

A. I. Nº - 206958.0006/18-0
AUTUADA - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12.04.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-05/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Os arquivos eletrônicos que subsidiaram o lançamento de ofício apontaram elementos instrutórios com dados suficientes para caracterizar a infração. Todavia, parte das operações estava sob isenção, conforme demonstrado pelo impugnante, que contou com a aceitação do autuante após acertos quantitativos. Rejeitadas as preliminares de nulidade, em face de erro do local da autuação, falta de discriminação das notas fiscais, emitentes e valores, não recebimento do termo de início de fiscalização, formato inadequado das memórias de cálculo, inclusão na cobrança de operações já tributadas em fases anteriores e inclusão na cobrança de operações “intributáveis”. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Vale preambularmente salientar, que foram adotadas para confecção deste relatório, as premissas estipuladas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, mormente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais.

O presente Auto de Infração, lavrado em 14/09/2018, montou o valor nominal total de R\$475.535,38, afora penalidades, e, detalhadamente, contém as seguintes exigências:

Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$475.535,40, relativo às saídas de produtos tributados como não tributados, ocorrentes em todos os meses do período fiscalizado, identificadas, tais saídas, nos documentos de CUPOM FISCAL, NOTA FISCAL, NOTA FISCAL ELETRÔNICA E NOTA FISCAL DE CONSUMIDOS ELETRÔNICA, gerados a partir dos arquivos SIAF_04259757000589 gerados pela SEFAZ/DPF/GEAFI, todos emitidos pela empresa, tudo conforme o demonstrativo próprio, anexo. Esclarecemos que todos os dados foram obtidos nas EFDs, através dos arquivos EFD_Itens Saída ICMS 2016 e 2017 gerados pelo sistema SIAF, por linha analítica de item, com vínculo à chave de acesso de cada documento, e diretamente das NFC-e recebidas, não havendo a tributação pertinente nos casos arrolados neste demonstrativo. Registre-se ainda que os arquivos EFD agrupam os itens comercializados por cupom fiscal por totais mensais, demonstrando os valores da comercialização e da tributação distintamente. Estes demonstrativos estão gravados na mídia cd que integra o presente auto de infração. No corpo do auto estão apenas as fls. inicial e final de cada demonstrativo, por economia de papel e impressão, vez que adicionaria milhares de fls. talvez inocuamente.

E como complemento:

Infração 01 – 02.01.03:

Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O lançamento abrange os fatos geradores atinentes aos meses de janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017.

Deu-se o enquadramento legal pelos arts. 2º, I, e 32, ambos da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 332, I, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei atrás mencionada.

Autuante anexa, dentre outros documentos, intimações para apresentação de informações em meio magnético (fl. 06), excertos do demonstrativo das saídas tributadas como não tributadas (fls. 07/08), termo de entrega de mídia (fl. 10) e CD contendo arquivos na forma digital (fl. 12).

Ciente do lançamento em 21.9.2018, o contribuinte apresenta impugnação (fls. 17/32) em 19.11.2018, com registro no sistema de protocolo (fl. 16).

Sinteticamente, em sede preliminar, alega o contribuinte que o auto de infração deveria ser lavrado no estabelecimento autuado e que faltou discriminação das notas fiscais e respectivos valores e emitentes.

No mérito, retruca não ter sido atentado o princípio da não cumulatividade, redução da multa para 2%, inclusive porque a aplicada é confiscatória, carência das provas produzidas, além da autuação não ter considerado operações desoneradas do ICMS.

Postula, ao final, cancelamento *in totum* do auto de infração.

Apenso à defesa, entre outros elementos, mídia digital (fl. 33) e prova de representação legal (fls. 34/35).

Em suas informações fiscais (fls. 38/40), o preposto fiscal rebate as ponderações defensivas, aceitando apenas retirar do levantamento as operações não sujeitas à tributação, o que fez diminuir a cobrança para R\$474.121,08, sendo elaborada nova planilha, trazida em excertos em mídia física (fls. 41/42) e agregada ao CD juntado quando da lavratura do auto de infração (fl. 12).

Deste informativo teve ciência o sujeito passivo (fl. 44), produzindo nova petição (fls. 47/48), apenas de fundo reiterativo.

Em virtude de haver algumas corrigendas processuais a serem efetuadas, decidiu este Colegiado converter o PAF em diligência para serem tomadas as providências abaixo transpostas:

I- Por parte do AUTUANTE:

- *Anexar ao PAF em mídia digital **separada** as informações fiscais e os novos demonstrativos que refletem o acolhimento de parte das alegações defensivas, disponibilizando ao setor de preparo uma cópia adicional para ser encaminhada ao contribuinte, caso tal disponibilização ainda não tenha sido feita.*

II- Por parte do SETOR DE PREPARO da unidade de origem:

- *Depois de adotadas tais providências, deve o contribuinte ser intimado para manifestar-se novamente no prazo regulamentar de 10 (dez) dias, acerca do demonstrativo referenciado no item anterior, fornecendo-se-lhe cópias dos termos de “devolução” de fl. 37, do termo de intimação contendo alusão ao multicitado demonstrativo refeito, do próprio demonstrativo refeito e das informações fiscais, destacando-se claramente tais documentos no AR respectivo, precisamente dentro do campo reservado para a declaração do conteúdo.*

Providências fiscalizatórias tomadas às fls. 57 a 59.

Manifesta-se o contribuinte em 25.9.2019 (fl. 62), desta feita arguindo nulidade dos termos e demonstrativos, não recebimento do termo de início de fiscalização, formato inadequado das memórias de cálculo (em PDF não editável), inclusão na cobrança de operações já tributadas em fases anteriores (a exemplo de bebidas alcoólicas, pilhas e bombons), inclusão na cobrança de operações “intributáveis” (sic; fl. 70), catalogadas no CFOP 5926, 5411 e 5949.

DANFes anexados como amostragem (fls. 80/86) e CD (fl. 95), entre outros documentos.

Nova diligência formalizada (fls. 101/102) no intuito de, à vista da manifestação inovadora defensiva, a auditoria prestar informações fiscais complementares.

Esta última ação processual veio aos autos (fls. 106/109), ocasião em que as novas razões defensivas foram acatadas parcialmente, reduzindo-se a cobrança para R\$407.967,84, após “limpeza” (sic; fl. 109) feitas nos itens.

Apensada revisão fiscal demonstrativa em meio magnético (fl. 114).

Em atenção ao art. 127, § 7º, do RPAF-BA, o contribuinte firma outro pronunciamento (fls. 120/124), aproveitando para dizer ou reiterar que: os demonstrativos estão em formato inadequado; perduram operações com tributação já encerrada, a exemplo de saídas de vinho, linguiça, bolo, lombo suíno, sobrecoxa de frango e empanado de frango “sadia 100g”; inclusão indevida das operações sob o CFOP 5949.

Sorteado o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

Considero suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

VOTO

Cabe apreciar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

Três dias antes do advento do prazo fatal, defesa foi ofertada dentro do lapso regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade.

Inexistem defeitos de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória é contador com poderes passados em procuração para assinar a contestação, consoante se extrai dos documentos de fls. 34 e 35.

Vamos às preliminares levantadas.

Alega-se nulidade do auto de infração, porque a sua lavratura deveria ter ocorrido no local do estabelecimento e não na repartição fazendária.

Ocorre, que inexistente impedimento para se efetuar o lançamento fora das dependências da autuada. Ao contrário, há previsão para assim se proceder, segundo art. 15, II, “a” do RPAF-BA. O que se exige, é que o contribuinte tome verdadeiramente ciência das razões acusatórias e tenha condições de produzir defesa, tal qual aconteceu neste PAF.

Dispõe a autuada da possibilidade de fazer o recolhimento do crédito tributário a qualquer momento, inclusive da multa, esta perdendo redução à medida em que a discussão administrativa avança de fase processual.

Pelo afastamento desta questão preliminar.

Alega-se também a nulidade, pelo caminho de faltar no processo discriminação das notas fiscais, emitentes e respectivos valores. Não é assim que se verifica nos autos. A mídia acostada à fl. 12 retrata muito bem todos os elementos informativos necessários para conhecimento das operações mercantis. Tal questão, por se confundir com o mérito será desdobrada adiante.

Pela improcedência também desta preliminar.

Outrossim, carece de fundamento a argumentação feita posteriormente, no libelo de fls. 120 a 124, alegando-se formato inadequado dos demonstrativos fiscais. Verifica-se constar no CD de fl. 114 arquivos em *excell* que bem delineiam as operações alcançadas pelo fisco, naquela altura já revisadas em função do acatamento parcial das alegações empresariais. Seu conteúdo se revela claro e inteligível, de compreensão plena e manipulação fácil para selecionar e filtrar os dados das notas fiscais.

Arguição preliminar igualmente afastada.

Destarte, com o saneamento feito nas diligências produzidas, fez-se respeitar neste PAF, o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranjo aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

No mérito, os argumentos esgrimidos pelo defendente são assaz abrangentes, sem uma contradita específica, acompanhada de comprovação consistente que traduza enfrentamento real dos

motivos da cobrança.

Vamos agora a eles.

Como disse o autuante, o direito ao crédito fiscal foi respeitado, e sua compensação está de acordo com a escrituração efetuada pelo sujeito passivo. Logo, o mecanismo da não cumulatividade foi observado.

Sobre a carência de provas produzidas, nota-se exatamente o oposto no compulsar do processo. Os arquivos eletrônicos que acompanharam o auto de infração apontam elementos instrutórios com dados suficientes para reconhecer o que se está exigindo da defendente. Neles constam planilhas em que se vê número do documento fiscal, data de expedição, descrição do item, código respectivo, valor do cupom fiscal e imposto não debitado, dados extraídos da escrituração fiscal digital oficial e que não foram contestados fundamentadamente pela empresa. As demais ponderações ofertadas debaixo deste tópico não guardam a menor correlação com o que está sendo reclamado. Ponderações como omissão de saídas, levantamento de estoques, venda de mercadorias sem documentação fiscal, falhas de sistema, prova produzida ilicitamente e extratos bancários de terceiros aqui não têm o menor cabimento. Enfim, as operações comerciais estão sobejamente demonstradas nos levantamentos apensos em mídia digital, dos quais preferiu o contribuinte silenciar, mesmo tendo uma segunda oportunidade para fazê-lo.

Neste particular, o único ponto condizente com a lide é o fato do autuante ter considerado tributadas operações com produtos isentos, circunstância já retificada nos autos, o que fez cair o débito, num primeiro montante, para R\$474.121,08, quantia só questionada pelo estabelecimento autuado quando atravessou o manifesto de fls. 120 a 124, oportunidade em que houve ataques específicos para operações afetadas que, no seu entender, estavam com a tributação já encerrada.

A fiscalização dissecou os pontos defensivos ali agitados, de modo que sob esta ótica será feita a apreciação.

No tocante às bebidas quentes, a auditoria acolheu a tese defensiva, e retirou tais itens dos fatos geradores realizados de janeiro a setembro de 2016. Só restaram aquelas notas fiscais emitidas depois deste último mês, época em que tais produtos deixaram de ser tributados antecipadamente. A recalcitrância defensiva apontada à fl. 122 não pode prosperar, pois o fisco excluiu sim as operações com vinho, vodka, whisky e outras bebidas alcoólicas, só as mantendo naquele período em que o ICMS antecipado não mais passou a ser exigido.

Respeitante às “misturas para bolo”, também a auditoria concordou com a empresa, fatos imponíveis entre 10.11.2017 e 31.12.2017, retirando os valores da cobrança original.

No que atine ao “amendoim descascado Yoki 500g”, entendeu o fisco tratar-se de produto de origem vegetal, classificado na NCM 1202.42.00, sendo errada a alusão à NCM 2008.11.00, relativa a “preparações de produtos hortícolas”. Razão assiste à postulação fiscal, pois a NCM aplicável – 1202.42.00 – não está debaixo do regime da tributação antecipada.

Referente às pilhas, desde 2015, tais baterias não mais estavam na substituição tributária (ST), por força do Dec. 15.807/14. Mantida a cobrança pela via da tributação normal, sistema de débitos e créditos fiscais.

No que tange às “balas Dori”, estão elas posicionadas corretamente nas NCMs 1704.90.20 (com açúcar) e 2106.90.60 (sem açúcar) ambas não referenciadas no Anexo 1 do RICMS-BA. Exigência pertinente.

No que se reporta às transações sob o CFOP 5926, a auditoria acabou acatando as arguições da impugnante, e retirou do recálculo da dívida constituída.

No que toca às operações marcadas pelo CFOP 5949, a título de outras saídas, não há provas de que as mercadorias ali acobertadas foram tiradas de circulação para serem usadas internamente, apesar da autuada ter algumas oportunidades processuais de apresentar evidências neste sentido. De acordo com a exclusão dos itens “filme pvc”, “strecht manual” e “embalagem a vácuo”,

nitidamente destinados a acondicionamento, sendo retirados da infração.

Os demais produtos referenciados na última manifestação defensiva, não guardam correlação com o valor reclamado.

Com a redução inicial, mais as exclusões procedidas depois da segunda revisão fiscal, o valor exigível caiu para R\$407.967,84, montante que não contou com a contestação numérica da parte da defendente. **A procedência parcial irá neste sentido.**

Sobre a confiscatoriedade da multa, a cobrança seguiu os ditames previstos no art. 42, II, “a” da Lei Instituidora do ICMS, não sendo permitido a este Colegiado examinar arguições de inconstitucionalidade, consoante determina o art. 167, I do RPAF-BA. Inexiste parâmetro legal para limitar a multa máxima ao lucro auferido pela pessoa jurídica. Tal barreira, só poderia ser imaginada no âmbito do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Isto posto, julgo **PROCEDENTE EM PARTE** o presente auto de infração, no montante de R\$407.967,84, mais multa de 60%.

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 **206958.0006/18-0**, 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\$407.967,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR