

A. I. Nº - 269358.0010/19-7
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 Nº 0114-02/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Infração elidida mediante comprovação de estorno do crédito tempestivamente e antes da lavratura do AI. Infração insubsistente. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO(S) FISCAL(IS). Infração reconhecida. **c)** 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. **a)** OPERAÇÕES DE SAIDAS REGISTRADAS NOS LIVROS FISCAIS. Infração reconhecida. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração elidida mediante comprovação de emissão de documento fiscal complementar. Infração insubsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS; e, **b)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Valores reduzidos em face de exclusão de NF-es mediante prova de retorno de mercadorias e NF-e com status “CANCELADA” nos ambientes da NF-e. Para as demais NF-es, 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 a verdade material em desfavor do Impugnante. Infrações parcialmente 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\$284.851,14, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – **01.02.02**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor: R\$56.775,02. Período: Julho 2015, Agosto a Outubro e Dezembro 2016. Enquadramento legal: Arts. 29, § 1º e 31, II e art. 53, III da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

Consta da descrição que o autuado se creditou de ICMS destacado em aquisição de materiais de uso e consumo, conforme assim classificado na sua EFD (Registro 0200). As operações constam discriminadas analiticamente no demonstrativo Anexo I, parte integrante do AI.

Infração 02 - 01.02.40 – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado

no(s) documento(s) fiscal(is). Valor: R\$36.473,80. Período: Janeiro e Maio 2015. 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 03 – 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\$10.322,55. Período: Dezembro 2014, Abril, Maio 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 04 – 02.01.02 – Deixou de recolher no prazo(s) regulamentar(es) ICMS referente operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor: R\$41.029,18. 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.

Consta da descrição que o autuado não registrou operação de saída interestadual de mercadoria tributável, conforme NF-e 43303, de 03/11/2016 – Demonstrativo Anexo IV, com cálculo analítico do ICMS devido.

Infração 05 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$398,87. Período: Março 2015. Enquadramento legal: Arts. 2º, I e 32 da Lei 7014/96 c/c art. 332, I do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Consta da descrição que o autuado praticou operação de saída bens em bonificação, doação ou brinde (CFOP 5.910), omitindo-se da tributação do ICMS correspondente, conforme analiticamente expostas no demonstrativo Anexo V.

Infração 06 – 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\$8.257,28. Período: Janeiro, Março, Maio a Novembro 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 acham discriminadas analiticamente no demonstrativo Anexo VI, que integra o presente AI.

Infração 07 – 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\$131.594,44. Período: Janeiro 2015 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 VI, que integra o presente AI.

O autuado apresentou a Defesa de fls. 109-132. Após reproduzir as infrações, reconhece integralmente as Infrações 01 e 04 e parcialmente a Infração 03, afirmando ter promovido recolhimento (Doc. 03, fl. 159-164).

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

No que pertine à Infração 01 (uso indevido de crédito fiscal em aquisição de material de uso e consumo), diz que, diferentemente da acusação fiscal, ao analisar o demonstrativo suporte percebeu que a exação decorreu de falta de exame integral da EFD, pois os supostos créditos apropriados foram estornados nas respectivas competências, conforme rubrica “003 Estorno de Créditos”, nos montantes inicialmente apropriados nos períodos 07/2015, 08/2016 a 10/2016 e

12/2016; estornos, ressalte-se, também informados na DMA e no SPED Fiscal da Impugnante (Doc. 04, fls. 165-170) e plotagens nas fls. 113-117, da peça de Defesa.

No item “3. DA SUPOSTA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL POR TER APLICADO ALÍQUOTA INTERESTADUAL INCORRETA (ITEM 03 DO AUTO DE INFRAÇÃO)” – Infração 03, sobre a acusação de ter se creditado de ICMS sob alíquota de 12% ao invés de 7%, diz que, com exceção da NF 762086, não pode prosperar em sua totalidade, pois se referem a operações de recebimento em devolução de mercadorias antes remetidas a destinatário situado em São Paulo, conforme atestam as NFs e respectivas Cartas de Correção promovendo a correção do CFOP aplicável (6.209 – Doc. 05, fls. 171-188).

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.

No item “4. DA COMPROVAÇÃO DA EXTINÇÃO INTEGRAL DO ICMS LANÇADO NA OPERAÇÃO COM CFOP 5910 – APONTADO COMO NÃO RECOLHIDO PELA FISCALIZAÇÃO (INFRAÇÃO 05), relativa a falta de recolhimento do ICMS, referente a operação tributável escriturada como não tributável (CFOP 5910), caracterizada por remessa em bonificação, doação ou brinde, não deve prevalecer, pois emitiu a NF 29871, para complementar o imposto devido pela NF 29957, conforme demonstrativo que elabora.

No item “5. DA SUPOSTA FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS (Infrações 06 e 07)”, 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”, pode 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. 07, fl.189).

Nesse sentido, afirma que a fiscalização nem se apercebeu que fez constar notas fiscais canceladas, como a NF nº 01, de 23/06/2016 (doc. 08, fls. 190-193), bem como o fato de algumas outras NFs são de operações interestaduais, 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, fls. 194-230).

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 (18 NFs), também relacionadas (doc. 10, fls. 231-256), 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. 09), o que também pode ser constatado em diligência fiscal, que requer.

No tópico “D) DA NECESSIDADE DE CANCELAMENTO DA MULTA IMPOSTA COMO FORMA DE REALIZAR OS PRINCÍPIOS 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 reponsabilidades 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, citando o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96 e reproduzindo 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 02 e 04, e parte da 03, cuja procedência reconheceu, homologação e consequente extinção dos créditos tributários devidamente recolhidos; b) improcedência das Infrações 01, 05, 06 e 07, bem como da parte impugnada da Infração 03; c) realização de diligência fiscal para a constatação dos fatos que alega.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 260-286. Após reproduzir as infrações e resumir os argumentos defensivos passa a responde-los:

Infração 01

O argumento defensivo é que já anulara o efeito do crédito indevido autuado pelo estorno dos créditos respectivos na conta gráfica do ICMS. Informa ser procedente o argumento, pois constatou o estorno dos créditos objeto da infração nos próprios meses de competência, de modo que opina pela exclusão da infração.

Quanto à parte impugnada da Infração 03, inicialmente registra que as operações originais citadas pelo Impugnante foram registradas no destino com o CFOP 2151 (Compras para industrialização) e, mesmo com as cartas de correção na EFD consta o registro errado.

Sem embargo, exceto para NF-e 762086, existem cartas de correção consignando o CFOP 6209 em substituição ao CFOP 6152 e a prevalecer tal argumento, todas as demais NFS-e mencionadas, quais sejam, 15.071, 15.072, 16.204, 16.205, 16.206, 16.485 e 16.578, o crédito sob a alíquota de 12% estaria correto, já que assim ocorrera a tributação na operação de origem. Contudo, fala que analisando as cartas de correção (evento de NF-e – fls. 171-186), constatou que a única NF-e em

que é possível comprovar a autenticidade da carta de correção do CFOP 6152 para 6209 é a NF-e 16.578 (fl. 181), uma vez não ser possível visualizar a carta de correção nos ambientes apropriados (SEFAZ-BA e SEFAZ-SP, Ambiente Nacional da NF-e). Aduzindo que para as demais NFs-e, cujas Chaves de Acesso demonstra, não há registro, excluindo apenas a NF-e 762086, mantém a autuação.

Infração 05

Confirma que o estabelecimento autuado emitiu a NF-e 29.957 em 30/03/2015, não destacando ICMS, mas mencionando no campo das informações complementares que se trata de complemento de valor relativo à NF 29.871, de 25/03/2015, para evidenciar que a tributação integral da operação ocorrera no primeiro documento emitido e observando as NFs-e em conjunto com os lançamentos no LRS (fls. 187-188) constatou não ter havido tributação a menos na operação objeto da autuação e demonstrada no Anexo V, razão por que considera a infração elidida.

Infrações 06 e 07 – 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. 10, 11 e 94/103), 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 e constantes do Anexo VI.

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 tomar pertinentes medidas contra indevidas emissões dos documentos.

Argumenta não tratar 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, excetuando a NF-e 1 que exclui do lançamento, estão com *status* de “AUTORIZADA” no ambiente nacional na NF-e.

Afirma ser irrelevante o argumento defensivo que algumas das NFs-e sequer estão vinculadas a CT-e e que a falta de registro de passagem em postos fiscais também não infirma a operação, pois isso 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 UF's e que, em face de mudança de paradigma da fiscalização para mercadorias em trânsito, teve a eficácia reduzida e acolhe a exclusão das NF-es 199137, 5694 e 1558188 (fls. 231-257) em face de CT-es de retorno.

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: i.) Improcedência da Infração 01; ii) Procedência das Infrações 02 e 04 - reconhecidas; iii) Improcedência da Infração 03, apenas quanto à NF 16.578; iv) Improcedência da Infração 05; 6) Improcedência das Infrações 06 e 07, quanto às NF-es 1, 199137, 5694 e 155188.

Intimado para ciência da Informação Fiscal, a Impugnante retorna aos autos às fls. 289-308. Após resumir o anterior curso dos autos fala que mesmo que o lançamento tenha sido revisto parcialmente, o autuante mantém, equivocadamente, as infrações 03, 06 e 07, o que passa a combater.

Para a Infração 03, plotando extratos de consulta ao ambiente nacional da NF-e, diz que a afirmação de inexistência das NF-es e cartas de correções citadas, decorre do fato de que as chaves de acesso expostas pelo autuante divergem das registradas nos ambientes eletrônicos.

Infrações 06 e 07

Repetindo as alegações defensivas apresentadas na Impugnação (inclusive os demonstrativos plotados), aduz que a capitulação legal da multa culminada não se confunde com a simples emissão de NF por terceiro endereçada à empresa ou a saída do produto do estabelecimento remetente; insubsistência da posição do autuante sobre os controles fiscais gerenciais da empresa, bem como sobre a impossibilidade de realização de diligência porque o PAF já dispõe dos elementos necessário à sua compreensão e deslinde, pois confrontam o princípio da verdade material.

Dizendo ter analisado a manifestação do autuado, à fl. 340 o autuante reitera o teor da Informação Fiscal de fls. 260-286 e opina pelo indeferimento do pedido de diligência fiscal.

Às fls. 342-345 constam relatório e detalhamento de pagamentos relacionados ao PAF.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$84.851,14, acusando o cometimento de 07 (sete) 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. 106-108, 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. 06-104 e CD de fl. 105); 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 expresse reconhecimento do cometimento, as infrações 02 e 04 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. 09-104 e CD constante na fl. 105), cujas planilhas identifica: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CFOP, vlr 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 01 – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento

Embora reconhecendo que, de fato, os valores autuados se referem a crédito destacado em documentos fiscais relativos a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, a alegação defensiva é que todos os valores autuados foram estornados dentro dos períodos de competência, fato que o autuante, expressamente diz ter confirmado ao revisar o procedimento fiscal revisitando sua base de dados, especialmente a apuração mensal (conta gráfica) do contribuinte.

Considerando ser esta uma questão de fato, cuja apreciação de fundo caracteriza a atividade fiscal que, somente quando nela constatada descumprimento de obrigação tributária deve resultar em lançamento tributário, tendo em vista a constatada inexistência da acusação fiscal pelo próprio autor do feito, tenho a infração como insubsistente.

Infração 03 – Uso indevido de crédito fiscal em decorrência de destaque a mais no(s) documento(s) fiscal(is)

A acusação tem suporte no demonstrativo de fls. 27-31, relacionando as NF-es 15.071, 15.072, 762086, 16.204, 16.205, 16.206, 15.578 e 16.485 (fls. 32-48). Essas NF-es possuem CFOP 2.151 - Transferência para industrialização ou produção rural, código em se classificam as entradas de mercadorias recebidas em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa situado em São Paulo, para serem utilizadas em processo de industrialização ou produção rural, operações com destaque de ICMS sob a alíquota 7%.

Contra a acusação, aportando aos autos os DANFE`s de NF-es de mesma numeração das NFs autuadas (fls. 171-188), exceto para a NF 762086 que foi cancelada, a alegação defensiva é que as demais são de operações com CFOP 6.209 - Devolução de mercadoria recebida em transferência para comercialização, em que se classificam as devoluções de mercadorias recebidas em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa, para serem comercializadas, procedentes de outro estabelecimento do autuado em São Paulo, anteriormente remetidas, mas que equivocadamente contêm o CFOP 6.152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, o qual classifica operações com mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização, comercialização ou para utilização na prestação de serviços e que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, transferidas para outro estabelecimento da mesma empresa. Aduziu que esse equívoco foi regularizado com os eventos NF-e “Carta de Correção” juntadas aos DANFE`s apresentados (fls. 171-188) e, por acobertarem retorno de mercadorias antes tributadas com alíquota de 12% por saídas da Bahia para São Paulo, em retorno de São Paulo, correto é o destaque de ICMS sob alíquota de 12% e correto estaria o

creditamento operado.

Na Informação Fiscal (fls. 278-279) exceto para NF-e 762086, que consta com status “CANCELADA” nos ambientes da NF-e, cujo crédito indevido foi reconhecido e pago pela Impugnante (R\$15,23) e da NF-e 16.578, cuja Chave de Acesso identificou a “Carta de Correção” nos ambientes da NF-e, por isso a excluiu da exação, o autuante manteve a exação para as demais, por não identificar nem as NF-es objeto da autuação com as Chaves de Acesso constantes das NFs, nem as “Cartas de Correção” relacionadas às NFs expostas no demonstrativo da infração e que aportou às fls. 32-48.

Quando da ciência da Informação Fiscal, plotando extratos de consulta ao ambiente nacional da NF-e das NF-es com mesma numeração das autuadas não identificadas pelo Autuante, como das respectivas “Cartas de Correção”, diz que a afirmação de inexistência das NF-es e “cartas de correções” citadas, decorre do fato de que as chaves de acesso expostas pelo Autuante divergem das registradas nos ambientes eletrônicos.

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.

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, nem sempre coincidem em: a) Chave de acesso (ex: NF 15.071 autuação – fl. 32 x : 3515 1233163908008311550020000150711848363201 X 35-1511-33.163.908/0083-11-55-002-0000.015.071-184.836.320-8; b) Valor (R\$54.755,57 X R\$54.755,57); c) Data de emissão (02/12/2015 X 23/11/2015); e d) CFOP (2151 - Compras para industrialização X 5.905 - Remessa para depósito fechado ou armazém geral).

Por exemplo, 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 1233163908008311550020000150711848363201, 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 15.071 com a Chave de Acesso 35-1511-33.163.908/0083-11-55-002-0000.015.071-184.836.320-8, como a carta de correção como evento a ela vinculado sob protocolo 135150760893650, cuja emissão foi autorizada em 04/12/2015 às 11:34:01 hs.

Considerando que os elementos de prova aportados pela Impugnante tiveram 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, mantendo apenas a exação pela NF-e 762086, cujo status é de “CANCELADA” nos ambientes da NF-e, excluindo as demais, de modo que a ocorrência de 31/12/2015 passa de R\$3.230,69 para **R\$15,28**.

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 05 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis

Tem suporte no demonstrativo de fl. 53 e acusa falta de recolhimento do ICMS, referente a operação tributável escriturada como não tributável (CFOP 5910), caracterizada por remessa em bonificação, doação ou brinde.

A Impugnante alega não prosperar, pois emitiu a NF 29871, para complementar o imposto devido pela NF 29957, conforme demonstrativo que elabora.

Por sua vez, por ocasião da Informação Fiscal, o autuante confirma que o estabelecimento

autuado emitiu a NF-e 29.957 em 30/03/2015, não destacando ICMS, mas mencionando no campo das informações complementares que se trata de complemento de valor relativo à NF 29.871, de 25/03/2015, para evidenciar que a tributação integral da operação ocorrera no primeiro documento emitido e observando as NFs-e em conjunto com os lançamentos no LRS (fls. 187-188), constatou não ter havido tributação a menos na operação objeto da autuação e demonstrada no Anexo V, razão por que considera a infração elidida.

A exemplo da Infração 01, essa é uma questão de fato, cuja apreciação de fundo caracteriza a atividade fiscal que, somente quando nela constatada descumprimento de obrigação tributária deve resultar em lançamento tributário.

Tendo em vista a constatada inexistência da acusação fiscal pelo próprio autor do feito, tenho a infração como insubsistente.

Infrações 06 e 07 – Multa de 1% por falta de registro de NFs de entrada no LRE

Tem suporte nos demonstrativos de fls. 55-92.

Além do extenso argumento defensivo, do qual extrairemos alguns pontos para encaminhar o deslinde da questão, a Impugnante pediu exclusão de 18 (dezoito) NF-es dizendo conterem dois CT-es vinculados a cada uma delas (remessa e retorno), sendo que às fls. 231-256, Doc. 10, aportou elementos de prova para as NF-es 199137, 5694 e 1558188.

Pois bem. Para essas infrações, extraído-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 Secretarias 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 reponsabilidades 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, remanescendo 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 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, 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 norma 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 prescindida, 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, 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.

Sem embargo, das 18 NF-es listadas com pedido de exclusão, vê-se que por ocasião da Informação Fiscal, a Autoridade Fiscal excluiu das infrações as NF-es 1, por verificar o status de “CANCELADA” nos ambientes da NF-e e as NF-es 199137, 5694 e 1558188, em vista dos elementos de prova apresentados pela Impugnante (Doc. 10). Ocorre que, visitando o ambiente nacional de NF-e, das 18 NF-es listadas na Impugnação, apenas para a NF-e com Chave Acesso 41140804313993000102550010000002011030000008, não constatei CT-e de retorno a ela vinculado, de modo que as demais NF-es devem ser excluídas das infrações, o que em benefício da celeridade processual, agora faço excluindo as NF-es 3415, 3418, 3419, 166250, 3674, 45383, 198205, 199862, 55039, 55451, 58000 e 208212, da Infração 06 e as NF-es 170394, 170427, 170399, da Infração 07, o que reduz as exações originais de R\$8.257,28 e R\$131.594,44 para R\$5.277,08 e R\$131.097,57, respectivamente.

Consequentemente, tenho as infrações 06 e 07 como parcialmente subsistentes, com os seguintes demonstrativos de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
Infração 06					
31/01/2015	09/02/2015	399,57		1%	4,00
31/03/2015	09/04/2015	1.080,00		1%	10,80
31/05/2015	09/06/2015	64,00		1%	0,64
30/06/2015	09/07/2015	17.475,00		1%	174,75
31/07/2015	09/08/2015	3.541,00		1%	35,41
31/08/2015	09/09/2015	11.021,21		1%	110,21
30/09/2015	09/10/2015	75,00		1%	0,75
31/10/2015	09/11/2015	4.134,00		1%	41,34
30/11/2015	09/12/2015	5.248,80		1%	52,49
31/12/2015	09/01/2016	161,00		1%	1,61
31/01/2016	09/02/2016	965,00		1%	9,65
29/02/2016	09/03/2016	264,00		1%	2,64
31/03/2016	09/04/2016	10.546,00		1%	105,46
30/04/2016	09/05/2016	40.078,00		1%	400,78
30/06/2016	09/07/2016	11,66		1%	0,12
31/07/2016	09/08/2016	45.291,79		1%	452,92
31/08/2016	09/09/2016	382.797,00		1%	3.827,97
30/09/2016	09/10/2016	343,00		1%	3,43
31/10/2016	09/11/2016	129,69		1%	1,30
30/11/2016	09/12/2016	1.389,00		1%	13,89
31/12/2016	09/01/2017	2.693,00		1%	26,93
Total da Infração					5.277,09

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
Infração 07					
31/01/2015	09/02/2015	1.560.262,00		1%	15.602,62
28/02/2015	09/03/2015	343.174,98		1%	3.431,75
31/03/2015	09/04/2015	457.327,00		1%	4.573,27
30/04/2015	09/05/2015	112.830,00		1%	1.128,30
31/05/2015	09/06/2015	1.782.799,00		1%	17.827,99
30/06/2015	09/07/2015	1.985.225,00		1%	19.852,25
31/07/2015	09/08/2015	1.594.792,00		1%	15.947,92
31/08/2015	09/09/2015	686.116,00		1%	6.861,16
30/09/2015	09/10/2015	773.649,00		1%	7.736,49
31/10/2015	09/11/2015	683.656,00		1%	6.836,56
30/11/2015	09/12/2015	359.101,00		1%	3.591,01
31/12/2015	09/01/2016	115.194,00		1%	1.151,94
31/01/2016	09/02/2016	168.897,00		1%	1.688,97
29/02/2016	09/03/2016	24.016,00		1%	240,16
31/03/2016	09/04/2016	40.002,52		1%	400,03
30/04/2016	09/05/2016	100.169,00		1%	1001,69
31/05/2016	09/06/2016	211.559,00		1%	2.115,59
30/06/2016	09/07/2016	39.113,26		1%	391,13
31/07/2016	09/08/2016	365.025,00		1%	3.650,25
31/08/2016	09/09/2016	30.318,00		1%	303,18
30/09/2016	09/10/2016	324.548,00		1%	3.245,48
31/10/2016	09/11/2016				5.552,85
30/11/2016	09/12/2016	6.121,55		60%	3.672,93
31/12/2016	09/01/2017	7.156,75		60%	4.294,05
Total da Infração					131.097,57

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 parcialmente subsistentes.

Por todo o exposto, voto pela 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 **269358.0010/19-7**, lavrado contra **BARRY CALLEBOUT BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$77.518,26**, acrescido das multas de 60% sobre R\$36.489,08, e de 100% sobre R\$41.029,18, 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\$136.374,66**, 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, 19 de junho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR