

A. I. Nº - 281231.0008/19-6
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO PORTO CARMO
ORIGEM - INFRAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29.10.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0108-05/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Exclusão da cobrança do produto “KIT FEIJOADA”. Débito reduzido. **b)** CRÉDITO INDEVIDO DAS PARCELAS NÃO RECOLHIDAS A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração não elidida pelo sujeito passivo. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS. EXERCÍCIOS FECHADOS. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS NAS ESCRITAS FISCAIS E CONTÁBEIS E SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **c)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL DAS MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **c)** ESTORNO DE CRÉDITO. MERCADORIAS EXTRAVIADAS. 2. OPERAÇÕES TRIBUTADAS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTADAS NA ESCRITA FISCAL. 3. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. As infrações 02, 03, 04 e 05 não foram impugnadas no mérito pelo sujeito passivo. Não acolhidas as preliminares de nulidade e indeferido pedido de diligência/perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 29/06/2019, para exigir ICMS no valor principal de R\$52.921,70, mais acréscimos de multa e juros, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – 01.02.05. Utilizou indevidamente crédito fiscal referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento do imposto por antecipação tributária. Mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária conforme demonstrativos anexos (fls. 13/20). Valor exigido: R\$ 39.305,72. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017 e fevereiro, março e abril de 2018. Aplicada a multa de 60% do tributo lançado, prevista na letra “a”, do inc. VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 01.02.74. Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação ou do exterior. Lançamento na escrita fiscal, na coluna ajuste de crédito, sem o efetivo pagamento do ICMS, conforme Demonstrativos anexos (fls. 21/22). Valor exigido: R\$ 2.493,53. Ocorrência verificada nos meses de fev, mar, abr, mai, jun, jul, set, nov e dez de 2016. Aplicada a multa de 60% do tributo lançado, prevista na letra “a”, do inc. VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 01.05.09 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram extraviadas. Escrituração de operações de saídas identificadas com CFOP 5927, sem tributação. Baixa de estoque de mercadorias em razão de perda, roubo ou deterioração. Inexiste na escrita fiscal

demonstração do estorno do crédito fiscal utilizado nas entradas das mercadorias – Demonstrativo anexo (fls. 23/25). Valor exigido: R\$ 1.228,88. Ocorrência verificada nos meses de abr e ago de 2016; fev, mar, mai, jun, jul, ago, set, out e nov de 2017 e set e out de 2018. Aplicada a multa de 60% do tributo lançado, prevista na letra “b”, do inc. VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saídas a título de bonificação, conforme Demonstrativo anexo (fls. 26/29). Valor exigido: R\$ 122,39. Ocorrência verificada nos meses de fev de 2016; dez de 2017; jan, fev, mar, abr, maio, jun, ago e set de 2018. Aplicada a multa de 60% do tributo lançado, prevista na letra “a”, do inc. II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – 03.02.05 – Recolher a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme Demonstrativos anexos (fls. 30/35). Valor exigido: R\$ 9.771,18. Ocorrência verificada nos meses de jun, jul, ago e nov de 2016. Aplicada a multa de 60% do tributo lançado, prevista na letra “a”, do inc. II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 09/07/19 e ingressou com defesa em 09/09/19, através de petição subscrita por advogada, devidamente habilitada a atuar no processo através da procuração anexa, doc. fl. 92.

Após ressaltar a tempestividade da peça impugnatória o contribuinte suscitou a nulidade do Auto de Infração, com arrimo no art. 18, inc. II e Inc. IV, letra “a”, afirmando que houve neste caso flagrante cerceamento ao direito de defesa e falta de elementos para se determinar com segurança as infrações cometidas. Discorre que o Auto de Infração é ato vinculado e que a inexistência de documentos e elementos indispensáveis à caracterização do ilícito tributário invalida e fere de morte esse ato administrativo, ficando impossibilitada a sua ratificação posterior. Fez citação à teoria das nulidades do prof. Hely Lopes Meirelles para afirmar que a empresa não tomou ciência sequer do que estava sendo fiscalizada, não recebeu em sua via do A.I. cópia do Termo de Início de Fiscalização e também não foi intimada para proceder à entrega dos livros e documentos. Transcreveu as disposições do art. 26, incisos I, II e III do RPAF/99 e trechos do livro do prof. Alberto Xavier – *Do Lançamento, Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário* – reiterando, nessa parte, o pedido de decretação de nulidade uma vez que faltou ao lançamento tributário elementos essenciais (termo de início e intimação para entrega de livros e documentos)

O contribuinte, no tocante ao mérito, impugnou tão somente as infrações 01 e 02. Apontou a existência de erro material.

Na infração 01 discorreu que existem erros claros na acusação fiscal, visto que foram listados no Demonstrativo da cobrança, produtos que não estão submetidos ao regime de pagamento do ICMS por antecipação tributária total (ICMS-ST). Entre estes destacou a inserção na exigência fiscal do “KIT de Feijoadá”, composto de vários tipos de carnes, além do próprio feijão. Trata-se de produto novo, resultante da consolidação de várias mercadorias no mesmo KIT, abarcando itens isentos, de tributação reduzida ou sujeitos à sistemática de tributação antecipada. Ressaltou ainda que este produto, resultante da junção de diversas mercadorias, não está inserido no Anexo I do RICMS e que a NCM 2882 informada pelo contribuinte nos documentos fiscais emitidos não integra o rol de produtos listados na norma regulamentar do imposto que dispõe acerca da tributação antecipada.

Disse que de forma análoga o caso se assemelha ao preparo de alimentos fornecidos por restaurantes, onde são inclusos produtos das mais variadas formas de tributação, inclusive substituição tributária, porém, a saída dos alimentos preparados se dá através de tributação normal.

No que se refere à cobrança estampada na infração 02, a defesa apresentou na inicial uma relação de pagamentos, reproduzida às fls. 51/52 deste PAF, processadas através do código de receita 2175

(ICMS – antecipação parcial), afirmando que a exigência fiscal neste item não está devidamente comprovada através da demonstração de falta de pagamento do ICMS, por documento fiscal. Afirma que a referida cobrança é indevida tendo em vista não saber ao certo o que foi efetivamente lançado e se os pagamentos efetuados pela empresa nos respectivos meses foram considerados.

Pede a defesa, frente aos erros e omissões citados, que o PAF seja convertido em diligência visando o refazimento, se for o caso, das planilhas em que se fundamentam os itens contestados, com a redução dos valores lançados no Auto de Infração.

Ao concluir a peça de defesa pede que seja reconhecida a nulidade do lançamento, ou que no mínimo o PAF seja convertido em diligência para a análise de todos os documentos acostados na impugnação, com a consequente declaração de IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O autuante, na fase de informação fiscal (fls. 95/99), afastou as arguições de nulidade suscitadas na peça de defesa. Afirmou que o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos está acostado à fl. 009 dos autos e foi encaminhada ao contribuinte, via sistema DT-e (Domicílio Tributário Eletrônico), registrado sob o nº 131649, emissão em 14/09/19 e ciência ao contribuinte em 17/06/2019. Termo de Intimação para esclarecimento do procedimento fiscalizatório também enviado pelo DT-e, registro nº 131648 (doc. fl. 10). Termo de Apresentação Livros e/ou Documentos (fl. 12), documento utilizado para recebimento de livros e documentos. Informa o autuante, a partir deste último documento, que o preposto da empresa, sr. Kleber Santos de Oliveira procedeu à entrega, no dia 27/06/19 dos seguintes documentos: notas fiscais de entrada, notas fiscais de saídas, livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e GNRE. Disse causar estranheza a alegação do contribuinte de inexistência de intimação e de desconhecimento do início do procedimento fiscalizatório. Sustenta o afastamento das nulidades suscitadas pela defesa, com amparo no art. 26 e art. 8º, inc. IV do RPAF/99.

Ao ingressar no mérito procedeu, no item 01 do A.I., à exclusão do item “KIT de Feijoadá”. Reduziu o débito nos meses de fevereiro, março e abril de 2018, remanescendo cobrança somente para o mês de abril no importe de R\$1.641,20.

Em relação ao item 02, em que também houve o afastamento da nulidade requerida pela defesa, afirmou que nos meses objeto da autuação não houve nenhum recolhimento do contribuinte a título de ICMS por antecipação parcial. Anexou na peça informativa pagamentos efetuados pelo sujeito passivo, extraídos do sistema corporativo de SEFAZ (INC – Informações do Contribuinte). Consta no referido extrato, juntado à fl. 100, os seguintes recolhimentos: **1) mês de referência: dez/2015 - valor principal: R\$1.133,55, pago em 25/01/16; 2) mês de referência: julho/2016 – valor principal: R\$717,57, pago em 25/08/16; 3) mês de referência: setembro/2016 – valor principal: R\$907,53, pago em 25/10/16.**

Consta no Demonstrativo de Débito da Infração 02 os meses de julho e setembro de 2016.

Quanto aos pedidos de diligência e perícia, declarou o autuante que os elementos presentes no PAF são suficientes para embasar o julgamento e que o requerimento não atende às exigências do art. 145, caput e seu parágrafo único, do RPAF.

Concluiu a peça informativa pedindo pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme retificações efetuadas e submetidas a este órgão julgador.

Após a Informação fiscal, o órgão de preparo da INFAZ deu ciência ao contribuinte da peça processual produzida pelo autuante, concedendo prazo de 10 (dez) dias para Manifestação da defesa, conforme Termo datado de 16/10/2019. A ciência ao contribuinte foi formalizada somente em 23/10/19. Em 30/10/19 o contribuinte protocola no SAC de Lauro de Freitas/Ba Manifestação defensiva, sendo a mesma juntada ao processo somente após distribuição a este Relator e em seguida aposição do Termo de Instrução, com a declaração de estarem conclusos aos autos para julgamento. Portanto, a nova peça processual gerada pela defesa só foi formalmente inserida nos autos após a instrução do feito por este Relator.

Na assentada de julgamento ocorrida em 05/03/20, o colegiado da 5ª JF do CONSEF resolveu converter o presente PAF em diligência, considerando, em primeiro lugar, que o órgão de preparo do CONSEF incorreu em falha em não fazer a devida juntada da Manifestação defensiva antes da distribuição do PAF a este Relator. Conjugado a este fato se fez necessário alguns esclarecimentos por parte do autuante, visando munir este órgão julgador de elementos que possibilitassem o pronunciamento de mérito acerca das questões suscitadas na inicial.

Nesse sentido foram formulados os seguintes quesitos:

01 – Na infração 01 – deverá o autuante intimar o contribuinte para que apresente provas de utilização de parte das mercadorias no preparo de refeições. Provado efetivamente que parte das mercadorias enquadradas no regime da ST, objeto dos créditos neste Auto de Infração, foram aplicadas no preparo de refeições, com saídas subsequentes tributadas, proceder às exclusões, quantificando os valores. Apresentar novo Demonstrativo de Débito no mesmo formato do Auto de Infração, com totalização por período mensal, para este item do lançamento.

Ainda na infração 01 - deverá o autuante trazer o processo elementos de prova que indiquem se o contribuinte deu saídas de produto “KIT de feijoada” com tributação do ICMS, para fins de manutenção dos créditos fiscais das mercadorias que compuseram a formação do novo produto.

02 – Relativamente à infração 02, inicialmente, deverá o autuante apresentar Demonstrativo Analítico, com a composição dos valores autuados neste item, pois ao que parece estão vinculados a aquisições sujeitas à antecipação parcial.

*Por sua vez consta nos autos pagamentos extraídos dos Relatórios INC em meses que compõem a autuação (jul e set de 2016). Questiona-se ao autuante: **esses valores foram considerados na apuração do imposto lançado no item 02 do Auto de Infração?***

Havendo alterações no débito apurado, nas infrações 01 e 02, elaborar novo Demonstrativo, no mesmo formato do A.I., por período mensal, com as respectivas totalizações mensais.

Na referida Manifestação defensiva, que motivou a diligência, datada de 29/10/19, o contribuinte declarou que corroborava com as alegações trazidas na inicial e, em relação à infração 02, acrescentou que o auditor fiscal silenciou em relação à devida formatação da infração, sem elaborar demonstrativo que comprovasse que a empresa se creditou de valores superiores aos devidamente pagos a título de antecipação parcial. Frisou que no Demonstrativo elaborado pela fiscalização não houve o detalhamento do quanto recolhido pela empresa aos cofres do Estado, a título de antecipação parcial, em comparação ao quanto se creditou, mostrando-se as eventuais diferenças. Apresentou, novamente, à fl. 107 os recolhimentos do ICMS-Antecipação Parcial realizados nos meses do exercício de 2016 que podem ser confirmados nos bancos de dados da SEFAZ-Ba. Reiterou o pedido de nulidade dessa infração, afirmando que a empresa não pode ser compelida a recolher aos cofres públicos valores não detalhados pela fiscalização. Na sequência, pede a realização de diligência com a consequente redução dos valores lançados e, por fim, IMPROCEDÊNCIA do Auto Infração. Requer ainda, em homenagem ao princípio da verdade material, a produção de outros meios de prova admitidos em Direito, especialmente a prova documental.

No que se refere à diligência, o contribuinte, na peça apensada às fls. 160 a 165, declarou que na Infração 01, questionou apenas a inserção do produto KIT FEIJOADA, esclarecendo que não opera na atividade de preparo de refeições conforme foi expresso no pedido de revisão fiscal. Reiterou os termos da defesa em relação a este item e os pedidos de nulidade do Auto de Infração.

O autuante, em nova Informação Fiscal (fls. 209/211 e anexos), informa inicialmente, que na Infração 01, na tabela de fl. 97, da informação anterior, procedeu à retirada do produto KIT FEIJOADA, atendendo aos reclamos da defesa, remanescendo nessa cobrança valores relacionados a outros produtos, nos respectivos meses. Informou ainda que a empresa, no tocante ao produto excluído, procedeu às saídas subsequentes sem tributação do ICMS, tendo sido objeto de

exigência fiscal através do Auto de Infração nº 281231.0004/19-0. Junta planilha demonstrativa dessa ocorrência. Quanto à Infração 02, informou que a cobrança decorreu de utilização indevida de crédito fiscal, lançada a título ajuste de crédito, com o aumento indevido dos valores a que a empresa fazia jus. Esclareceu que em decorrência da atual sistemática adotada pela SEFAZ-Ba de desmembramento dos Autos de Infração, ainda que na mesma ação fiscal, a exigência relacionada ao pagamento incorreto da antecipação parcial foi feito através de outro Auto de Infração, nº 281231.0011/19-7. Anexou também cópia de pesquisa ao sistema INC, onde consta os valores de R\$717,57 e R\$907.53, relacionados, respectivamente, aos meses de julho e setembro de 2016, questionados no pedido de diligência, e que foram considerados nesse levantamento fiscal.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 05 (cinco) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.

O contribuinte, na inicial defensiva e nas suas intervenções posteriores no processo, suscitou nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa e ausência de elementos que comprovassem as imputações fiscais.

Todavia, consta nos autos documentos que comprovam o regular início do procedimento fiscal e a sua conclusão: Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, acostado à fl. 009, peça que foi encaminhada ao contribuinte, via sistema DT-e (Domicílio Tributário Eletrônico), registrado sob o nº 131649, emissão em 14/09/19, com a correspondente ciência ao autuado em 17/06/2019. Consta ainda, Termo de Intimação para esclarecimento do procedimento fiscalizatório também enviado pelo DT-e, registro nº 131648 (doc. fl. 10) e Termo de Apresentação Livros e/ou Documentos (fl. 12), documento utilizado para recebimento de livros e documentos. Ainda: o preposto da empresa, sr. Kleber Santos de Oliveira, procedeu à entrega, no dia 27/06/19, dos seguintes documentos à repartição fiscal, para fins do início do procedimento fiscalizatório: notas fiscais de entrada, notas fiscais de saídas, livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e GNRE. Portanto, está fartamente documentado o início do procedimento fiscal, não se sustentando a alegação defensiva de vício do Auto de Infração, por ausência dos termos deflagradores desse procedimento.

Da mesma forma, restou demonstrado que as exigências fiscais que foram contestadas, infrações 01 e 02, decorreram de completação das ações fiscais que resultaram da exigência fiscal através do Auto de Infração nº 281231.0004/19-0, (item 01). Juntada planilha demonstrativa dessa ocorrência. Quanto à Infração 02, a cobrança decorreu de utilização indevida de crédito fiscal, lançada a título ajuste de crédito, com o aumento indevido dos valores a que a empresa fazia jus. Em decorrência da atual sistemática adotada pela SEFAZ-Ba, de desmembramento dos Autos de Infração, na mesma ação fiscal, a exigência relacionada ao pagamento incorreto da antecipação parcial foi feito através de outro Auto de Infração, nº 281231.0011/19-7. Anexado também pelo autuante, cópia de pesquisa ao sistema INC, onde consta os valores de R\$717,57 e R\$907.53, relacionados, respectivamente, aos meses de julho e setembro de 2016, questionados no pedido de diligência, e que foram considerados nesse levantamento fiscal.

Portanto, para as duas infrações questionadas, não houve cerceamento ao direito de defesa, nem mesmo ausência de elementos probantes de suas ocorrências, visto que na mesma ação fiscal, foram lavrados mais dois Autos de Infração, para a cobrança do imposto das mercadorias não enquadrados no regime da ST (infração 01), além da cobrança do ICMS-antecipação parcial, que ensejou a estorno de crédito apropriado em razão do não recolhimento do tributo (infração 02)

No mérito, cabe inicialmente destacar que o contribuinte não impugnou as infrações 03, 04, e 05, razão pela qual as mesmas devem ser mantidas, visto não existirem vícios que as inquine de nulidade, e por estarem as mesmas respaldadas em farta prova documental juntada à peça acusatória.

No tocante ao item 01 do A.I., a exclusão do produto “KIT de Feijoadá”, foi realizada pelo autuante de forma acertada, por se tratar de mercadoria não enquadrada no regime da ST, cuja tributação deve ser exigida na saída. Portanto, os créditos nas aquisições dos produtos utilizados na sua constituição devem ser mantidos, ainda que envolvam itens com tributação reduzida ou tributados antecipadamente. Trata-se de novo produto, diverso dos elementos que o compõe. Remanesceu cobrança somente para o mês de abril de 2018, no importe de R\$1.641,20.

Em relação ao item 02, em que também houve o afastamento da nulidade requerida pela defesa, nos meses objeto da autuação, não ocorreu nenhum recolhimento do contribuinte a título de ICMS por antecipação parcial, conforme atesta o relatório de pagamentos efetuados pelo sujeito passivo, extraídos do sistema corporativo de SEFAZ (INC – Informações do Contribuinte). Consta no referido extrato, juntado à fl. 100, os seguintes recolhimentos: **1) mês de referência: dez/2015 - valor principal: R\$1.133,55, pago em 25/01/16; 2) mês de referência: julho/2016 – valor principal: R\$717,57, pago em 25/08/16; 3) mês de referência: setembro/2016 – valor principal: R\$907,53, pago em 25/10/16.**

Essa cobrança decorreu da utilização indevida de crédito fiscal, lançada a título de ajuste de crédito pelo contribuinte, com o aumento indevido dos valores a que a empresa fazia jus. Os valores não recolhidos foram objeto de cobrança em outro Auto de Infração, nº 281231.0011/19-7, de forma que os créditos lançados sem base documental do pagamento devem ser estornados, como o foi neste Auto de Infração.

Isto posto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, ficando reduzido tão somente o débito da Infração nº 01, para o valor de R\$1.641,20, fato gerador do mês de abril de 2018.

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 **281231.0008/19-6**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.257,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “a” e inciso VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR