

A. I. N° - 278987.0002/15-2
AUTUADO - OUTSPAN BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ALMIR DE SANTANA ASSIS
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/04/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0039-03/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. MULTA. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Infrações reconhecidas. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O sujeito passivo logra êxito em elidir a autuação, uma vez comprovado por meio de diligência, realizada por Auditor estranho ao feito, a efetiva exportação das mercadorias arroladas no levantamento fiscal. Infração 03 Insubsistente. **b)** FALTA DE RETENÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. VENDAS REALIZADAS DENTRO DO ESTADO. Restou comprovado nos autos, mediante diligência, que as mercadorias objeto da autuação não foram internalizadas e sim exportadas. Infração 04 insubsistente. **c)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. ATIVO FIXO. O sujeito passivo logra êxito em elidir parcialmente a autuação. Demonstrado em sede de diligência, que o sujeito passivo aplicou a redução da base de cálculo conforme prevista no Convênio ICMS 52/91. Infração parcialmente subsistente. Rejeita a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/09/2015, exige o imposto e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$1.023.698,54, através das seguintes infrações:

Infração 01 - 16.01.01. Entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a agosto e novembro de 2013, fevereiro, março, junho a dezembro de 2014. Exigida multa de 10% sobre o valor das mercadorias no montante de R\$25.321,98;

Infração 02 - 16.01.02. Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a maio, julho a outubro e dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014. Exigida multa de 1% sobre o valor das mercadorias no montante de R\$6.414,85;

Infração 03 - 02.01.03. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de março a maio de 2014. Exigido o valor de R\$337.653,51, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 07.02.03. Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de março a maio de 2014. Exigido o valor de R\$33.765,35, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - 06.01.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de dezembro de 2012, janeiro a maio, julho a novembro de 2013, janeiro, fevereiro, abril, junho, outubro e dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$620.542,85, acrescido da multa de 60%.

O Autuado apresenta peça defensiva às fls. 80 a 98. Depois de observar sua tempestividade, impugna o lançamento alinhando suas razões de defesa a seguir sintetizadas.

Declara que as Infrações 01 e 02 não serão impugnadas, ocasião em que requer a juntada das respectivas provas de pagamento.

Em relação as três demais infrações, assinala que a fiscalização que resultou nas acusações fiscais em questão foi exercida com deficiência.

Registra que é de 90 noventa dias o prazo para encerramento de Fiscalização (§1º, do art. 28, do RPAF-BA/99). Menciona que, em razão de estar se aproximando o término de seu prazo, o Autuante entrou em contato pela primeira vez em 13/09/2015.

Afirma que em 20/09/2015, requereu prazo para apresentação do considerável volume de documentos solicitado (e ora anexos), o que lhe foi negado. Informou que o Autuante consignou que no dia 30/09/2015 teria de encerrar a ação fiscal, razão pela qual apressadamente lavrou já em 26/09/2015 o Auto de Infração combatido.

Explica que o primeiro contato empreendido pelo Autuante ocorreu em 13/09/2015, isto é, faltando apenas dezessete dos noventa dias de que se dispunha. Além disso, observa que o Autuante sequer lhe concedeu os quatro dias restantes de prazo - entre 26/09 e 30/09 -, lavrando precipitadamente o termo de encerramento da ação fiscal (e o Auto de Infração) em 26/09/2015 - oc. 03.

Menciona que essa situação de coisas talvez explique, mas não justifique, o lançamento para itens cuja defesa demonstra a clara improcedência.

Declara ser sociedade empresária limitada que se dedica essencialmente ao “comércio nacional e internacional, importação e exportação de café, soja, algodão, entre outras *commodities*”. Observa que o instrumento societário (doc. 01) dá conta da abertura do estabelecimento filial objeto da ação fiscal, cuja atividade é a o cultivo de café.

Revela que por meio dos Itens 03 e 04 do Auto de Infração, o Autuante, respectivamente, ICMS próprio e ICMS-ST sobre operações de exportação, ignorando a imunidade ou isenção legal.

Na Infração 03, assinala que a autuação fiscal simples e erroneamente considerou como vendas internas - e, assim, tributadas a 17% - meras remessas do estabelecimento autuado para o porto de embarque visando exportações de café a granel, por isso sem débito de ICMS. Informa que junta demonstrativo fiscal que contém as Notas Fiscais equivocadamente autuadas, conforme quadro fl. 83.

Afirma que a documentação ora acostada, fls. 144 a 192 - doc. 04) prova que as mercadorias objeto de todas as notas fiscais autuadas foram efetivamente exportadas, via Porto de Itaguaí/RJ, tendo como adquirente jurídica a sociedade estrangeira “OLAM INTERNATIONAL LTDA.”

Esclarece que as Notas Fiscais autuadas se prestaram ao trânsito das mercadorias desde o armazém localizado neste Estado até o terminal portuário localizado no Estado do Rio de Janeiro para fins de exportação. Frisa que o Fisco ignorou essa circunstância patente, apesar de haver uma “Nota Fiscal Mãe” (de exportação, que se refere ao momento do embarque/desembarço aduaneiro) para cada uma das Notas Fiscais objeto do trabalho fiscal e junta à fl. 84, demonstração da estrutura física da operação.

Apensa aos autos um “jogo” de documentos para cada Nota Fiscal autuada (doc. 04). Cada qual

desses conjuntos de documentos comprova cabalmente as efetivas exportações realizadas nos moldes acima em relação a todas as operações autuadas, contendo os seguintes documentos, todos eles ignorados pela Fiscalização.

- Nota Fiscal de exportação;
- Nota Fiscal autuada;
- Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte;
- Comprovante de Exportação;
- Histórico de despacho aduaneiro (SISCOMEX);
- Extrato de declaração de despacho (SISCOMEX);
- Resumo do Extrato de Registro de Exportação;
- Conhecimento de Embarque;

Salienta que cabe analisar, exemplificativamente, os documentos (acima listados e que estão anexos para todas as Notas Fiscais) relativos à Nota Fiscal autuada nº 52 (38.720 kg de café a granel), a primeira do demonstrativo fiscal acima reproduzido.

Cita que, como todas as outras, essa Nota Fiscal dá suporte à remessa rodoviária do café cru em grão desde seu armazém em Barreiras-BA até o porto de Itaguaí-RJ, de onde as *commodities* seguem para Baltimore (Maryland, Estados Unidos).

Destaca que essa Nota Fiscal autuada, nº 52, como todas as demais, faz expressa menção:

- À Nota Fiscal de exportação que lhe corresponde;
- À “SEPETIBA TECON S/A”, administradora do Porto de Itaguaí/RJ
- À “TTC TECON S/A” empresa logística situada no Rio de Janeiro e encarregada do recebimento dos produtos destinados à exportação

Revela que, de fato, a Nota Fiscal nº 52 (simples remessa ao terminal portuário para fim de exportação) alude à Nota Fiscal nº 51 (anexa, esta, sim, de exportação): “SIMPLES REMESSA REF. NF 51”, e também às empresas de administração portuária e logística, acima referidas. Junta quadro da NF nº 52 (autuada), fl. 85. Prossegue mencionando que a Nota Fiscal nº 51 (de exportação), por sua vez, descreve tratar-se de “EXPORTAÇÃO DA PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO”, contendo exatamente a mesma quantidade e valores dos produtos constantes da Nota Fiscal indevidamente autuada, conforme quadro NF nº 51 (exportação), que junta fl. 86.

Ressalta que a Nota Fiscal de exportação menciona expressamente os dispositivos legais que dão conta da não incidência do ICMS: art. 32, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, e inciso II, do art. 3º da Lei nº 7.014/96.

Observa que o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte (vide doc. 04) correspondente a essa carga, emitido pela transportadora local (“TRASNVICON TRANSPORTE VITÓRIA DA CONQUISTA LTDA.”), relata exatamente os mesmos dados, conforme tela juntada à de fl. 86, que demonstra referir-se à “prestação de serviço de transporte” tendo como “DESTINATÁRIO: OLAM INTERNATIONAL LIMITED”, situada no “EXTERIOR”, tendo como recebedor a empresa de logística fluminense, situada na capital, Rio de Janeiro.

Revela que também o Resumo do Extrato de Registro de Exportação (doc. 04) retrata exatamente os dados da operação, fazendo constar o peso da carga (38,4 t), o importador jurídico (OLAM INTERNATIONAL - Singapura), o destino físico final (E.U.A.), etc., conforme demonstra a tela que junta à fl. 87. Diz que para finalizar a comprovação da efetiva exportação das mercadorias, acosta ainda Comprovante de Exportação e Extrato de Declaração de Despacho, fl. 144 a 191 - doc. 04, também).

Informa que os documentos e a perfeita demonstração das operações estão anexos (docs. 04 e 05) relativamente a todas as Notas Fiscais Autuadas, conforme fls. 87 e 88. Observa que os

documentos provam que o Autuante pretendeu indevidamente tributar operações de exportação, logo, operações sem incidência do ICMS, contrariamente aos termos expressos da Constituição da República e da legislação federal e estadual. Reproduz o inciso II, art. 155, da CF/88 e o art. 3º, da Lei Kandir.

Destaca que a própria lei estadual, atenta à regra que expressa a não incidência, veda de maneira taxativa a cobrança do ICMS também sobre operações intermediárias realizadas com o fim específico de exportação, nos termos do teor do art. 3º da Lei nº 7.014/96.

Sustenta que provadas as exportações, como no caso, é de rigor o cancelamento do crédito tributário, conforme vem reconhecendo este Conselho de Fazenda, a teor dos precedentes (doc. 06). Reproduz jurisprudências deste Conselho de Fazenda (A-0004-21/07 - AI nº 180462.0023/99-5; AI nº 299314.0001/06-7).

Observa que, sem dúvidas, o Item 03 do Auto de Infração impugnado é improcedente. Frisa que deve ser anulado, ou, no mínimo, deve ser em relação a ele determinada a baixa em diligência para que a Fiscalização constate a efetiva ocorrência das exportações, desconsideradas talvez por conta do apressado trabalho fiscal, e reconheça o seu equívoco, poupando, inclusive, um trabalho de conferência que poderia ser evitado a este Órgão Julgador.

Menciona que, no mínimo, na pior das hipóteses e que realmente não seria possível entender, qual seja, se não for reconhecido o que é evidente - que as mercadorias foram exportadas -, então o presente Item 03 deverá ser reduzido, aplicada a alíquota de 12% e não a de 17%, tendo em vista que o café - exportado - foi, embora para o fim exclusivo de exportação, remetido ao Estado do Rio de Janeiro.

Em relação à Infração 04, frisa que além do ICMS “próprio”, o Auto de Infração epigrafoado cobra também o ICMS-ST da Impugnante sobre essas mesmas operações de exportação, já tratadas no tópico anterior. Isso se demonstra a partir da descrição do item 4, bem como pelo demonstrativo correspondente (vide doc. 04), cuja tela de junta à fl. 91.

Observa que o Autuante aplicou a Margem de Valor Agregado (coluna “MVA”) sobre o valor das operações (coluna “VI. Item”), obtendo a base de cálculo do ICMS-Substituição (coluna “BC S. Trib.”) e, assim, o ICMS-Substituição (coluna “S. Trib.”)

Assinala que se tratando das mesmas Notas Fiscais objeto da Infração 03, e sendo certo que se referem elas a operações de exportação, não há falar em incidência do ICMS, seja em razão da operação própria, seja de operações alheias.

Frisa que tamanho foi o descuido do Autuante que há ainda outra e cumulativa razão de improcedência da Infração 04 do Auto de Infração, que exige o ICMS-ST.

Observa que o Auto de Infração reputou infringido o inciso II, art. 8º, da Lei Estadual nº 7.014/96 em combinação com o art. 289, do RICMS-BA/99.

Revela que todas as Notas Fiscais (vide doc. 04) autuadas contêm o NCM 09011110 “CAFÉ CRU NÃO TORRADO, NÃO DESCAFEINADO, EM GRÃO” (doc. 07.1), o qual não está e não estava em 2014 incluído no Anexo I do Regulamento (doc. 07.2), de modo que não há falar em imposição do ICMS-ST sobre essas saídas.

Observa que se poderia pensar é que o Autuante se confundiu e considerou que se deu saídas a “CAFÉ TORRADO OU MOÍDO”, mas nem isso faz sentido.

- Com efeito, já em 2014 a inclusão desse tipo de café (“torrado ou moído”) na lista do Anexo I do RICMS estava revogada (vide destaque do doc. 07.2, abaixo);
- Além disso, a MVA aplicável àquele NCM não era de 10% e sim de 23% nas operações internas. Inexplicavelmente, foi exatamente de 10% a MVA utilizada no Auto de Infração: ocorre que no Anexo I, do RICMS-BA/12, a única MVA de 10% é a que se aplica sobre produtos que (vide

destaque do doc. 07.2, abaixo) nada têm a ver com o café a granel exportado - produtos que, aliás, nada têm a ver com café nenhum, nem cru nem torrado e/ou moído, nem doce nem amargo. Transcreve o Anexo I, do RICMS/2014.

Acrescenta que, não bastasse o fato de tratar-se aqui de operações de exportação - o que já impede em absoluto a cobrança de ICMS, próprio e ST -, sequer os produtos a que deu saída constam do Anexo I, do RICMS-BA/12, e nem constavam em 2014 (quando das saídas).

Continua assinalando que se tem assim outro e não menos evidente equívoco que macula o Auto de Infração, cuja Infração 04, também não procede; ressalve-se também aqui que, caso assim entenda devido o Órgão Julgador, baixe-se então o feito em diligência destinada a apurar que as operações em questão não estão nem estavam em 2014 sujeitas ao ICMS-ST.

Em relação à Infração 05, assinala que lhe foi imputada a infringência ao inciso XV, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, c/c alínea “a”, do inciso III, do §4º, do art. 305, do RICMS-BA/12, pelo não pagamento de R\$620.542,85 de ICMS relativamente a diferencial de alíquotas, nos exercícios de 2012 e 2014.

No entanto, assinala que a acusação não procede.

Observa que a Fiscalização simplesmente ignorou a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91 e internalizada pelo RICMS-BA/12. Frisa que sem considerar que essa redução se aplicou sobre a larga maioria das operações autuadas, talvez por conta da mesma pressa em finalizar a fiscalização, o diferencial de alíquotas sobre o valor “cheio” das Notas Fiscais, sem observar a redução, ou seja, sem observar a lei.

Diz que para demonstrar o equívoco analiticamente, frisa que os valores em negrito nas colunas “BASE DE CÁLCULO D.D.A.” da planilha anexa contaram com reduções que foram ignoradas pelo Agente Fiscal. Cita como exemplo, um recorte da aba “AGO-2013”, conforme tela de fl. 94.

Destaca que, de fato, conforme se pode depreender do demonstrativo fiscal, o Fisco indevidamente calculou o diferencial sobre os valores totais das notas (coluna “TOTAL NOTA FISCAL”), em absoluto desacordo com as normas aplicáveis. Apresenta o cálculo fiscal relativamente a algumas das operações acima, que destaca (R\$ 87.000,00, R\$ 9.500,00, R\$ 627.000,00 e assim por diante), conforme tela demonstrativa à fl. 95.

Com o intuito de provar documentalmente o alegado, apresenta o exemplo (constante na supracitada NF de R\$627.000,00) de que as Notas Fiscais (doc. 08.2) autuadas continham a base devida - reduzida - expressa para a cobrança correta do diferencial de alíquotas, não se justificando, portanto, o procedimento fiscal, conforme tela de fl. 95.

Frisa que o Autuante, nesse exemplo, indevidamente calculou o D.D.A. sobre os R\$27.000,00 e não sobre a base de cálculo reduzida de R\$367.233,90, o que impõe seja reconhecida a nulidade ou improcedência ao menos parcial do Auto de Infração, após procedida à devida diligência.

Quanto à aplicabilidade da redução, sustenta que o equipamento em questão (NCM 84335990, cf. doc. 08.2) efetivamente consta do Anexo I, do Convênio (doc. 08.5) - conforme recorte do tal Anexo, à fl. 96.

Diz ser evidente que padece de nulidade insanável o trabalho fiscal quanto a esse item do Auto de Infração, também ele, com o devido respeito, formulado e construído de modo “atropelado”, claramente, muito provavelmente em razão de não se ter concedido prazo e de não se ter instaurado uma produtiva e preventiva troca de informações entre a fiscalização e o contribuinte.

Revela ainda que os débitos do diferencial de alíquotas entram normalmente no regime de conta corrente fiscal de débitos e créditos que compõem o saldo devedor ou credor do contribuinte. Assevera que regularmente os apurou e recolheu ao longo dos períodos próprios, segundo as disposições acima (Dec. Estadual e Convênio-ICMS), que permitem a redução de base de cálculo. Reproduz o teor do art. 305, do RICMS-BA/12.

Registra que todos os lançamentos a título de D.D.A., portanto, e conforme a anexa planilha (doc. 05) e os comprovantes de pagamento (doc. 08.3), foram recolhidos devidamente no âmbito de sua conta corrente fiscal. Registra que para efeitos de conferência dos dados da planilha anexa (doc. 08.1), acosta os comprovantes de pagamentos de ICMS (doc. 08.3) realizados em meio à sua regular apuração e que incluíram os – corretos - cálculos de diferencial de alíquota, bem como a sua escrita fiscal (doc. 08. 4), demonstrando a coerência de suas alegações e a sua boa-fé em prestar todas as informações.

Pondera que, caso não se reconheça nula ou improcedente a Infração 05 do Auto de Infração, deverá então o feito baixar em diligência para que se apure todas as reduções de base de cálculo ignoradas pela Fiscalização, bem assim a regularidade geral da apuração e dos pagamentos realizados, com as devidas retificações no Auto de Infração, se for o caso.

Assinala que o Órgão Julgador, na pior das hipóteses, haverá de convir que as infrações de que foi acusada ocorreram sem dolo ou qualquer má fé ou intuito evasivo, de modo que devem ser relevadas ou reduzidas as penalidades impostas.

Protesta pela sustentação oral da defesa, e resguarda para si o direito de apresentar quaisquer outras provas em direito admitidas. Quanto aos documentos ora carreados, atestam os Patronos, sob pena de responsabilidade pessoal, sua autenticidade. Ressalva que comprovará o pagamento das Infrações 01 e 02 do Auto de Infração.

Requer, por fim, que todas as intimações sejam realizadas pessoalmente, em nome da Impugnante e enviadas a seu endereço, bem como sejam intimados os seus advogados: Flávio de Haro Sanches, em Veirano Advogados, estabelecido na Av. Faria Lima, nº 3477, 16º andar, Itaim, São Paulo-SP, CEP 04538-133.

Conclui pugnando:

- pela anulação do Auto de Infração (exceto para as Infrações 01 e 02), tendo em vista, *data venia*, o inacabado trabalho fiscal, que não procedeu a quaisquer análises documentais e na prática não concedeu chance para a Impugnante apresentar esclarecimentos e/ou documentos;
- alternativamente, pelo cancelamento do Auto de Infração (exceto para as Infrações 01 e 02), em razão de tratarem as Infrações 03 e 04 de operações comprovadas de exportações e que constam à Infração 05 com reduções de base de cálculo, ignoradas pela Fiscalização;
- subsidiariamente, caso assim entenda este Órgão Julgador, seja o feito convertido em diligência, para o que a Impugnante desde já novamente disponibiliza seus livros/escrita fiscal e estabelecimento, a fim de que o Autuante analise os documentos e alegações ora trazidos, reconhecendo a improcedência das Infrações 03 a 05 do Auto de Infração, ou, se for o caso, retifique o Auto de Infração naquilo que entender cabível.

À fl. 288, o Impugnante colaciona comprovante do pagamento da exigência atinente à Infrações 01 e 02.

Na informação fiscal, fl. 306, o Autuante destaca que o contribuinte, aqui representado pelo seu procurador está sendo atendido na sua solicitação, neste Auto de Infração, pois afirma que fez as análises sugeridas pelo contribuinte e necessárias a elucidação das dúvidas por ventura existentes.

Destaca que quanto aos argumentos do item 5.1 da defesa, no tocante à Infração 03, no que diz respeito à isenção do ICMS sobre as exportações, informa que não se encontram qualquer exportação deste contribuinte no período fiscalizado de 10/2012 a 12/2014, conforme tela anexa, fl. 301.

Salienta que quanto aos argumentos do item 5.2 da defesa, no tocante à Infração 04, no que diz respeito à ST, afirma já que não houve exportação, a internalização ou comercialização da

mercadoria CAFÉ, esta tributação é devida.

Em relação às notas fiscais relacionadas nos memorandos de exportação, anexas a esta defesa, doc. 4, não foram alvo da autuação, as Notas Fiscais de nºs 51, 53, 60, 62, 64, 66, 70, 75 e 79.

Pontua que quanto aos argumentos do item 5.3 da defesa, no tocante à Infração 05, no diz respeito ao DIFAL com a aplicação do Convênio ICMS 52/91, solicita fornecimento da planilha anexa, com a disposição das notas fiscais, inserindo e/ou fornecendo nas mesmas as BASES DE CÁLCULOS REDUZIDAS, assim, como as cópias das notas fiscais e/ou DANFES. Esclarece que a EFD e/ou NFes encontradas nos arquivos magnéticos e/ou SPED, afirma que não foram encontradas nas bases de cálculos aludidas.

Finaliza concluindo pela Procedência do Auto de Infração.

Em manifestação do contribuinte, fls. 316 a 322, alinha os seguintes argumentos.

No tocante à Infração 03 revela que a Fiscalização aduz que não encontrou “nenhuma exportação deste contribuinte no período fiscalizado 10/2012 a 12/2012 (tela anexa).”

Destaca que a “tela anexa” à qual alude a Fiscalização é uma consulta ao sistema “MCEX” (“Módulo de Comércio Exterior”), feita com o CNPJ nº 07.028.528/0019-47. Ocorre que a Fiscalização utilizou o CNPJ de filial (final 0019-47), ao passo que todas as pessoas jurídicas operam no SISCOMEX com o CNPJ da matriz, no caso da autora, com final “0001-18”, sendo esse o “exportador” que consta do sistema, conforme tela de fl. 317.

Frisa que para o exemplo acima reproduzido a matriz consta como exportador, mas deixa claro que se refere ao estabelecimento 07.028.528/2019-47. Ademais, além da tela do MCEX, a fiscalização deveria ter levado em consideração toda a prova carreada aos autos.

Registra que uma consulta às bases de dados com as informações corretas deve mostrar as operações em questão, também no âmbito de sistemas disponíveis à Fiscalização.

Assevera ficar desfeito o mal-entendido quanto ao item 5.1”, comprovadas que estão as exportações.

Menciona que as notas fiscais aludidas, “não autuadas”, são exatamente as de exportação que se referem às de simples remessa.

Revela que a Fiscalização diz ainda que *“as notas fiscais relacionadas nos memorandos de exportação, anexas a esta defesa, Doc. 4, não foram alvo de nossa autuação. Ex: 51, 53, 60, 62, 64, 66, 70, 75 e 79...”*

Assinala que de fato não foram autuadas, já que essas são exatamente as notas fiscais de exportação.

Lembra que explicou detalhadamente na defesa e provou que, contrariamente aos termos expressos da própria Lei Estadual nº 7.014/96, a Fiscalização autuou notas fiscais de simples remessa a terminal portuário para fins de exportação. Essas notas fiscais aludidas pela Fiscalização e que “não foram alvo de nossa autuação” são as notas fiscais de exportação que correspondem a essas notas de simples remessa, essas, sim, indevidamente autuadas. Tudo em linha com a defesa apresentada.

Cita novamente como exemplo, a nota nº 51 é prova da exportação e alude à Nota Fiscal nº 52 (autuada).

Assinala que a Nota Fiscal nº 52 (simples remessa ao terminal portuário para fim de exportação) alude à Nota Fiscal nº 51 (anexa, esta, sim, de exportação): “SIMPLES REMESSA REF. NF 51”, e também às empresas de administração portuária e logística.

Destaca que a Nota Fiscal nº 51 (de exportação), por sua vez, descreve tratar-se de “EXPORTAÇÃO DA PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO”, contendo exatamente a mesma quantidade e valores dos

produtos constantes da Nota Fiscal indevidamente autuada pelo Senhor Fiscal de Rendas.

Registra que apresentou todos os “jogos” de notas fiscais assim dispostas, as de simples remessa (erradamente autuadas) e as de exportação, que àquelas aludem. Junta tela de fl. 320.

Assevera que as Notas Fiscais de nºs “51, 53, 60, 62, 64, 66, 70, 75 e 79...” são exatamente as notas de exportação, “Para desembaraço Aduaneiro junto à Alfândega”, conforme acima.

Observa ser claro, essas notas (de exportação) não foram autuadas, como não deveriam ter sido autuadas tampouco as notas de simples remessa para fins de exportação. Informa que tudo foi juntado e explicado para evitar dúvida e mal-entendido.

Assevera ter havido a exportação, nos termos provados, de forma que tampouco cabe a cobrança da Infração 04. Eis que são as mesmas notas fiscais objeto da Infração 03, e sendo certo que se referem elas a operações de exportação, não há falar em incidência do ICMS, seja em razão da operação própria, seja de operações alheias.

Lembra que, nos termos da impugnação, há ainda outra e cumulativa razão de improcedência da Infração 04 do Auto de Infração, que exige o ICMS-ST. Registra que todas as Notas Fiscais (vide doc. 04 da defesa) autuadas contêm o NCM 09011110 “CAFÉ CRU NÃO TORRADO, NÃO DESCAFEINADO, EM GRÃO” (doc. 07.1 da defesa), o qual não está e não estava em 2014 incluído no Anexo I do Regulamento (doc. 07.2 da defesa), de modo que não há falar em imposição do ICMS-ST sobre essas saídas.

Revela que, em relação à Infração 05, quando da fiscalização forneceu ao Autuante a planilha que demonstra que o “DIFAL” em questão foi calculado lícitamente sobre base de cálculo reduzida conforme autorização em Convênio ICMS. Explica que, por meio do e-mail anexo (doc. B), em 30/09/2015, consignou tais informações disposta em planilha rica em detalhes. Continua asseverando que também já juntou à defesa todos os documentos comprobatórios dos cálculos e provas de pagamento do “DIFAL” assim calculado (doc. 08.1 a 08.5 da defesa).

Prossegue destacando que, para não ficar sem atendimento a solicitação da Fiscalização, seguem mais uma vez tais documentos (doc. C), novamente solicitados, e que evitariam a manutenção de uma autuação claramente improcedente, que acarretaria, outrossim, em ônus de sucumbência para o Estado e seus contribuintes, caso necessário cancelamento na via judicial.

Conclui declarando que, tendo sido esclarecidas as dúvidas e afastadas as presunções constantes da informação fiscal, reitera todas as razões de defesa, requerendo o cancelamento de todos os itens remanescentes do Auto de Infração que, mais que nunca, claramente é a única medida possível.

O Autuante presta informação, fl. 356, inicialmente destacando que o Impugnante está sendo atendido em sua solicitação, pois realizou as análises sugeridas pelo contribuinte e necessárias a elucidação das dúvidas.

Observa que solicitou um CD “com os dados” da manifestação protocolada dia 01/08/2016 para apresentação de comprovantes de Exportação contendo as notas fiscais informadas como exportadas, questionada nas Infrações 03 e 04.

Anexa pesquisa de exportações com CNPJ raiz ou da matriz, com DDE, RE e NF das operações, sem identificação das notas que fazem parte das Infrações 03 e 04.

Quanto aos argumentos da Infração 05, no que diz respeito ao DIFAL, informa que os recolhimentos de DIFAL não foram recolhidos no código de receita de DIFAL e, sim no código 0791, já que não houve movimentação de mercadorias sujeitas a tributação.

Finaliza pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

Nas fls. 373/378, constam extratos e cópia do documento de recolhimento do débito exigido nas Infrações 01 e 02, reconhecidas.

Em pauta suplementar essa 3ª JJF, converte os autos em diligência, fl. 374, para que o Autuante examinasse a documentação apresentada pelo Impugnante relativa às Infrações 03 e 04, para verificar o efetivo cumprimento do quanto previsto nos artigos 408, 409 e 415 do RICMS-BA/12. E, caso restasse comprovado a adequação das operações de exportações que fossem procedidos as exclusões e os ajustes cabíveis e elaborados novos demonstrativos de débito.

O resultado da diligência foi apresentado por Auditor Fiscal designado às fls. 398 e 399, informando que, depois de examinar as comprovações carreadas aos autos pelo Defendente, constatou que as operações de exportações elencadas na Infração 03 ficaram comprovadas as exportações. Não sendo devido o imposto exigido nesse item da autuação. Com relação à Infração 04 explicou que são as mesmas notas fiscais e sendo que se referem a operações de exportações, não havendo que se falar em incidência do ICMS. Acrescentou destacando que todas as notas fiscais autuadas contêm o NCM 09.01.11.10 “Café Cru não Torrado, não Descafeinado em Grão”, o qual não está incluso no Anexo I, do RICMS-BA/12, de modo que não há que se falar em imposição do ICMS-ST sobre essas saídas. Conclui asseverando ser pertinente a alegação do Impugnante não sendo devido a cobrança do ICMS-ST.

À fl. 417, em nova diligência para que o Autuado fosse intimado a atender o pedido do Autuante, fl. 356, qual seja, o fornecimento de planilha com a disposição das notas fiscais inserindo e/ou fornecendo nas mesmas, as bases de cálculo reduzidas, assim como, as notas fiscais, uma vez que não foram encontradas nos arquivos magnéticos enviados à SEFAZ.

O Auditor Fiscal designado informou que o Autuado apresentou às fls. 218 a 285 e às fls. 315 a 353, planilhas mostrando os valores recolhidos e os valores a recolher que estão de acordo com as normas do Convênio ICMS nº 52/91, destacando que somente o recolhimento da DIFAL foi realizado com o código de receita errado.

Em nova diligência fiscal, fl. 475, foi solicitado que o Impugnante fosse intimado a apresentar um demonstrativo nos moldes do elaborado pelo Autuante explicitando para cada uma das operações a redução da base de cálculo, descrição da mercadoria, a destinação e a respectiva NCM constante no Anexo 1, do Convênio ICMS 52/91. E, caso atendida a solicitação pelo Defendente fosse verificado se as reduções de base cálculo estão de acordo com o preconizado no referido convênio e sendo cabível que fossem procedidos os ajustes cabíveis e elaborados novos demonstrativos de débito.

O Auditor Fiscal designado apresenta o resultado da diligência, fl. 479, e demonstrativo acostado à fl. 480, assinalando que o Impugnante, atendeu à solicitação, cuja cópia anexa às fls. 534 a 548.

Confirma que as operações cujas reduções de base de cálculo foram aplicadas pelo Autuado estão acobertadas pelo Anexo 1, do Convênio ICMS 52/91. Informa também que os a base de cálculo reduzida (17% interna - 7% origem) valores já pagos através da conta corrente e DAES da empresa. Frisa que a verdade é que a DIFAL deveria ser calculada de acordo com as cláusulas do Convênio ICMS 52/91, ou seja, $DIFAL = (5,60\% - 4,1\%)$ do valor dos produtos da nota fiscal, sendo 5,60%, a alíquota interna e 4,10%, a alíquota de origem sobre os valores totais dos produtos. Observa também que o Impugnante apresentou uma relação de notas fiscais que não foram recolhido o ICMS sobre a diferença de alíquotas, com isso informa efetuou novo demonstrativo de débito remanescente para esta infração no valor de R\$9.303,26, que acosta às fls. 480.

O Defendente se manifesta às fls. 553 a 556, reiterando suas alegações defensivas em relação às Infrações 03 e 04 pugnando pela improcedência desses itens da autuação e, com relação à Infração 05, requer a procedência parcial no valor de R\$9.303,26.

VOTO

De início, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em total consonância com a legislação de regência. As irregularidades apuradas afiguram-se devidamente demonstradas no levantamento fiscal, que serve de base ao

Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração da exigência fiscal se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

No que concerne à alegação da defesa, de que a autuação é nula, sob o argumento de que o trabalho fiscal foi inacabado, por entender que não foram realizadas quaisquer análises documentais e na prática não lhe concedeu chance para que apresentasse esclarecimentos e/ou documentos, verifico que não deve prosperar a alegação defensiva.

Observo que na fase em que se processa os trabalhos de fiscalização, ocasião em que ainda inexistia qualquer acusação formal contra o sujeito passivo, ou seja, ainda não se instalou o contraditório, a legislação de regência não institui qualquer obrigação formal para oitiva ou esclarecimentos do Contribuinte pelo agente fiscalizador. O que somente ocorre com a lavratura do Auto de Infração, momento em que é dada ciência da acusação e se inicia o contraditório abrindo-se o prazo de defesa para o Autuado se manifestar nos autos.

Assim, por entender que inexistia qualquer obrigatoriedade prevista na legislação para a intimação do sujeito passivo, para apresentação de esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração, rejeito a preliminar suscitada.

Não vislumbro também nos presentes autos, qualquer ofensa aos princípios regem o processo administrativo fiscal.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18 do RPAF-BA/99, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de cinco infrações à legislação baiana do ICMS, consoante discriminação pormenorizada no preâmbulo do relatório.

O Autuado reconheceu o cometimento das Infrações 01 e 02, e procedeu ao recolhimento da exigência atinente a esses dois itens da autuação, fls. 289 e 290. Assim, ante a inexistência de lide, são procedentes às Infrações 01 e 02.

A Infração 03 trata da falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em suas razões de defesa, o Autuado pugnou pela improcedência da autuação, sustentando que os documentos e a perfeita demonstração das operações estão anexados aos (docs. 04 e 05), relativamente a todas as Notas Fiscais Autuadas, conforme fls. 87 e 88. Observou que os documentos provam que o Autuante pretendeu indevidamente tributar operações de exportação, logo, operações sem incidência do ICMS, contrariamente aos termos expressos da Constituição da República e da legislação federal e estadual.

Registrou, que a própria lei estadual, atenta à regra que expressa a não incidência, veda de maneira taxativa a cobrança do ICMS também sobre operações intermediárias, realizadas com o fim específico de exportação, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreve.

Sustentou, que provadas as exportações, como no caso, é de rigor o cancelamento do crédito tributário, conforme vem reconhecendo este Conselho de Fazenda.

Ao proceder à informação fiscal, o Autuante manteve a autuação, frisando que não encontrou exportação alguma do Autuado no período fiscalizado.

Em manifestação à informação prestada pelo Autuante, o Defendente explicou que o Autuante, em sua pesquisa no Siscomex, utilizou o CNPJ de sua filial, a ora autuada, ao passo que todas as

peças jurídicas operam no Siscomex com o CNPJ da matriz. Apresentou tela do Siscomex, fl. 317, para demonstrar que, mesmo constando a matriz como exportador, resta claro, que a exportação se refere ao estabelecimento autuado de CNPJ 07.028.528/0019-47

Em diligência solicitada por essa 3ª JF, para verificar se as operações arroladas nesse item da autuação atenderam às exigências preconizadas pelos artigos 407, 408, 409 e 415 do RICMS-BA/12, o Auditor Fiscal designando, depois de examinar a documentação carreada aos autos pelo Defendente, informou expressamente, fl. 399, que restou comprovada a exportação das mercadorias constantes da Infração 03.

Ao compulsar as peças, constato que, de fato os exames realizados na documentação apresentada pela Defesa pelo Auditor Fiscal diligente, conforme expressamente revela à fl. 398, evidenciam que as mercadorias objeto da autuação foram exportadas. Assim, nos termos expendidos, acolho a conclusão da diligência de que é indevido o imposto exigido nesse item da autuação.

Nos termos expendidos, a Infração 03 resta descaracterizada.

A Infração 04 cuida da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Em sua Impugnação, o Defendente pugnou pela improcedência desse item da autuação, asseverando que a acusação fiscal se alicerça nas mesmas notas fiscais objeto da Infração 03, e se referem a operação de exportação. Sustentou também que o produto objeto da autuação não consta do Anexo I, do RICMS-BA/12, portanto é indevida a aplicação de MVA e que não há que se falar em imposição de ICMS-ST, sobre as saídas.

O Autuante manteve a autuação, explicou que a tributação é devida, uma vez que não houve exportação, logo ocorrera a internalização e a comercialização da mercadoria café.

Em diligência solicitada por essa 3ª JF, para verificar se as mercadorias arroladas nesse item da autuação foram exportadas, o Auditor Fiscal designando, depois de examinar a documentação carreada aos autos pelo Defendente, informou que são as mesmas notas fiscais arroladas na Infração 03 e se referem a exportação, não havendo que se falar em incidência de ICMS. Esclareceu ainda que se trata de mercadoria de NCM 09.01.11.10 - “Café Cru não Torrado, Não Descafeinado, em Grão”, não constante do Anexo I do RICMS-BA/99, não se submetendo a imposição do ICMS-ST, não sendo devida a exigência objeto da autuação.

Depois de examinar os elementos coligidos no contraditório que emergiu desse item da autuação, precipuamente o resultado da diligência realizada pelo Auditor Fiscal designado, verifico que assiste razão ao Impugnante, haja vista a sua conclusão de restar comprovado que as mercadorias objeto da autuação foram exportadas e, portanto, resta descaracterizada a exigência de ICMS-ST alvo da acusação fiscal.

Assim, pelo expendido, concluo pela insubsistência da Infração 04.

A Infração 05 imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

A matéria encontra-se embasada no inciso XV, do art. 4º da Lei 7.014/96, e no inciso III, §4º, do art. 305 do RICMS-BA/12, *in verbis*:

Lei nº 7.014/96:

“Art. 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao

seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.”

Regulamento do ICMS da Bahia/2012:

“Art. 305. No regime de conta corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

[...]

§4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

[...]

III – o valor correspondente à diferença de alíquotas: a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente.”

Em sede de impugnação, o defendente negou o cometimento da irregularidade apurada, e assinalou que a Fiscalização simplesmente ignorou a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91, e internalizada pelo RICMS-BA/12. Sustentou que sem considerar que essa redução se aplicou sobre a larga maioria das operações autuadas, talvez por conta da mesma pressa em finalizar a fiscalização, o diferencial de alíquotas sobre o valor “cheio” das Notas Fiscais, sem observar a redução, ou seja, sem observar a lei.

O Autuante manteve a autuação, asseverando que na EFD e/ou NFes constantes nos arquivos magnéticos e/ou SPED, afirmando que não foi encontrada a redução nas bases de cálculos aludidas.

Depois de diversas diligências solicitadas por essa JJF, o Auditor Fiscal designado, depois de intimar o Autuado a apresentar a identificação e discriminação das operações com redução de base de cálculo previstas no Convênio ICMS Nº 52/91, para cada uma das operações elencadas no demonstrativo de apuração elaborado pelo Autuante, constatou depois de examinar a planilha apresentada pelo Defendente que as operações cujas reduções de base de cálculos foram aplicadas pelo Autuado estão acobertadas pelos Anexos I e II, do Convênio ICMS 52/91 e elaborou um novo demonstrativo, acostado à fl. 480, contemplando as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que não tiveram o recolhimento do DIFAL efetuado pelo autuado. Remanescendo o débito no valor de R\$9.303,26.

O Autuado, intimado do resultado da diligência, informou que o preposto fiscal reconheceu a procedência de seus argumentos e acatou o saldo remanescente apurado no novo demonstrativo.

Depois de examinar as peças que constituem a acusação fiscal, e o contraditório instalado nos presentes autos em torno desse item da autuação, verifico que foram examinados e acolhidos os elementos de prova carreados pelo Impugnante, por diligente designado para aquilatar as provas trazidas aos atos pelo Defendente, que resultou na diminuição do valor originalmente lançado.

Acolho as conclusões do Auditor Fiscal designado prestadas no resultado da diligência, considerando a sua afirmativa, da constatação de que a quase totalidade das operações arroladas no levantamento fiscal, tiveram o diferencial de alíquota apurado em consonância com o previsto no Convênio ICMS 52/91, *in verbis*:

“Cláusula primeira Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

I - nas operações interestaduais:

a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 5,14% (cinco inteiros e catorze centésimos por cento);

b) nas demais operações interestaduais, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento);

[...]

Cláusula quinta Para efeito de exigência do ICMS devido em razão do diferencial de alíquota, o Estado onde se localiza o destinatário dos produtos de que trata este Convênio reduzirá a base de

cálculo do imposto de tal forma que a carga tributária total corresponda aos percentuais estabelecidos nas Cláusulas primeira e segunda para as respectivas operações internas.”

Nesse sentido, remanesce o débito de R\$9.313,26, conforme demonstrativo acostado à fl. 480.

Nos termos expendidos, concluo pela caracterização parcial da Infração 05.

Quanto à solicitação para que fosse relevada ou reduzida a penalidade aplicada, saliento que a multa aplicada se encontra expressamente estatuída no art. 42 da Lei nº 7.014/96, e esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para dispensar ou reduzir penalidade legalmente prevista.

Assim, concluo pela subsistência parcial do Auto de Infração, conforme discriminado no demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO			
INFRAÇÃO	Auto de Infração	JULGAMENTO	RESULTADO
01	25.321,98	25.321,98	PROCEDENTE
02	6.414,85	6.414,85	PROCEDENTE
03	337.653,51	0,00	IMPROCEDENTE
04	33.765,35	0,00	IMPROCEDENTE
05	620.542,65	9.303,26	PROC. EM PARTE
TOTAL	1.023.698,34	41.040,09	

No que se refere à solicitação do Impugnante, para que todas as intimações sejam enviadas para o endereço de seus advogados Flávio de Haro Sanches, em Veirano Advogados, estabelecido na Av. Faria Lima, nº 3477, 16º andar, Itaim, São Paulo-SP, CEP 04538-133, saliento inexistir qualquer impedimento para que tal providência seja tomada. A intimação ao sujeito passivo deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108 e 109 do RPAF-BA/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, homologando-se os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278987.0002/15-2**, lavrado contra **OUTSPAN BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.303,26**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$31.736,83**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de Ofício desta decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos da alínea “a”, do inciso I, do art. 169 do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA