

**A. I. Nº - 294888.0002/19-3**

**AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**

**AUTUANTE- ROMY SANTOS SILVA**

**ORIGEM - INFAZ COSTA DO CACAU**

**PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06/08/2021**

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JF Nº 0106-01/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. O autuado deu saída de mercadorias sem tributação, como se as mesmas fossem isentas ou tivessem entrado no estabelecimento tributadas por substituição tributária. Efetuada correção no cálculo do imposto, após exclusões de mercadorias que efetivamente eram isentas ou enquadradas na substituição tributária, assim como as operações de transferências internas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em referência, lavrado em 25/03/2019, faz exigência de ICMS no valor histórico de R\$1.817.847,10, mais multa de 60%, em face das seguintes acusações:

Infração 01 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2015 a 2017.

*“Refere-se a operações de saídas, realizadas através de Notas Fiscais, conforme levantamentos fiscais, em anexo”.*

Enquadramento Legal: artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2015 a 2016, e janeiro a outubro de 2017.

*“Refere-se a operações realizadas através de ECF – Erro na determinação da carga tributária – em razão de saídas de mercadorias com alíquotas divergentes das previstas na legislação em vigor, conforme levantamentos fiscais, em anexo”.*

Enquadramento Legal: artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 29/03/19 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 28/05/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 485 a 504.

Em sua peça defensiva, a Impugnante preliminarmente argui a nulidade da autuação, sob alegação de que a lavratura do auto de infração deve, necessariamente, ocorrer no local da inspeção.

Considera que a infração lavrada, fora do ambiente comercial do contribuinte, não contém elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório.

Argumenta, ainda, que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores por si só,

eiva de nulidade a autuação, pois cerceia a plena defesa e desobedece ao art. 142 do CTN.

Pontua que a pretensão da impugnante encontra amparo em jurisprudência e traz à colação ementa de decisão neste sentido (Ac. n.º 101-79.775/90-Revista de Estudos Tributário 2º Semestre de 1999).

Ressalta que com a interposição da presente defesa, as multas aplicadas devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Em seguida apresenta comentário sobre as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta.

Assinala que o valor alocado pelas notificações e multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento por parte do empresário, e transcreve o art. 150, IV, da C.F.

Entende que as multas somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e que prevalecendo o crédito tributário exigido estaria caracterizado o confisco.

No mérito, afirma que o débito reclamado não existe e a princípio tece considerações sobre o princípio da não cumulatividade do ICMS, e sobre o direito ao crédito que foi pago antecipadamente, para efeito de compensação com o débito do imposto.

Em relação à infração 01, assevera que o auditor incluiu no levantamento produtos isentos e sujeitos ao regime de substituição tributária, sobre os quais foi indevidamente cobrado o imposto, e apresenta relação de mercadorias às fls. 491/492, a exemplo de amendoim salgado, biscoito maria, laranja, massa fortaleza sêmola, pão de batata, preservativo, etc.

No que diz respeito à infração 02, reclama que foi exigido imposto sobre mercadorias isentas - frutas identificadas como HIGI (higienizadas, mas em estado natural pronta para consumo), bem como sobre hortifrúti (tomate) e sobre produtos sujeitos ao regime da substituição tributária (biscoitos).

Apresenta relação à fl. 493, mencionando os referidos produtos.

Em seguida faz pequeno arrazoado dissertando sobre as características do ICMS, dizendo que para detectar se houve omissão de saídas deveria ser realizado levantamento analítico de estoques, e entendendo que seria o procedimento a ser executado para apurar as infrações em exame.

Aduz que o fiscal desprezou a base de cálculo constante no SPED, que estava diferente do valor dos produtos, e cobrou o ICMS sobre a diferença apurada.

Esclarece que houve falha de sistema em relação aos produtos que tinham tributação “cheia”, sem direito a qualquer redução de base de cálculo, mas que cabia ao fisco investigar antes de fazer o lançamento tributário.

Em seguida o autuado faz algumas alegações que não condizem com as exigências da autuação, como: *“fiscalização eivada de arbitrariedade, os fiscais presumiram que houve venda de mercadoria sem nota fiscal, não fazendo qualquer prova a respeito”*; *“documentos juntados ao auto de infração carecem de qualquer força probante, posto que, além de se referirem a extratos bancários de terceiro alheio às atividades da reclamante, não comprovam a realização de circulação de mercadorias que pudessem ensejar o pagamento de ICMS”*.

Traz, ainda, à colação ensinamentos de alguns doutrinadores do direito, comenta alguns princípios constitucionais, a exemplo da vedação ao confisco, garantia à propriedade privada, capacidade contributiva, mínimo vital, progressividade, dentre outros, com o fito de embasar seus argumentos.

Ao final, requer que seja acolhida a preliminar suscitada, ou em sendo outro o entendimento, que seja o Auto de Infração julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 508/521, inicialmente rebatendo as preliminares

suscitadas.

Diz que o § 1º do art. 39 do Decreto nº 7629/99 dispõe que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição, fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Em seguida, pontua que os demonstrativos são claros, precisos, em consonância com as infrações tipificadas no presente processo, e que foram elaborados com base na EFD e documentos fiscais.

Aduz que neles constam todos os elementos necessários à sua compreensão, tais como: data registro, UF, número dos documentos fiscais, quantidade item, produto, NCM, base de cálculo e valor ICMS, dentre outros.

Ressalta que não consta na Defesa nenhum demonstrativo que comprove erro do autuante, como cita o autuado.

Quanto às alegações sobre créditos, esclarece que as infrações contidas no presente processo não se referem à utilização indevida de crédito fiscal, mas sim sobre operações de saída.

No que diz respeito à infração 01, reconhece serem parcialmente procedentes as alegações defensivas, e elenca às fls. 513 a 516 as mercadorias questionadas, apontando os produtos que efetivamente são isentos ou enquadrados na substituição tributária, a exemplo de laranja, macarrão brandini, pão de batata, pessego e biscoito de goma.

Manteve a exigência sobre produtos com saída tributada, a exemplo de amido de milho, arroz Ritto 7 cereais, massas e amendoim salgado, cujos NCMs não constam no Anexo I, do RICMS/12.

Informa que com as retificações efetuadas o valor da Infração 01 passa a ser de R\$111.530,29.

Em relação à infração 02, também reconhece serem parcialmente procedentes as alegações defensivas, e elenca às fls. 518 a 520 as mercadorias questionadas, apontando os produtos que efetivamente são isentos a exemplo de tomate B6 e tomate cereja.

Manteve a exigência sobre produtos com saída tributada, a exemplo de abacaxi HIGI (frutas que passaram por processo de beneficiamento), e biscoitos diversos que não são derivados da farinha de trigo, não constando no Anexo I, do RICMS/12.

Informa, ainda que vários produtos mencionados pelo autuado não constam do levantamento fiscal.

Expõe que com as retificações efetuadas o valor da Infração 02 passa a ser de R\$1.692.257,85.

Quanto às alegações apresentadas pelo autuado referentes a confisco e inconstitucionalidade, diz não ser matéria de sua competência.

Ao final, pede o julgamento pela procedência parcial, conforme novos demonstrativos elaborados às fls. 522 a 677 e mídia à fl. 678.

Tendo em vista a juntada aos autos, por parte do autuante, de novos demonstrativos (fls. 522 a 677 e mídia à fl. 678), por ocasião de sua informação fiscal; considerando que o autuado não tomou ciência dos referidos demonstrativos; e visando garantir o respeito ao princípio da ampla defesa; esta JJF (fl. 679) converteu o presente processo em diligência à INFAZ COSTA DO CACAU, para que fosse dada ciência ao autuado, inclusive lhe fornecendo cópia, de toda informação fiscal prestada às fls. 508 a 521, incluindo os demonstrativos às fls. 522 a 677 e mídia à fl. 678, conforme determina o parágrafo 7º, do artigo 127, do RPAF/99, e observando o disposto no § 1º do art. 18, do mesmo diploma legal, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, se manifestasse a respeito.

O autuado apresentou segunda impugnação, às fls. 686 a 695, inicialmente ressaltando a tempestividade da mesma.

Em seguida, considera que os novos demonstrativos apresentados pelo autuante estão maculados, reclamando que há meses da Infração 01, em que, após o referido refazimento, os valores estão maiores do que o auto de infração original.

Apresenta tabela comparativa, à fl. 688, visando demonstrar os valores revistos que estão maiores do que a autuação original, e pede a nulidade da infração.

Ressalta que um fato não foi arguido na impugnação inicial, por ser matéria de recente entendimento manifestado pela Procuradoria Geral do Estado, através de publicação de Incidente de Uniformização.

Diz ser o fato de que as Transferências Internas não devem ser tributadas, por não haver prejuízo econômico ao Estado, e por não haver faturamento ou transmissão de propriedade sobre a mercadoria, além de não ter havido circulação econômica.

Assevera que, não obstante a nulidade e improcedência da autuação, inúmeras Notas Fiscais contidas no Relatório base do Auto de Infração são emitidas para simples transferências de produtos entre os estabelecimentos da Empresa, sem tributação, com o CFOP 5152 (Transferência Interna) e CFOP 5409 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária).

Ressalta que, no âmbito deste CONSEF, vários julgamentos (CJF 0386-12/17, 0345-11/17 e 0344-11/17) têm mantido o entendimento de que este tipo de Operação não tem impacto na apuração geral do ICMS na empresa como um todo.

Traz à colação o Incidente de Uniformização número PGE 2016-169506-0, que estabelece que não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias.

Neste sentido requer que sejam excluídas do levantamento as Notas Fiscais de Transferências Internas de mercadorias, como o CFOP 5152 e 5409.

Aduzindo que grande parte das notas fiscais listadas no demonstrativo se referem às transferências internas de mercadorias, reclama que em virtude de o demonstrativo ter sido apresentado apenas em PDF, impossibilita qualquer totalização.

Requer diligência no sentido de se apresentar o levantamento em EXCEL e que ao mesmo tempo se determine a exclusão das notas fiscais de Transferências Internas.

Por outro, lado, pontua que dentro do demonstrativo do autuante, várias notas fiscais são referentes a lançamento para baixa de estoque, provenientes de perda, perecimento, deterioração, furto ou roubo, sob o CFOP 5927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração.

Cita o art. 313, II, "b", do RICMS/12, dizendo que o mesmo estabelece que deva se estornar o crédito correspondente às entradas destas mercadorias, mas não se debitar pelas saídas.

Neste sentido, assevera que tais notas fiscais não devem constar no lançamento fiscal.

Volta a reclamar que os demonstrativos em meio magnético apresentados em CD estão apenas em formato PDF, e que isto impossibilita que a empresa possa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que se permita, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações.

Alega que o formato apresentado deve ser, pelo menos, em EXCEL, e cita as disposições do §3º do art. 8º, do RPAF/99, assinalando que os demonstrativos devem ser apresentados pelo menos em formato TEXTO ou TABELA.

Ressalta que os demonstrativos anexados ao Auto de Infração possuem milhares de páginas, e que é humanamente impossível analisar de forma correta de modo manual como está posto.

Em sendo assim, requer, mais uma vez, a decretação de NULIDADE do Auto.

Em relação à Infração 02, referente a saídas de mercadorias pelo ECF, acrescenta que a Fiscalização silenciou sob as alegações trazidas na Inicial, que não recebeu demonstrativos relativos ao exercício de 2017, e que o demonstrativo do exercício de 2016 não abre, impossibilitando exercer seu regular Direito de defesa.

Ao final, reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação, requer seja reconhecida a nulidade do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada nova diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados pela Peticionária, com a consequente declaração de IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O autuante em segunda manifestação fiscal (fls. 714 a 717), acatou as alegações defensivas no que diz respeito a exclusão das operações de transferências internas, e informou que ao elaborar os novos demonstrativos, os valores da Infração 01 que, após a primeira retificação, estavam superiores aos valores originais, desapareceram.

Também acatou as razões defensivas quanto à exclusão das operações realizadas com os CFOP 5927 e CFOP 5949.

No que diz respeito à reclamação defensiva sobre o formato dos arquivos, assevera que o RPAF menciona formato texto ou tabela. Entende que PDF é formato texto, e ressalta que em nenhum momento o regulamento fala em EXCEL.

Esclarece que a listagem das mercadorias é realizada por ordem de data da escrituração dos documentos fiscais, e que o documento à fl. 682 comprova que o autuado recebeu os demonstrativos em papel e mídia.

Ao final, ressaltando que não constam acostados à Manifestação do Contribuinte quaisquer documentos, mantém os termos do Auto de Infração com as devidas correções realizadas quando da resposta à manifestação do autuado, esperando o julgamento pela procedência em parte.

Considerando a juntada aos autos, por parte da autuante, de novos demonstrativos (fls. 718 a 733 e mídia à fl. 734), por ocasião de sua segunda informação fiscal; considerando que o autuado não tomou ciência dos referidos demonstrativos; considerando que na diligência anterior não foi dada ciência ao autuado, de forma adequada, das retificações efetuadas pela autuante, no que diz respeito à infração 02, uma vez que não constam da mídia à fl. 678, os competentes demonstrativos; e visando garantir o respeito ao princípio da ampla defesa; esta JfF deliberou (fl. 736), em Sessão Suplementar, que o presente processo fosse convertido em diligência à INFAZ COSTA DO CACAU, para que fossem adotados os seguintes procedimentos:

1 – Solicitar que o autuante anexe mídia aos autos, constando todas as planilhas e demonstrativos de débito (2015 a 2017), relativo às duas infrações constantes do processo, após as retificações efetuadas. As referidas planilhas devem estar no formato Excel, tendo em vista o volume de dados constantes das mesmas, e a fim de evitar futuras arguições de cerceamento de defesa;

2 - Dar ciência ao autuado, inclusive lhe fornecendo cópia, de toda informação fiscal prestada às fls. 714 a 717, bem como da mídia referida no item 1 acima, conforme determina o parágrafo 7º, do artigo 127, do RPAF/99, e observando o disposto no § 1º do art. 18, do mesmo diploma legal, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, se manifeste a respeito;

3 - Após o procedimento acima, havendo manifestação do autuado, o autuante deve prestar nova informação fiscal, retornando em seguida para julgamento.

O autuante se pronunciou à fl. 739, anexando a mídia à fl. 740, nos termos acima solicitados, onde após os devidos ajustes, o crédito tributário devido para as duas infrações ficou reduzido para R\$1.789.853,11.

O autuado recebeu cópia dos documentos e planilhas solicitadas na diligência supra, conforme Termo à fl. 741, não voltando a se manifestar no processo.

Na sessão de julgamento, por videoconferência, foi realizada sustentação oral pela advogada,

Dra. Rebeca Brandão de Jesus – OAB/BA nº 58.327.

## VOTO

Inicialmente, verifico que 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.

Quanto ao questionamento de que o Auto de Infração deveria ter sido lavrado na empresa autuada, ressalto que o § 1º do art. 39, do RPAF/BA (Decreto nº 7629/99) dispõe que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição, fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. Descabe, portanto, tal alegação.

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.

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

O presente processo imputa ao autuado o recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, realizadas através de Notas Fiscais (infração 01) e realizadas através de ECF (infração 02).

Verifica-se, nos demonstrativos que integram o processo que houve erro na carga tributária, uma vez que as operações questionadas não foram tributadas nas saídas.

O autuado, em duas oportunidades, contestou o cometimento das infrações, alegando que no levantamento fiscal foram incluídas indevidamente mercadorias isentas e enquadradas no regime da substituição tributária.

Também argumentou que foi incluída indevidamente transferências internas, bem como notas fiscais referentes a lançamento para baixa de estoque, provenientes de perda, perecimento, deterioração, furto ou roubo, sob o CFOP 5927 e CFOP 5949.

Todavia, após as duas informações fiscais prestadas, o autuante acatou parte das alegações defensivas, com o que concordo, uma vez que retirou da autuação, das mercadorias relacionadas na peça defensiva, apenas aquelas cujas operações efetivamente são isentas, enquadradas no regime da substituição tributária, de transferências internas, além das com CFOPs 5927 e 5949, o que culminou com novos demonstrativos, constantes da mídia à fl. 740.

Dessa forma, o valor da infração 01 passou para R\$99.525,21 e o da infração 02 para R\$1.690.327,90.

Ressalto, que a reclamação defensiva de que na primeira retificação produzida pelo autuante, alguns valores da Infração 01 foram majorados em relação aos valores originais, foi descaracterizada, uma vez que na elaboração da última retificação, efetuada pelo autuante (segunda informação fiscal), tais valores foram suprimidos.

Ademais, a Súmula de Jurisprudência nº 11 do CONSEF dispõe que “para fins do disposto no art. 156 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), não constitui agravamento da infração, ou inobservância do princípio da *non reformatio in pejus*, o eventual acréscimo ou majoração de valores apurados mensalmente que não advenha de fatos novos, respeitando o limite do valor total lançado na

infração”.

A argumentação defensiva de que não teve acesso ao inteiro teor dos demonstrativos retificados, e a solicitação para que os arquivos fossem disponibilizados em formato editável (excel), também foi atendida através da diligência à fl. 736.

Registro que o autuado recebeu as cópias dos documentos e planilhas solicitadas, conforme Termo à fl. 741, não voltando a se manifestar no processo, o que denota na concordância tácita com os últimos números apresentados.

Saliento, inclusive, que no decorrer das manifestações, em nenhum momento o sujeito passivo apresentou documento ou demonstrativo que indicasse especificamente erros no levantamento fiscal realizado.

Pelo que dispõe o art. 140, do RPAF/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Ressalto ainda, diante da alegação da advogada do autuado, na assentada de julgamento, que não teve ciência do resultado da última diligência requerida, que não houve supressão de instância, uma vez que o procurador da empresa (Joadison Silva dos Santos), legalmente constituído (fl. 506), que inclusive tomou ciência da autuação e assinou a primeira impugnação, recebeu todos os documentos e planilhas que foram objeto da referida diligência.

Quanto ao questionamento relativo à multa aplicada, ressalto que a mesma 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\$1.817.847,10 ter passado para R\$1.789.853,11, conforme demonstrativos insertos na mídia à fl. 740, e resumo abaixo:

Infração	Decisão	Valor original – R\$	Valor a ser exigido – R\$
01	Procedente em parte	111.696,49	99.525,21
02	Procedente em parte	1.706.150,61	1.690.327,90
<b>TOTAL</b>		<b>1.817.847,10</b>	<b>1.789.853,11</b>

## 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 **294888.0002/19-3**, 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\$1.789.853,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de junho de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR