.

Consta da descrição que o autuado se creditou em valor maior que o destacado nas NFs-e de entradas que se acham analiticamente expostas no demonstrativo Anexo II.

Infração 02 – 01.02.41 – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais que o legalmente previsto no(s) documento(s) fiscal(is). Valor: R\$1.834,91. Período: Abril e Junho 2016. Enquadramento legal: Arts. 29 e 31, da Lei 7014/96 c/c art. 309, § 7º do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

Consta da descrição que o autuado se creditou de valor maior em face de aplicação de alíquota incorreta em operações interestaduais e as NFs-e de entradas se acham analiticamente expostas no demonstrativo Anexo II.

Infração 03 – 02.01.02 – Deixou de recolher no prazo(s) regulamentar(es) ICMS referente operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor: R\$13.074,71. Período: Novembro 2016. Enquadramento legal: Arts. 2º, I e 32 da Lei 7014/96 c/c art. 332, I, § 6º do RICMS-BA. Multa: 100%, art. 42, III da Lei 7014/96.

Infração 04 – 03.02.02 – Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$9.526,86. Período: Janeiro e Março 2016. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A da Lei 7014/96 Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Consta da descrição: CFOP 5124 (Industrialização efetuada para outra empresa). O estabelecimento praticou operações de industrialização por encomenda, omitindo-se da tributação do ICMS incidente sobre o valor adicionado.

CFOP 5910 (Remessa em bonificação, doação ou brinde). O estabelecimento praticou operações de saídas de mercadoria tributável sob alíquota de 17% ao invés de 18%.

As operações alcançadas se acham discriminadas analiticamente no demonstrativo Anexo IV, que integra o presente AI.

Infração 05 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$9.055,72. Período: Janeiro a Dezembro 2016. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS-BA. Multa: 1%, art. 42, IX da Lei 7014/96.

Consta da descrição que o autuado praticou operações de entrada de bens e/ou mercadorias sujeitas à tributação, omitindo-se do registro fiscal respectivo. As operações alcançadas se a acham discriminadas analiticamente no demonstrativo Anexo V, que integra o presente AI.

Infração 06 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$30.980,87. Período: Janeiro a Dezembro 2016. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247, do RICMS-BA. Multa: 1%, art. 42, IX da Lei 7014/96.

Consta da descrição que o autuado praticou operações de entrada de bens e/ou mercadorias não sujeitas à tributação, omitindo-se do registro fiscal respectivo. As operações alcançadas se acham discriminadas analiticamente no demonstrativo Anexo V, que integra o presente AI.

O autuado apresentou a Defesa de fls. 71-91. Após reproduzir as infrações, reconhece integralmente as Infrações 01 e 03 e parcialmente a Infração 02, afirmando ter promovido recolhimento.

Seguindo, passa a apresentar suas razões defensivas para a parte impugnada.

No que pertine à Infração 02, sobre a acusação de ter se creditado de ICMS sob alíquota de 12% ao invés de 7%, diz que ela não pode prosperar em sua totalidade, considerando que a NF 16208 se refere a destinatário situado em São Paulo, conforme atestam as NFs e respectivas Cartas de Correção promovendo a correção do CFOP aplicável (6.209 – Doc. 04, fls. 123-125).

Logo, diz, se as remessas das mercadorias ao destinatário paulista ocorreram sob tributação de 12%, a sua devolução e consequente crédito segue a mesma alíquota e mesmos parâmetros de cálculo do imposto e a autuada obedeceu ao determinado nos artigos 451 e 452, do RICMS-BA reproduzidos, razão pela qual a infração deve ser julgada parcialmente improcedente.

Para a Infração 04 afirma que as acusações não procedem. Reproduzindo os artigos 615, 616 e 617 do RICMS-BA/97 e 280, I e 286, XX do RICMS-BA/2012, fala que com relação às operações de industrialização por encomenda objeto da autuação, o autuante não se apercebeu que as saídas estavam submetidas ao regime de diferimento do recolhimento do ICMS incidente no retorno das mercadorias industrializadas, no estabelecimento encomendante, localizado na Bahia.

Diz que o estabelecimento autuado recebeu da NESTLE BRASIL LTDA mercadorias para industrialização por encomenda, as quais são, após o processo, comercializados pela encomendante, momento em que sofre incidência do imposto diferido, procedimento, inclusive,

respaldado no Parecer nº 7298/03 – DELFI – ITABUNA (Doc. 05).

Afirma que seguindo a instrução fez constar essa informação nas NFs 15332 e 15438 (doc. 06), autuadas, razão pela qual, pugnando pela realização de diligência fiscal, alega sua ilegitimidade passiva e improcedência do AI neste ponto.

No item “B” da Impugnação, dessa infração (DA COMPROVAÇÃO DA EXTINÇÃO INTEGRAL DO ICMS LANÇADO NA OPERAÇÃO DE REMESSA EM BONIFICAÇÃO, DOAÇÃO OU BRINDE APONTADO COMO RECOLHIDO A MENOR PELA FISCALIZAÇÃO), registra que o lançamento vinculado à NF 16579 não deve prevalecer porque emitiu a NF complementar 16840 (Doc. 07) para a diferença do imposto devido, inclusive, já recolhido.

No item “4. DA SUPOSTA FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAIS DE ENTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS (ITENS 05 e 06 DO AUTO DE INFRAÇÃO)”, alega não poderem subsistir:

- a) Em razão de o levantamento fiscal se fundar em presunções que ofendem os princípios da verdade material e da segurança jurídica, conforme, diz, demonstrará com elementos fáticos, atestando, inclusive, que nenhuma das NFs tidas como não escrituradas acobertaram ingresso no estabelecimento autuado: e
- b) Tendo em vista que a situação se amolda às circunstâncias previstas no art. 42, § 7º, da Lei 7014/96, que autorizam o seu cancelamento, em face dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não-confisco.

Alega que o autuante se limitou a consultar banco de dados da NF-e das Secretárias de Fazenda Estaduais para examinar os registros transmitidos pela Impugnante, espelhando seus registros de entradas.

Observa que o Fisco se baseou em “informações lançadas pelos fornecedores da impugnante nos arquivos por estes transmitidos, bem como nos dados lançados nos Registros de Entradas disponibilizados a essa Secretaria de Fazenda”, procedimento que entende ser superficial, que, “muito embora devam espelhar com fidedignidade as operações realizadas”, podem conter erros e falhas nos cancelamentos (pelos emitentes), que invalidam as informações extraídas, de modo a competir ao Fisco maior critério na sua ação, “esgotando todos os meios disponíveis a fim de verificar a realidade dos fatos, por meio do exame de elementos hábeis a confirmar ou infirmar a presunção”, os quais, diz, podem ser extraídos dos demonstrativos que anexa em CD (Doc. 08).

Nesse sentido, afirma que a fiscalização nem se apercebeu que algumas NFs objeto de autuação são de operações interestaduais e sequer foram vinculadas a CT-e ou tiveram qualquer registro de passagem em barreiras, de modo que jamais poderiam embasar circulação de mercadoria e ensejar entrada no estabelecimento autuado.

Diz que o Protocolo ICMS 10/03, copiado no art. 99 do RICMS-BA/2012, expressa que “*toda NF-e que acobertar operação interestadual de mercadoria ou relativa ao comércio exterior estará sujeita ao registro de passagem eletrônico em sistema instituído por meio do Protocolo 10/03*”, o qual não chegou ser emitido em relação às NFs que relaciona (Doc. 09).

Aduz que muitas das NFs-e objeto da autuação não acobertaram circulação de mercadorias, pois, embora emitidas e por falha operacional dos emitentes, não tenham sido canceladas, não saíram da UF de origem. Também alega que outras NFs-e não foram escrituradas pela autuada porque, apesar de emitidas, retornaram aos emitentes, as quais apresentam dois CT-e’s (remessa e retorno), razões pelas quais devem ser excluídas da autuação, conclusão que, aduz, alcança todas as NFs-e objeto da autuação, já que o autuado, conferindo seus registros contábeis, fiscais e gerenciais (Blocos C e H do SPED-EFD ICMS/IPI entregues a SEFAZ-BA), informações registro da escrita fiscal – SAP, constatou a inexistência da omissão acusada (Doc. 08), o que também pode ser constado em diligência fiscal, que requer.

No tópico “D) DA NECESSIDADE DE CANCELAMENTO DA MULTA IMPOSTA COMO FORMA DE REALIZAR OS PRINCIPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE”, alega que “a ausência ou atraso na escrituração das notas fiscais tidas como não escrituradas pela fiscalização

não se deu de maneira dolosa, fraudulenta ou dissimulada” e caso reste superada a alegação defensiva, “há de se concluir que o que houve, no caso sob análise, foi simplesmente o não cumprimento de uma obrigação acessória atinente ao ICMS, por uma questão meramente operacional”.

Aduz não haver “dúvidas de que, se a Impugnante cometeu alguma infração, esta não foi praticada com dolo, fraude, ou simulação; mas sim, decorreu de eventual falha cometida pelos prepostos da Impugnante, por um lapso, ou simplesmente porque efetivamente desconheciam a emissão dos documentos fiscais que ensejaram a autuação” e que “longe de pretender se eximir das suas responsabilidades e obrigações, dentre as quais, estão os deveres instrumentais, também conhecidos como obrigações acessórias, cumpre à Impugnante ressaltar a sua posição de grande contribuinte e fiel cumpridora de seus deveres fiscais, legais e sociais”.

Frisa que grande parte das NFs de entrada não tributadas e supostamente não registradas são de operações de: (i) retorno de materiais remetidos para conserto (CFOP`s 5916 e 6916); (ii) retorno de mercadoria de depósito fechado ou armazém (CFOP 5906); (iii) remessa de bem por conta de contrato de comodato (CFOP 5908), transferência de bem do ativo imobilizado (CFOP 5552), remessa para exposição e demonstração (CFOP 5915), que não configuram transferência de titularidade de mercadoria.

Nessa esteira, reproduzindo o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96 e excertos de decisões do CONSEF, pugna pelo cancelamento ou redução da penalidade para as Infrações 05 e 06.

Concluindo, pede: a) preliminarmente, para as Infrações 01 e 03, e parte da 02, cuja procedência reconheceu, homologação e consequente extinção dos créditos tributários devidamente recolhidos; b) improcedência das Infrações 04, 05 e 06, bem como da parte impugnada da Infração 02; c) realização de diligência fiscal para a constatação dos fatos que alega.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 193-218. Após reproduzir as infrações e resumir os argumentos defensivos passa a responde-los:

#### Infração 02

O argumento defensivo se refere à NF-e 16.208 relacionada a operações de recebimento em devolução de mercadorias antes remetidas a destinatário paulista, conforme Carta de Correção de fl. 125 corrigindo o CFOP 6152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros) para CFOP 6209 (Devolução de mercadoria recebida em transferência para comercialização). Neste particular, destaca que mesmo com a alegada carta de correção, a citada NF possui o CFOP 2151 (Compras para industrialização).

Diz que a Impugnante alega que a NF-e 16.208 acobertaria uma devolução cujo CFOP objeto de carta de correção consigna o CFOP 6209 (Devolução de mercadoria recebida em transferência para comercialização) em substituição ao CFOP 6152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), inicialmente informado.

Expondo a chave eletrônica da NF-e 16208, afirma que a prevalecer tal argumento, o crédito sob a alíquota de 12% estaria correto, já que assim ocorreria a tributação na operação de origem. Contudo, fala que analisando a carta de correção (evento de NF-e – fl. 125), constatou não possuir registro nos ambientes apropriados (SEFAZ-BA e SEFAZ-SP, Ambiente Nacional da NF-e), razão pela qual mantém a autuação.

#### Infração 04

Entende os argumentos defensivos suficientes para elidir a infração, já que as operações com CFOP 5124 (Industrialização efetuada para outra empresa) encontra abrigo no diferimento do pagamento do imposto (RICMS-BA: Art. 281, XX e 287, § 1º, IV).

Com relação à operação com CFOP 5910 (Remessa em bonificação, doação ou brinde), informa que a empresa autuada elidiu a acusação mediante apresentação da NF-e 16.840, complementando o imposto anteriormente destacado a menos nas operações.

#### Infrações 05 e 06 – Multa formal por falta de registro de NF-e no LRE

Informa que no curso da fiscalização o tema foi objeto de diversas comunicações com o setor competente do estabelecimento autuado (docs. fls. 08, 09 e 54/65), inclusive remetendo listagem das NFs-e não registradas para escrutínio do autuado, oportunidade em que acatou justificativas, quando pertinentes, remanescendo os casos objeto da autuação.

Aduz não ter sentido uma empresa economicamente robusta e beneficiária de incentivo fiscal do programa DESENVOLVE ostentar o volume das omissões detectadas, até porque, diz, o sistema de controle e emissão de documentos fiscais eletrônicos dispara mensagens de alerta a todos os destinatários para ciência das emissões de documentos fiscais, dando-lhes oportunidades para tomadas de pertinentes medidas contra indevidas emissões dos documentos.

Argumenta não tratarem de presunções ou indícios, mas de fatos objetivos e o procedimento fiscal não pode ser tomado como superficial porque se baseia em fidedignas informações, não sendo razoável admitir o nível de erros/falhas alegado pela Impugnante.

Afirma que a mídia digital juntada com a Defesa – inclusive já apresentada na fase da auditoria – não infirma a acusação fiscal, já que apenas trata do controle interno de estoque de operações registradas, e a acusação cuida de operações não registradas. Fala que os elementos de prova apresentados visam uma conclusão nada trivial: “os registros gerenciais da empresa não contêm os documentos fiscais objeto da autuação, logo a ação fiscal seria improcedente neste particular”.

Destaca que a planilha “ANALISE 03 – CONSULTA SITUAÇÃO”, juntada pela Impugnante, possui Coluna (H) indicando que todas as NFs-e objeto da penalidade estão com *status* de “AUTORIZADA” no ambiente nacional na NF-e.

Afirma ser irrelevante o argumento defensivo que algumas das NFs-e sequer estarem vinculadas a CT-e e que a falta de registro de passagem em postos fiscais também não infirma a operação, pois ele não é procedimento obrigatório para todas as mercadorias ou bens, já que tal registro apenas integra o elenco de eletivas medidas com vistas ao controle de circulação para certas e determinadas mercadorias. Aduz que o mesmo vale para o passe fiscal eletrônico de que trata o Protocolo 10/03, ato de adesão facultativa para as UFs e que, em face de mudança de paradigma da fiscalização para mercadorias em trânsito, teve a eficácia reduzida.

Argumenta que tendo em vista a importância que tem a regularidade dos registros fiscais para a viabilidade da política fiscal do Estado e o volume das operações do estabelecimento autuado, aliado ao fato de ele ser usuário de incentivo fiscal do DESENVOLVE a reclamar incondicional integridade da sua escrituração fiscal, a penalidade não viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Conclui, pedindo: a) Procedência das Infrações 01, 02, 03, 05 e 06; b) Improcedência da Infração 04.

Às fls. 220-223 constam relatório e detalhamento de pagamentos relacionados ao PAF.

## VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$64.705,23, acusando o cometimento de 06 (seis) infrações.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documento de fl. 68, bem como do que se percebe na peça defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos

demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 07-65 e CD de fl. 66); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, com fundamento no art. 147, I, do RPAF, indefiro o pedido de diligência suscitado.

Em face de expresso reconhecimento do cometimento, as infrações 01 e 03 não integram a lide administrativa. Portanto, procedentes.

Indo ao mérito do caso, de logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS criado e desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias, único com validade jurídica a provar a favor e em contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Tem suporte probatório nos demonstrativos e documentos autuados (fls. 05-65 e CD constante na fl. 67), cujas planilhas identifica: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CFOP, vlor item, BC ICMS, alíquota e vlr do crédito utilizado, alíquota e vlr do ICMS legal, valor do ICMS e penalidade objetos da autuação, na conformidade com cada infração.

Passando à análise de mérito das infrações impugnadas, têm-se o seguinte:

**Infração 02 – Uso indevido de crédito fiscal em face de destaque de imposto maior que o legalmente permitido em documento fiscal**

Para a parte não reconhecida dessa infração a alegação defensiva é que, embora emitida por seu estabelecimento paulista, o crédito destacado sob alíquota de 12% na NF 16208 (fls. 123-125) ao invés de 7%, está correto porque se refere a devolução de mercadoria antes para lá remetida por várias NFs-e, conforme informações complementares no corpo da NF-e 16208 (fl. 124).

Por sua vez, destacando que a NF-e 16.208 (fl. 19, Chave de acesso 35160433163908008311550020000162081013214343) relacionada a operações de recebimento em devolução de mercadorias antes remetidas a destinatário paulista, que de acordo com a Carta de Correção de fl. 125, corrige o CFOP 6152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros) para CFOP 6209 (Devolução de mercadoria recebida em transferência para comercialização), possui o CFOP 2151 (Compras para industrialização), o autuante mantém a exação porque analisando a carta de correção (evento de NF-e – fl. 125), constatou que tanto a NF 16.208 como a carta de correção não possui registro nos ambientes apropriados (SEFAZ-BA e SEFAZ-SP, Ambiente Nacional da NF-e).

Pois bem. Ponderando as razões de acusação e defesa, bem como os elementos de prova autuados, de pronto constato que os elementos de prova aportados pelo autuante e Impugnante,

embora contenham mesma numeração, mesmo emitente, e mesmo destinatário, divergem em: a) Chave de acesso (35160433163908008311550020000162081013214343 X 35-1603-**33163908008311**-55-002-000016208-101321434-0; b) Valor (R\$ 36.109,21 X R\$ 36.801,27); c) Data de emissão (15/04/2016 X 22/03/2016); e d) CFOP (2151 - Compras para industrialização X 6152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros).

Em consulta aos ambientes da NF-e da SEFAZ-BA e da Receita Federal, embora não tenha encontrado qualquer registro para a Chave de Acesso 35160433163908008311550020000162081013214343, como afirma o autuante (nem de existência da NF-e, nem de carta de correção vinculada a ela), constata-se a existência tanto a NF-e 16.208 com a Chave de Acesso 35-1603-**33163908008311**-55-002-000016208-101321434-0, como a carta de correção como evento a ela vinculado sob protocolo 135160177735634, cuja emissão foi autorizada em 23/03/2016 às 07:49 hs, data imediatamente posterior à da emissão da NF-e 16.208.

Considerando que o elemento de prova aportado pela Impugnante teve emissão devidamente autorizada dentro do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, contando, portanto, a seu favor, e tendo em vista que, podendo isso fazer, o autuante objetivamente não se pronunciou sobre os elementos de prova apresentados pela Impugnante, com fundamento no art. 140, do RPAF, tenho como elidida a parte impugnada da infração, excluindo a NF-e 16.208, de modo que a ocorrência de 30/04/2016 passa de R\$1.820,79 para **R\$15,24**.

*Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

Infração parcialmente subsistente.

Infração 04 – Falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios

Tem suporte no demonstrativo de fl. 29, relacionando as NFs-e 15332 e 15438 (CFOP 5.124) e NF-e 16579 (CFOP 5.910). Reproduzindo os artigos 615, 616 e 617 do RICMS-BA/97 e 280, I e 286, XX do RICMS-BA/2012, bem como aportando cópia do Parecer nº 7298/03 – DELFI – ITABUNA (fls. 126-127), a Impugnante diz que, como consta nas NFs objeto da autuação, refere-se a operações de industrialização por encomenda submetidas ao regime de diferimento do recolhimento do ICMS, que apenas ocorre por ocasião da subsequente saída das mercadorias no estabelecimento encomendante localizado na Bahia.

Considerando que operações com CFOP 5.124 (Industrialização efetuada para outra empresa) encontra abrigo no diferimento do pagamento do imposto (RICMS-BA: Art. 281, XX e 287, § 1º, IV), acertadamente, o autuante excluiu as NFs com tal CFOP.

Com relação à operação com CFOP 5910 - Remessa em bonificação, doação ou brinde (NF-e 16.579, de 16/03/2016), para a qual se acusa destaque de ICMS sob alíquota de 17% ao invés de 18%, a Impugnante aportou aos autos a NF-e 16.840 emitida em 23/03/2016 (fl. 131), complementando a diferença de imposto exigida, o que também elide a imputação fiscal nesta parte, de modo que toda a infração restou elidida.

Infração insubstancial.

Infrações 05 e 06 – Multa de 1% por falta de registro de NFs de entrada no LRE

Tem suporte nos demonstrativos de fls. 34-53.

Para essas infrações, extraíndo-se da própria peça de Defesa e da Informação Fiscal, cabe destacar pontos (grifei) que, por si só, encaminham a solução da lide, senão vejamos.

Da Impugnação, o **primeiro** é que, inicialmente desconhece as NFs e promete demonstrar com elementos fáticos que nenhuma das NFs acobertou efetivo ingresso no estabelecimento.

Nesse sentido, alega que a acusação fiscal se funda em presunção ofensiva à verdade material, já que baseada em “informações lançadas pelos fornecedores da impugnante nos arquivos por estes transmitidos, bem como nos dados lançados nos Registros de Entradas disponibilizados a essa Secretaria de Fazenda”, procedimento que entende ser superficial, pois, “muito embora

devam espelhar com fidedignidade as operações realizadas, pode conter erros e falhas nos cancelamentos” (pelos emitentes), que alega invalidar as informações extraídas, de modo a competir ao Fisco maior critério na sua ação, “esgotando todos os meios disponíveis a fim de verificar a realidade dos fatos, por meio do exame de elementos hábeis a confirmar ou infirmar a presunção”.

Nessa esteira, afirma que o autuante se limitou a consultar banco de dados da NF-e das Secretárias de Fazenda Estaduais para examinar os registros transmitidos pela Impugnante, espelhando seus registros de entradas e nem percebeu que algumas NFs objeto de autuação são de operações interestaduais que sequer foram vinculadas a CT-e ou tiveram qualquer registro de passagem em barreiras, de modo a não poder embasar circulação de mercadoria e ensejar entrada no estabelecimento autuado.

**O segundo ponto**, é que, copiando o art. 99 do RICMS-BA/2012, expressa que “toda NF-e que acobertar operação interestadual de mercadoria ou relativa ao comércio exterior estará sujeita ao registro de passagem eletrônico em sistema instituído por meio do Protocolo 10/03”, o qual não chegou ser emitido em relação às NFs que relaciona e junta seus extratos extraídos do ambiente nacional da NF-e (Doc. 09, fls. 133-187).

Também alega que outras NFs-e não foram escrituradas pela autuada porque, apesar de emitidas, retornaram aos emitentes, as quais apresentam dois CT-e`s (remessa e retorno), razões pelas quais devem ser excluídas da autuação, conclusão que, aduz, alcança todas as NFs-e objeto da autuação, já que “cuidou de cotejar, com toda a cautela necessária, todas as informações constantes nos seus relatórios de recebimento de mercadorias, nos seus controles de movimentação de estoque extraídos do SAP e na sua escrituração fiscal SPED-EFD ICMS/IPI, de modo a evidenciar que estes estão em perfeita conformidade”.

**O terceiro ponto** é que, contrariando a negativa inicialmente arguida, alega que “a ausência ou atraso na escrituração das notas fiscais tidas como não escrituradas pela fiscalização não se deu de maneira dolosa, fraudulenta ou dissimulada” e caso reste superada a alegação defensiva, “há de se concluir que o que houve, no caso sob análise, foi simplesmente o não cumprimento de uma obrigação acessória atinente ao ICMS, por uma questão meramente operacional”.

Aduz nessa nova linha argumentativa, não haver “dúvidas de que, se a Impugnante cometeu alguma infração, esta não foi praticada com dolo, fraude, ou simulação; mas sim, decorreu de eventual falha cometida pelos prepostos da Impugnante, por um lapso, ou simplesmente porque efetivamente desconheciam a emissão dos documentos fiscais que ensejaram a autuação” e que “longe de pretender se eximir das suas responsabilidades e obrigações, dentre as quais, estão os deveres instrumentais, também conhecidos como obrigações acessórias, cumpre à Impugnante ressaltar a sua posição de grande contribuinte e fiel cumpridora de seus deveres fiscais, legais e sociais”.

Por fim, para colmo, entrega “que grande parte das NFs de entrada não tributadas e supostamente não registradas são de operações de: (i) retorno de materiais remetidos para conserto (CFOP`s 5916 e 6916); (ii) retorno de mercadoria de depósito fechado ou armazém (CFOP 5906); (iii) remessa de bem por conta de contrato de comodato (CFOP 5908), transferência de bem do ativo imobilizado (CFOP 5552), remessa para exposição e demonstração (CFOP 5915), que não configuram transferência de titularidade de mercadoria”, momento em que, reproduzindo o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, pugna pelo cancelamento ou redução da penalidade para as Infrações 05 e 06.

Por sua vez, a respeito das alegações defensivas, da Informação Fiscal, o **primeiro** ponto a destacar é que os documentos de fls. 08, 09 e 54-65, denotam que no curso da auditoria e antes da lavratura do AI, o tema foi objeto de diversas comunicações com o setor competente do estabelecimento autuado, inclusive remetendo listagem das NFs-e não registradas para escrutínio do autuado, oportunidade em que acatou justificativas, quando pertinentes, remanescentes os casos autuados.

Nesse sentido, a Autoridade Fiscal aduz que o sistema de controle e emissão de documentos fiscais eletrônicos dispara mensagens de alerta aos destinatários para ciência das emissões dos documentos fiscais (RICMS-BA: Art. 89, § 12) e que a mídia digital juntada com a Defesa – inclusive já apresentada na fase da auditoria – apenas trata do controle interno de estoque de operações registradas, e a acusação cuida de operações não registradas, de modo que os elementos de prova apresentados visam uma conclusão nada trivial: “os registros gerenciais da empresa não contêm os documentos fiscais objeto da autuação, logo a ação fiscal seria improcedente neste particular”.

O **segundo** ponto a destacar - e que se constata nos autos -, é que dos elementos de prova juntados pelo Impugnante, a planilha “ANALISE 03 – CONSULTA SITUAÇÃO”, possui coluna (H) indicando que todas as NFs-e objeto da penalidade estão com *status* de “AUTORIZADA” no ambiente nacional na NF-e, **o que imprime valor de certeza jurídica às NFs-e**.

O **terceiro** ponto, é a afirmação de ser irrelevante para o caso, o argumento defensivo que algumas das NFs-e sequer estariam vinculadas a CT-e (obrigatório apenas para contribuintes prestadores de serviço de transporte de carga – RICMS-BA, art. 127, parágrafo único) e que a falta de registro de passagem em postos fiscais também não infirma a operação, pois ele não é procedimento obrigatório para todas a mercadorias ou bens, já que tal registro apenas integra o elenco de eletivas medidas com vistas ao controle de circulação para certas e determinadas mercadorias, o mesmo valendo para o passe fiscal eletrônico de que trata o Protocolo 10/03, ato de adesão facultativa para as UFs e que, em face de mudança de paradigma da fiscalização para mercadorias em trânsito teve a eficácia reduzida (RICMS-BA: Art. 99, Parágrafo único, que trata da disponibilização dos registros).

Pois bem, para o deslinde da questão, aos pontos destacados que encaminham à pertinência da autuação, é de acrescentar a contida no § 17 do RICMS-BA, dispondo sobre a providência a ser envidada pelo contribuinte em caso de “desconhecimento da operação”, o que, ainda que do acima retratado dela prescinda, o autuado não imprimiu:

Art. 89. ...

...

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico [www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br), salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado. Nota: O § 17 foi acrescentado ao art. 89 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 01/01/16.

Quanto à alegação de que a falta de registro dos documentos fiscais ocorreu sem dolo, fraude ou simulação, cabe a norma inserta no art. 136, do CTN:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Observando que o pedido de redução ou cancelamento da multa fica prejudicado em face da revogação do § 7º, do art. 42, e considerando a legal obrigação de a Escrituração Fiscal Digital – EFD a cargo do contribuinte retratar fidedignamente a sua movimentação empresarial com repercussão tributária, de modo ao Fisco poder exercer sua função institucional de controle e homologação das obrigações e direitos tributários sem exceder em suas prerrogativas e garantindo a indisponibilidade do crédito tributário mediante as sanções legalmente permitidas, tenho as Infrações 05 e 06, como subsistentes.

Por todo o exposto, voto ela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269358.0011/19-3, lavrado contra **BARRY CALLEBOUT BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS**

**ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de ICMS no valor de **R\$13.336,22**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$261,51 e de 100% sobre R\$13.074,71, previstas no artigo 42, VII, “a”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$40.036,62**, prevista no art. 42, IX, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR