

A. I. Nº -206958.0006/19-9
AUTUADO -DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE -LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM -INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/05/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0068-01/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. Efetuada correção no cálculo do imposto devido, uma vez que o autuado comprovou que grande parte das operações, que foram objeto da autuação, se tratavam de transferências internas ou de operações não tributáveis ou isentas. Afastadas as preliminares de nulidade suscitadas. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Acatada a preliminar de decadência para parte do montante exigido. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 21/06/2019, faz exigência de ICMS no valor histórico de R\$4.958.952,50, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação:

Infração 01 – 02.01.03: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*.

Refere-se aos meses de janeiro a dezembro de 2014 a 2017.

Enquadramento legal: art. 2º, inciso I e artigo 32 da Lei nº 7.014/96, combinado com o artigo 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada de 60%, conforme o artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 09/07/19 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 09/09/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 17 a 46. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por sua advogada, a qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração, constante nos Autos à fl. 62.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo comentários sobre a tempestividade da impugnação. Na sequência, argui como primeira preliminar de nulidade que houve cerceamento ao seu direito de defesa, alegando não haver elementos para se determinar com segurança a infração.

Transcreve o art. 18, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, bem como ensinamentos de Plácido e Silva, e de Hely Lopes Meirelles, visando embasar sua argumentação.

Acrescenta que o autuante suprimiu direitos fundamentais do contribuinte para o completo exercício do seu direito de defesa, reclamando que a empresa não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizada.

Afirma que não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e que não sabe se há este Termo na via do Fisco. Relata que também não foi intimada a apresentar livros ou documentos, e traz a colação o art. 26 do RPAF/BA, além de lições de Alberto Xavier (in “Do Lançamento, Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”, Ed. Forense, 2

ed., pág. 124).

Em segunda preliminar, reclama do formato inadequado dos demonstrativos. Expõe que os demonstrativos em meio magnético apresentados em CD estão apenas em formato.PDF (Adobe Reader), o que impossibilita que a empresa possa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que possa, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo.

Ressalta que o próprio RPAF, aprovado pelo Decreto 7629/99, estabelece em seu § 3º do art. 8º, que os demonstrativos devem ser apresentados pelo menos em formato TEXTO ou TABELA, exatamente porque nestes formatos há a possibilidade de a defendente importar os dados de forma integral e analisa-los de forma automatizada e rápida.

Aduz que os demonstrativos anexados ao Auto de Infração possuem milhares de páginas, sendo humanamente impossível analisar de forma correta de modo manual. Entende que tal fato configura-se em cerceamento ao seu direito de defesa.

Em preliminar de mérito, salientando que a ciência da autuação foi concretizada em 09/07/2019, suscita a Decadência do período compreendido entre 01/01/2014 a 09/07/2014, alegando já ter extrapolado 5(cinco) anos da ocorrência do Fato Gerador, situação que diz já consolidada pelo Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, bem como em julgados recentes no âmbito desse CONSEF, e em outros tribunais, que colaciona na sua peça de defesa.

Assevera que a doutrina, a jurisprudência pátria e a própria administração pública estadual, através de sua Procuradoria Fiscal, preconizam, quando houver o pagamento do imposto, mesmo a menor, ainda assim, prevalecerá o prazo estabelecido no art. 150, §4, ou seja, cinco anos a contar da data da ocorrência do fato gerador da obrigação principal.

Ressalta que nos períodos autuados, a impugnante apurou, declarou e recolheu o ICMS, atendendo para com suas obrigações principais e acessórias, conforme extratos de recolhimentos e Livro de Apuração de ICMS, bem como pelas DMA's entregues mensalmente a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Em relação ao mérito, afirma que há vários itens que foram indevidamente considerados, na autuação, como tributáveis pelo autuante.

Questiona a exigência sobre transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, asseverando que de acordo com a súmula 166 do STJ, não há relação jurídico-tributária entre matriz e filial, quanto à transferência, não se constituindo fato gerador do ICMS.

Alega também que diversas operações autuadas são de produtos isentos e outros com fase de tributação encerrada, seja pela ocorrência da substituição tributária ou pela antecipação tributária. Cita algumas mercadorias à fl. 36, a título de exemplo.

Acrescenta que algumas operações não sujeitas ao imposto foram incluídas no A.I., referentes a remessa de mercadoria para conserto ou reparo (CFOPs 5915 e 6915); retorno de bem recebido por conta de comodato (CFOPs 5909 e 6909); e outras saídas não tributadas (CFOPs 5949 e 6949).

Assinala, ainda, que como foram lavrados 14 Autos de Infração, parte das operações tributadas no presente lançamento foram também exigidas no AI 206958.0008/19-1, caracterizando bitributação.

Por outro lado, reclama da pesada carga tributária, acrescentando que a multa imposta é reveladora da integral incapacidade de pagamento, enfatiza a vedação estabelecida no art. 150, da C.F., e aduz que prevalecendo o crédito tributário exigido pelo Fisco Estadual, caracterizado estará o confisco, pois o imposto e seus acréscimos são superiores à capacidade econômica do contribuinte.

Traz à colação decisões de outros tribunais, visando sustentar seu entendimento.

Requer o reenquadramento da multa, alegando inexistência de dolo, fraude ou simulação, levando-se em consideração as circunstâncias atenuantes, ratificando o entendimento de que a

multa possui caráter tão elevado que assume o caráter confiscatório.

Diz que não há dúvidas de que o defendente faz jus à aplicação de atenuante à penalidade objeto deste Auto de Infração, com a desconsideração da multa aplicada, citando o art. 158 do RPAF.

Ao final, solicita a realização de diligência/perícia, a reunião com o processo A.I 206958.0008/19-1, e que ao final seja reconhecida a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 67/70, rebatendo inicialmente as preliminares suscitadas pelo autuado.

Afirma que infração restou demonstrada com clareza, explicando que a empresa produziu e transmitiu as EFDs, e que o Sistema SIAF gera diversas planilhas, e que dentre elas a EFD_ItensSaídaIcms organiza todas as vendas da empresa por NFE, CF, NFC-e, conforme a ordem cronológica. Acrescenta que nos casos arrolados no demonstrativo da infração sob lide, a informação do ICMS DEBITADO estava em branco, embora a operação fosse tributável.

Informa que a intimação que deu início ao procedimento fiscal está à fl. 07 do PAF, e que os arquivos estão em PDF para que não permita qualquer alteração, dada a possibilidade de subirem à uma lide judicial, com implicações típicas das regras do processo civil. Ressalta que, no entanto, todos eles são conversíveis em planilhas, através de aplicativos específicos disponíveis na internet.

Quanto à preliminar de decadência, aduz que cabe ao Consef decidir a questão.

Em relação às transferências internas sem tributação, assinala não ter encontrado na Lei 7014/96, qualquer ressalva neste sentido.

Menciona que cada estabelecimento físico da empresa constitui uma unidade que lança a crédito ou a débito o ICMS derivado de suas compras ou vendas, respectivamente, e que dessa forma não cabe desconhecer a sua incidência nas transferências internas.

No que diz respeito aos itens reclamados como isentos (pescados e frutas), pontua que os pescados foram isentos até o advento do Dec. Nº 16.738/16, e que a partir de 01.06.16 passaram a ser tributados.

No que tange às frutas, reconhece que as mesmas mantêm sua isenção vinculada ao texto do Convênio 44/75, com as adições que lhe foram feitas, em especial, pelo Convênio 07/80, que excluiu algumas. Todavia, diz que como a empresa não citou especificamente qual fruta considera isenta, ou qual pescado, e em quais épocas, não se pode fazer qualquer verificação objetiva.

Da mesma forma, assevera que o autuado não apresentou nenhuma identificação objetiva em relação aos produtos substituídos.

Adita que os produtos: Cereal – NCM 19041000, Lubrificante Gel – NCM 30067000, Mistura para Bolo – NCM 19012000, e Pão de Queijo – NCM 19059090, foram adquiridos como produtos de tributação normal, sem nenhum recolhimento ST.

Quanto aos CFOPs 5915 e 6915, frisa que decidiu retirar os lançamentos, elaborando novo demonstrativo.

Rebate a alegação defensiva de múltipla cobrança, esclarecendo que o A.I. de nº 206958.0008/19-1 é totalmente fundamentado em linhas de saídas de itens cujo ICMS estava citado, mas calculado parcialmente, com erro sempre a menor, cuja infração foi erro na apuração dos valores do imposto, e que o presente processo trata das linhas de saídas de itens cujo campo destinado ao ICMS estava em branco.

Enfatiza que as multas aplicadas estão previstas em lei, e não concorda com a realização de diligência ou perícia, dizendo que não há objeto para tal procedimento.

Ao final, pede que Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE EM PARTE, para exigir da empresa

o valor de R\$ 4.955.122,90 de ICMS, de acordo com novo demonstrativo anexado na mídia à fl. 73.

O autuado apresentou segunda impugnação, às fls. 79 a 87, ratificando as preliminares de nulidades suscitadas na sua defesa inicial.

Em relação à arguição de bitributação relativa às operações constante nos A.I.Nº 20695580006/19-6 e 2069580007/19-5, acrescenta ter constatado a existência de milhares de lançamentos coincidentes, com operações que se referem as mesmas notas fiscais, nas mesmas datas e com os mesmos valores.

Cita que corroborando com o entendimento demonstrado acima, pode trazer à baila de forma exemplificativa a nota fiscal 534097 de 31 de dezembro de 2017, item CEREAL MAT NESTLE MOCA FLAKES SC 120G (Div. descr.), no valor do item de R\$47,00, cujo imposto cobrado é de R\$ 8,46, constante na última página dos demonstrativos do AI ora guerreado e do AI 2069580006/19-9, anexo II.

Alega ter ficado impossibilitado de estender a análise, pelo fato do autuante somente ter acostado aos AI's a primeira e última página dos demonstrativos.

Solicita a realização de diligência para comprovar a duplicidade suscitada.

Volta a pontuar da impossibilidade de tributação nas transferências internas, como de operações com pescado isentas do imposto.

Reclama que não foram excluídas da autuação as devoluções com CFOPs 5202, 5411, 6202 e 6411.

Frisa que no tocante as saídas internas em devolução, trata-se de aquisições a comerciantes do ramo do atacado, beneficiadas pelo Decreto nº 7.799/2000, que reduzem a base de cálculo nas operações de saídas para gerar carga tributária de 10% (quando a alíquota interna era 17%) e de 10,58% (a partir da vigência da alíquota de 18%).

Neste diapasão cita de forma exemplificativa, a NF 247035, CFOP 6411, dizendo que o debito correto na operação de devolução é utilizando a alíquota de 7%, e que o fisco indevidamente autuou utilizando a alíquota cheia ao invés da alíquota da operação de entrada.

Registra que diversas operações não sujeitas ao imposto foram incluídas indevidamente no AI em apreço, e que devem ser expurgadas do lançamento como por exemplo as operações CFOP 5910, 5927 e 5949, que não condizem com operações referentes a circulação de mercadorias.

Quanto à inclusão de operações com fase de tributação encerrada, pela ocorrência da substituição tributária, apresenta lista à fl. 86, dizendo ser apenas exemplificativa.

Ao final, requer a nulidade do Auto de Infração.

O autuante em segunda manifestação fiscal (fls. 372 a 374), assinala que labora em grande engano a empresa ao insistir na tese de bitributação. Enfatiza que o processo atual arrola itens especificamente tributados que não contém o valor do tributo no campo apropriado e por isso não foram computados, e que o outro A.I. arrolou uma diferença entre itens que continham valores do ICMS no campo próprio, mas que não foram computados integralmente na conta corrente do ICMS por equívocos aritméticos da empresa.

Cita como exemplo:

Linha 1 - Extrato de Tomate	10 uds x 3,50 = 35,00	Icms 18% = 6,30
Linha 2 - Maionese	10 uds x 3,50 = 35,00	Icms 18% = 0,00
Recolhimento Identificado do Imposto	2,30	

Informa que a autuação em lide arrola somente o imposto sonogado na linha 2, enquanto que o AI 206958.0007 arrola o imposto sonogado na linha 1. Assevera que o fato de existirem notas fiscais arroladas nos dois demonstrativos só afirma que a infração da Linha 1 estava sobre alguns itens e a da Linha 2 sobre outros itens.

Continua sem acatar a exclusão das operações de transferências internas.

Em relação às operações reclamadas como isentas, expõe que antes da revogação da isenção, somente constam na autuação os produtos peixes salgados, salmão, bacalhau e atum em lata, sendo que nenhum deles é isento.

No que diz respeito às devoluções questionadas, frisa que para ser saída, requer que se trate a acusação, de devoluções de compra ao fornecedor. Acrescenta que todas as linhas de itens arroladas no levantamento contêm seus campos da informação do valor do ICMS em zero, e que dessa forma, mesmo que estivessem com alíquotas inferiores, mas com valor positivo, não entrariam neste cômputo.

Quanto às operações sem tributação informa o seguinte:

- a) 5910 – Brindes - que a maior parte, em valor, dos brindes do demonstrativo são bebidas alcoólicas, queijos e bicicleta, cujas entradas ocorreram com crédito do imposto. Diz que caso a empresa aponte para algum item que entrou no estabelecimento com registro de brinde (sem creditamento) e saiu realmente como brinde, fará a correção;
- b) 5927 – Perecidos – esclarece que perda por furto, roubo, avarias, etc, precisam ser computados para retirada dos estoques, havendo necessidade de emissão de nota fiscal. Sinaliza, todavia, que não há qualquer previsão de tais operações serem isentas, porquanto durante os registros das entradas respectivas elas inseriram créditos na conta-corrente fiscal da empresa. Assim, diz aceitar, por equilíbrio contábil, que o preço de venda seja estimado de modo a consumir até 100% do valor creditado, mas que não pode considerar que são operações isentas;
- c) 5949 – Outras Saídas – enfatiza que neste código circulam todas as demais operações não enquadráveis nos códigos anteriores, mas que a empresa não apontou especificamente qualquer item dentro desse código que justificadamente reúna as características de serem “outras operações”, não classificáveis nas anteriores. Entretanto, aduz que numa análise mais minuciosa percebeu que algumas operações realmente não se encaixam nesta infração, e que está retirando da exigência, conforme a seguir:
 - Filme Stretch, usado para embalagens de produtos em geral, que deveria teria sido registrado na entrada pelo CFOP 1556 ou 2556, não requerendo quaisquer justificativas por ocasião do efetivo uso/consumo;
 - Nfs 533494, 533798, 519804, 519755, 389052, 388998, 302427 e 302431 – que se referem a itens de limpeza e/ou lanches.
 - Avarias – Semelhante aos perecidos, conforme mais acima exposto.

No que tange aos itens com fase de tributação já encerrada, mencionadas na defesa – Mistura para bolo, afirma que o item 26 do Anexo I do Ricms BA, em 2014 e 2015 especificam claramente que o NCM 1901.2 não se aplica a mistura para bolo. Pontua que em 2017, no item 11.13, o Anexo 1 traz a mesma informação, não logrando êxito a Defesa.

Ao final, opina pela PROCEDENTE EM PARTE, para cobrar o valor de R\$4.937.865,77 de ICMS, conforme novo demonstrativo anexado à fl. 377.

O autuado em nova replica (fls. 383 a 390), ratifica o questionamento sobre a tributação sobre transferências internas e sobre operações “intributáveis”.

Afirma que filé de salmão não é considerado peixe salgado, conforme decisões do próprio Consef, e que o autuante, apesar de concordar com a isenção, não expurgou do lançamento fiscal.

Insiste que o autuante não analisou de forma correta as operações com fase de tributação encerrada. Apresenta tabela citando os produtos: cereal, pão de queijo, lubrificante gel e mist. p/ bolo.

Volta a alegar ocorrência de mesmas operações em duas autuações, dizendo que as explicações do autuante na última informação confundem ainda mais o defendente, as considerando sem

clareza.

Acrescenta que consta na autuação cobrança indevida sobre movimentação de embalagem (CFOPs 5949 e 6921), e sobre notas fiscais emitidas para reclassificação de mercadorias (CFOP 5926).

Conclui, solicitando a nulidade ou improcedência da autuação.

O autuante em terceira informação fiscal (fls. 404 a 407), desta feita acata a exclusão das transferências internas, reconhecendo que tal fato se impõe em razão da divulgação da Súmula 008 do Consef.

Também acata a exclusão da mercadoria salmão, até 31/05/2016, quando começou a vigorar o Decreto nº 16.738/16.

Em relação aos itens com fase tributação encerrada, faz os seguintes esclarecimentos:

a) Cereal – Ncm 1904.1000 – Em 2014, esse NCM vinculava-se ao item 38 do Anexo 1 do Ricms, “Salgados Industrializados”. Nesse ano, o único item encontrado, “Granola Tia Sônia”, nem salgado é. Em 2015, tudo idem idem a 2014: também não... Em 2016, os 3 itens com nome de cereal – Kellog’s, Nestlé e T.Monica – são itens matinais de sabor neutro, para degustação tipicamente matinal, e não se coadunam com os salgados industrializados previstos no Anexo 1. Em 2017, idem idem a 2016, também não. Não acatado.

b) Pão de Queijo – NCM 1905.9090 – Em ledão engano navega a Nobre Defendente quando busca neste NCM, que se refere a produtos prontos para a alimentação (itens de padaria, lanchonete) aqueles outros que constituem alimentos ainda a serem preparados, portanto comuns na tributação normal. Não acatado.

c) Lubrificante Gel – NCM 3006.7000 – Não consta tal NCM de nenhum Anexo 1 do Ricms Ba. Prejudicado.

d) Mistura para Bolo – NCM 1901.2000 – De 2014 a 2016 este item foi justamente a exceção do item vinculado ao dito NCM. Apenas a partir de 01.02.2017, constou no item 11.14.0 do Anexo 1 do Ricms Ba, sendo retirados os lançamentos a partir desta data. Vide novo demonstrativo.

No que diz respeito às operações sem tributação, acata as alegações defensivas para os CFOPs 5915/6915 (saídas para conserto), 5909/6090 (vasilhames), e mantém a exigência para os CFOPs 5949/6949 e 6921.

Ratifica que não há duplicidade de cobrança em outro A.I., e ressalta que não imprimiu todos os demonstrativos por se tratar de 1874 páginas, mas que na mídia anexada, e também entregue para empresa, os mesmos estão de forma integral.

Em relação ao CFOP 5926 – Saídas para Kits, informa que examinados os lançamentos, verifica-se que não são efetivamente saídas para montagens de kits. Diz ter pedido esclarecimentos à empresa, que se limitou a informar que seriam montagens de cestas básicas. Aduz que como não pode evidenciar a partir das características dos produtos, ou dos valores envolvidos, que realmente eles “se destinaram à formação de cestas básicas”, como declarou a empresa, manteve tais operações como “vendas tributadas normais”.

Conclui, pedindo pela PROCEDENCIA EM PARTE, visando cobrar o valor de R\$4.144.813,98 de ICMS, conforme novo demonstrativo anexado à fl. 409.

O autuado apresentou nova impugnação, às fls. 415 a 423, ratificando suas alegações anteriores.

Reclama que as operações de transferências internas (CFOP 5409) não foram totalmente retiradas da autuação.

Apresenta à fl. 419, planilha elencando algumas operações que diz serem isentas, e que não foram excluídas da autuação.

Em relação às operações com CFOPs 5949 e 6949, afirmam que são devoluções e que não foi utilizado o crédito fiscal. Ressalta que nas operações 5949 não houve sequer a circulação física das mercadorias, já que o emitente e o destinatário são os mesmos estabelecimentos.

Mantém as demais alegações defensivas, a exemplo de ocorrência de bitributação, apontando documentos à fl. 421, questiona a multa aplicada, considerando-a confiscatória e pede a nulidade

ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante em sua quarta informação fiscal (fls. 434/435), acata a retirada das demais operações de transferências internas (CFOP 5409), a teor da Súmula 08 do Consef.

Em relação aos Pescados, diz que os itens que ainda se encontram no levantamento, no período anterior a 01.06.2016, são relativos a peixes salgados, salmão e bacalhau, todos tributados pela empresa em todo o período fiscalizado. Mantém a exigência.

No que diz respeito ao item milho, aduz que, salvo engano, continua tributado com alíquota de 7%, conforme a alínea “a” do Inc. I do art. 16 da Lei 7014/96. Por isso, relata que ajustou também esta incidência em novo demonstrativo, haja vista encontrar-se calculado a 17% e 18% ainda. Acatado parcialmente.

Esclarece que as operações sem circulação – 5949 – não foram acatadas, face à permanência da incidência do ICMS sobre a saída para consumo interno. Acrescenta que este débito do imposto faz contrapartida ao crédito utilizado nas entradas.

Ressalta que a Nfe 534097, por conter operação sob o CFOP 5409, foi descartada por se tratar de transferência interna.

Quanto ao questionamento de duplicidade de cobrança, volta a destacar que uma só NF pode conter dezenas de itens. Contudo, informa que após verificar a relação apontada pela defesa à fl. 421, percebeu que há, de fato, alguns lançamentos que buscam o mesmo imposto. Entretanto entende que todos devem ser corrigidos no AI 206958.0008/19-1, já que em ambos os levantamentos que dão suporte às infrações dos dois autos, o campo do imposto está zerado, dando pertinência à infração 02.01.03 – Saídas Tributáveis Como Não Tributáveis. Frisa que tais duplicidades de citações serão retiradas daquele AI.

Assinala que a partir de outras decisões do Consef sobre a decadência, de cunho similar, decidiu retirar os lançamentos ocorridos entre 01.01.2014 e 09.07.2014.

Por fim, informa que após os novos ajustes procedidos no levantamento da infração em comento, conforme demonstrativos constantes da mídia à fl. 438, a mesma ficou reduzida para R\$ 939.335,57 de imposto original.

O autuado, em sua nova replica às fls. 443 a 449, apresenta os mesmos argumentos de sua impugnação anterior, e volta a requerer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante em sua quinta informação fiscal (fls. 455 a 458), manteve o teor da sua última manifestação, ressaltando o seguinte:

Em relação aos itens isentos que nenhuma legislação defende a isenção de peixes salgados, em razão de que a inserção do sal caracteriza a sua industrialização, alcançando a condição de não perecível. Diz que assim, perde o status de “pescado” fresco, que a lei pretendeu atingir. Em relação ao “milho” frisa ter alíquota de 7% definida na Lei 7014/96, e que no RICMS/Ba não há nem isenção nem redução de base de cálculo para estes tipos.

Aduz que não há problema algum existir operações com CFOPs 5949, 5927 e 6949 no elenco remanescente. Assevera que informar um CFOP na EFD não transforma a operação em isenta, não tributada, etc, e que há que convergir com outros elementos típicos razoáveis dessa imaginada “não tributação”.

No que diz respeito à alegação de bitributação, nega a ocorrência, e sustenta que caso alguma dúvida sobrevenha, os julgadores certamente o inquirirão por via de Diligência.

No que tange à alegação de duplicidade de Notas Fiscais, destaca que as operações das notas fiscais listadas às fls. 456 foram descartadas por ocasião da 3 e 4ª Informação Fiscal, em razão de serem operações de transferência interna.

Ratifica que ainda que uma nota fiscal tenha seu número listado em uma infração e noutra, não será exatamente pelo mesmo item.

Ao final, pede que o auto de infração seja julgado PROCEDENTE EM PARTE, mantendo o valor retificado na última informação fiscal, no montante de R\$ 939.335,57 de imposto, com juros e seus acréscimos legais cabíveis.

Na sessão de julgamento, por videoconferência, foi realizada sustentação oral pela advogada, Dra. Rebeca Brandão de Jesus – OAB/BA nº 58.327.

VOTO

O presente lançamento, constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN, e 39 do RPAF/99.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante dos fatos, se reportou aos demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitaram a instalação do contencioso.

Foram suscitadas questões preliminares a serem analisadas, o que passo a fazer neste momento, observando, inicialmente, quanto ao argumento de que os seus direitos haviam sido suprimidos pela autuação, impossibilitando o exercício de seu direito de defesa, a começar por não ter tomado ciência, sequer, que estava sendo fiscalizada, não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco, e da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos, nos termos previstos no artigo 26 do RPAF/99, reproduzido, não tendo observado no presente nenhum dos documentos acima elencados.

A este respeito, esclareço que na forma do documento encartado à fl. 07, contrariamente ao afirmado pela defesa, o contribuinte foi devidamente intimado para apresentação de livros e/ou documentos fiscais.

Na forma do artigo 26, inciso III do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização.

Ou seja, o autuante comunicou o início dos trabalhos de auditoria na empresa, no período de 2014 a 2017, bem como informou e deu conhecimento do encerramento dos trabalhos com a lavratura do Auto de Infração.

Quanto ao argumento de terem sido os arquivos, contendo os demonstrativos, entregues pelo autuante formatados em PDF, tal fato, não trouxe qualquer prejuízo à defesa, sequer cerceou seu direito ao exercício do contraditório, diante, inclusive, do fato das peças apresentadas analisarem detidamente vários produtos, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais, motivo pelo qual não acolho o mesmo.

Logo, diante do fato de terem sido observados os princípios do Processo Administrativo Fiscal, os respeitando, inexistente a alegada violação aos mesmos, sendo atendidos o da ampla defesa e o do contencioso, além do princípio da legalidade, bem como obedecidos os procedimentos regulamentares e normativos, tornando o feito isento de qualquer mácula que o contamine com nulidade, o que leva ao não acolhimento de tais argumentos.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado na peça defensiva, nego, como solicitado na peça mencionada, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele

juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

Ressalte-se, que a diligência e/ou perícia, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina, que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa formulada.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, nem a necessidade de realização de diligência/perícia, passo à análise do mérito, como segue.

O presente processo trata de lançamento fiscal, imputando ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em preliminar de mérito, o autuado arguiu a decadência do lançamento, do período compreendido entre 01/01/2014 a 09/07/2014, alegando já ter extrapolado 5(cinco) anos da ocorrência do Fato Gerador.

Sobre essa questão, a PROCURADORIA ESTADUAL (PGE/PROFIS), através do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, firmou entendimento de que conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações e prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento do imposto em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Não sendo atendidas as regras acima, conta-se o prazo decadencial do débito fiscal a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e pago, com fundamento no art. 173, inc. I do CTN.

Nesta linha de raciocínio, a infração que deu origem ao Lançamento de Ofício em lide, a qual está relacionada com débito onde houve a escrituração por parte do contribuinte, a mesma se submete ao regramento do art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), onde há a homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador.

Considerando que o ato de lançamento formalizado através do presente Auto de Infração, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte, verificada em 09/07/2019, (fl. 12), os fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2014, efetivamente foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados nessas datas ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V do CTN, que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extiguem o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência.

Ressalto, inclusive, que em sua quarta informação, o autuante acatou a decadência acima mencionada.

Passo agora a enfrentar as demais questões de mérito.

O autuado contestou o cometimento da infração, alegando bitributação (operações constantes também nos AIs 206958.0007/19-5 e 206958.0008/19-1), e que foram indevidamente consideradas pelo autuante como tributável, operações de transferências internas, isentas, de devolução, não tributáveis e com fase de tributação encerrada.

Em relação à bitributação, em que pese as argumentações defensivas, constato que os Autos de Infrações acima mencionados (recolhimento a menor do ICMS em função de divergências entre o valor do imposto recolhido e o informado por erro de apuração), são totalmente fundamentados em linhas de saídas de itens cujo ICMS estava citado, mas calculado parcialmente, com erros sempre a menor, salientando que as infrações foram erros na apuração dos valores do imposto, e que o presente processo trata das linhas de saídas de itens cujo campo destinado ao ICMS estava em branco (operações tributáveis como não tributáveis).

Quanto às notas fiscais mencionadas pelo contribuinte, ressalto, que o fato de existirem documentos fiscais arrolados em mais de uma autuação, não implica necessariamente em bitributação, uma vez que uma mesma NF pode trazer mercadorias com tributação equivocada (AI 206958.0007/19-5 e 206958.0008/19-1), e outras sem qualquer tributação quando deveriam ser tributadas (Auto de Infração em exame).

Ademais, o AI 206958.0007/19-5 já foi julgado improcedente, por conter apenas operações de transferências internas, e não foram trazidos aos autos demonstrativos analíticos dos mencionados Autos, comprovando a alegada bitributação, pelo que deixo de acatar.

No que diz respeito à inclusão de operações de transferências internas entre seus estabelecimentos, assiste razão ao autuado, motivo pelo qual, o próprio autuante assim reconheceu durante as suas manifestações, as excluindo do processo, o que reduziu consideravelmente o valor da autuação, face a recente Súmula nº 08, editada pela Câmara Superior deste CONSEF, que assim estabelece: “*não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular*”.

Quanto às demais operações questionadas pelo sujeito passivo, isentas, de devolução, não tributáveis e com fase de tributação encerrada, concordo com as retificações efetuadas pelo autuante, que fez as exclusões a seguir.

Relativa aos CFOPs 5915 e 6915 (remessas para conserto), e CFOPs 5909/6090 (vasilhames); CFOP 5927 (produtos perecidos – perda por furto, roubo, avarias); produto “Filme Stretch”, usado para embalagens; mercadoria salmão, até 31/05/2016, quando começou a vigorar o Decreto nº 16.738/16; em função de não serem tributadas ou serem isentas no período.

Em relação aos itens com fase de tributação encerrada, concordo com a manutenção da exigência por parte do autuante, uma vez que para o produto está enquadrado na substituição tributária, necessita que além do NCM está elencado no Anexo I do RICMS/2012, que também a descrição do produto seja a compatível com feita no dispositivo em questão.

Dessa forma, as mercadorias *Cereal – NCM 1904.1000, Pão de Queijo – NCM 1905.9090, Lubrificante Gel – NCM 3006.7000 e Mistura para Bolo – NCM 1901.2000*, não estavam incluídas no instituto da substituição tributária, nos períodos cujo imposto está sendo exigido no presente processo.

Quanto ao questionamento relativo à multa aplicada, ressalto que está prevista em Lei (artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96), e esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, não cabendo a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em função do valor inicialmente exigido de R\$4.958.952,50, ter passado para R\$939.335,57, conforme demonstrativo inserto na mídia à fl. 438, tendo sido já consideradas as exclusões das competências alcançadas pela decadência:

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.0006/19-9**, 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\$939.335,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2021

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR