

A. I. Nº - 206826.0001/17-1
AUTUADO - WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ VICENTE NETO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/11/2021

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0167-03/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS COM SAÍDAS ISENTAS OU COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Excluídas as mercadorias tributadas que justificavam os créditos. Infração 01, subsistente em parte; **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS RETIDO E NÃO RECOLHIDO. **a)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS. A acusação fiscal se mostrou inconsistente com a memória de cálculo esboçada em seus anexos, denotando dissonância em relação à infração imputada e aos valores reclamados. Infração nula com espeque na alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF. Infração 03 insubstiente. **b)** OPERAÇÕES NÃO ESCRUTURADAS. A acusação fiscal se mostrou inconsistente com a memória de cálculo esboçada em seus anexos, denotando dissonância em relação à infração imputada e aos valores reclamados. Infração nula com espeque na alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF. Infração 04 insubstiente. 3. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. FALTA DE REGITSRO. **a)** MERCADORIA TRIBUTADA. Excluídas as mercadorias objeto da devolução. Infração 05 subsistente em parte. 06. **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Excluídas as mercadorias objeto da devolução. Infração 06 subsistente em parte. Afastadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório, foi lavrado em 27/03/2017, e refere-se à cobrança de ICMS e MULTAS FORMAIS no valor de R\$ 160.537,65, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Utilizou crédito fiscal indevidamente de mercadorias com saídas sem tributação conforme planilhas 10 de 2014 e 15 de 2015.”. No valor de **R\$ 51.086,62**, com aplicação de multa de 60%, referente ao período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015;

Infração 02 - 01.02.40 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). Utilizou créditos a maior que o destacado nos documentos fiscais, conforme demonstrativo analítico de débito extraídos do SIAF. No valor de R\$ 3.050,88, com aplicação de multa de 60%, referente ao período de janeiro a dezembro/2014; janeiro a julho, e dezembro de 2015;

Infração 03 - 02.01.02 – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Deixou de recolher o ICMS-ST destacado nas suas

NFe e não recolhido, conforme planilhas do SIAF, ver folhas 35 a 39 – 2014 e 58 a 60- 2015. No valor de R\$ 17.962,87, com aplicação de multa de 60%, referente ao período de janeiro, maio a dezembro de 2014; janeiro a março, maio a dezembro de 2015;

Infração 04 - 02.01.02 – Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referentes as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Deixou de recolher ICMS ST destacados nos documentos fiscais de saídas da empresa conforme demonstrativo analítico expedido pelo sistema SIAF. No valor de R\$ 3.899,23, com aplicação de multa de 100%, referente ao período de fevereiro, maio, julho, agosto a dezembro de 2014; janeiro a maio e julho e setembro de 2015;

Infração 05 - 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Deixou de escriturar na sua EFD NFe com mercadorias tributáveis conforme planilhas expedidas pelo SIAF. No valor de R\$ 31.589,15, referente ao período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015;

Infração 06 - 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal. Deixou de escriturar na sua EFD NFe de mercadorias não tributáveis conforme planilhas expedida pelo SIAF, folhas 48 a 51 2014 e 69 a 73 - 2015. No valor de R\$ 52.948,90, com aplicação de multa de 60%, referente ao período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 129 a 162, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre ter cumprido o prazo limítrofe para imposição da defesa, esclareceu que enviou a mesma para o endereço eletrônico consefprocessos@sefaz.ba.gov.br. Reproduziu o teor das infrações, quando disse que o lançamento seria nulo, diante da incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da fiscalização e por conta do cerceamento do direito de defesa pela ausência da documentação pertinente as infrações e, destacando quanto ao mérito, que seria totalmente improcedente.

Adentrando ao título “5. Das nulidades do lançamento fiscal”, disse que quanto ao sub título “a. Incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal” com base na previsão do art. 196 do CTN: “a autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.”.

Disse também que a legislação aplicável é o Decreto nº 7.629/99 que, em seu art. 28, § 1º, que reproduziu, especifica que a fiscalização dispõe do prazo de 90 dias, contados da ciência do contribuinte do termo de início de fiscalização, para a execução do procedimento de fiscalização, podendo este ser prorrogado por igual prazo, autorizado pelo órgão fazendário competente.

Complementando, disse que a norma reguladora do processo administrativo indica que a intimação, de todos e quaisquer atos praticados pelo agente fiscalizador, deve ser feita, preferencialmente, na pessoa do contribuinte, e que o parágrafo único do art. 196 do CTN e art. 28 do Decreto nº 7.629/99 prevê que os termos de fiscalização serão lavrados em livro fiscal do contribuinte e apresentados ao processo administrativo.

- CTN:

“Art. 196. (...)

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.”

- Decreto nº 7.629/99:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com

indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;”

Apontou que o Auditor Fiscal não cumpriu as exigências formais contidas na legislação vigente, apresentando vícios, geradores da nulidade, vez que segundo descrito no Auto de Infração, a fiscalização tem origem na Ordem de Serviço nº 508317/16, sem, contudo, apresenta-la a Impugnante, quando da ciência do lançamento fiscal, impossibilitando a verificação do cumprimento do prazo para concluir a sua fiscalização ou acerca da existência de prorrogação. Bem como, inviabiliza a constatação se o Auditor Fiscal, descrito como Autuante, estava designado para promover a atividade fiscalizatória e se o período autuado foi o mesmo indicado para ser fiscalizado.

Observou que as referidas situações geram a nulidade do lançamento fiscal, consoante o art. 18 do RPAF, por ofensa ao art. 2º, § 1º também do RPAF.

“Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

§ 1º No preparo, instrução e tramitação do processo, ter-se-á sempre em vista a conveniência da rápida solução do pedido ou litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador.”

“Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;”

Enfatizou que a atividade administrativa de lançamento do crédito tributário é plenamente vinculada, devendo o agente do Fisco sujeitar-se, rigorosamente, às disposições legais sob pena da sua inobservância viciar o ato praticado (art. 142, parágrafo único, do CTN), tendo reproduzido jurisprudências.

Rematou que o Autuante, não apresentando a Impugnante a Ordem de Serviço descrita no lançamento fiscal, exime-se de comprovar de que adotou todos os procedimentos legais para validade da ação fiscal. Assim, diante desse fato, afirma poder-se presumir que o lançamento fiscal foi realizado fora dos contornos legais para conclusão da fiscalização consignada na Ordem de Serviço, maculando, desta forma, o lançamento de ofício, já que é a ordem de serviço válida que legitima a lavratura do Auto de Infração.

Concluiu ser forçoso a declaração de nulidade do lançamento fiscal por ausência dos elementos essenciais e necessários à sua validade jurídica, decorrente da incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da fiscalização, omissões que traduzem afronta a legislação vigente e, por sua vez, em NULIDADE do procedimento fiscal.

Passando a abordar acerca do item *“b. Preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude de ausência de comprovação”*, disse que segundo o art. 2º do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), *“na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.”*

Explicando, disse que um dos requisitos para liquidez do auto de infração é a apresentação de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, através da apresentação minuciosa da

descrição da infração e dos documentos que a comprove. Ao não proceder desta forma, o Autuante afronta os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, tudo em total afronta ao art. 39, VI, do RPAF.

“Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

VI - outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal;”

Afirmou que o Autuante, no corpo do auto de infração, discorreu que a comprovação da exigência teve por base um demonstrativo fiscal (planilha), no qual apresenta o número da nota fiscal, o produto e seus respectivos valores, dentre outros dados.

Observa que, o Autuante, embora mencione no corpo do auto de infração, não apresentou os documentos fiscais mencionados em seu demonstrativo (infrações apresentadas pelo Autuante), muito menos os registros de entrada para comprovar que a Impugnante não procedeu a sua escrituração (infrações 05 e 06), e que por isso não logrou por comprovar a sua constatação, bem como os dados dispostos na planilha apresentada.

Antecipando-se a eventual alegação da dispensa da apresentação por se tratar de documento fiscal pertencente e de posse da Impugnante, disse ser forçoso reforçar que a apresentação dos documentos que respaldam a infração é uma obrigatoriedade disposta em lei e não uma faculdade da fiscalização. Assim, a planilha apresentada, mesmo que elaborada com dados do contribuinte, não é suficiente para ser utilizada como prova da infração.

Explicou que estando ausente à documentação fiscal mencionada no Auto fica prejudicada a verificação dos valores apresentados pela fiscalização, ou seja, a materialidade dos valores exigidos, situação que macula o crédito tributário exigido de iliquidez e incerteza, cerceando, por sua vez, o direito de defesa e o devido processo legal.

Aduziu que o § 1º do art. 39 do RPAF, só excepciona as exigências meramente formais. No caso em apreço, o lançamento incorre em nulidade por ausência de prova da infração em relação aos elementos determinantes da base material tributável, uma vez que a ausência dos documentos fiscais mencionados pelo Autuante não é passível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis.

Nessa diretriz, pontuou que o Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE) já se pronunciou, reproduzindo o julgado, em caso análogo, no sentido de que apresentação dos documentos (planilha, escrita fiscal) em mídia digital, não dispensa a fiscalização de entregá-los também em via impressa, evitando-se, desta forma, quaisquer erros e equívocos nos valores apresentados, o que não foi observado pelo Autuante, posto que não apresentou as planilhas impressas em sua totalidade.

Acrescentou que mesmo que tenha apresentado a chave de acesso, o que não é o caso dos autos, o Autuante não estaria desobrigado de apresentar os documentos fiscais. Ou seja, deve a fiscalização apresentar todos os documentos utilizados pelo Fisco para confecção da planilha ou demonstrativo de crédito tributário.

Afirmou que essa falha, portanto, demonstra que o levantado apresentado pela fiscalização não é suficiente, pois a liquidez e certeza só se comprovam mediante a demonstração de todos os dados que compõe o valor exigido, uma vez que o ato administrativo, para ter validade e exigibilidade, deve estar revestido dos seguintes elementos: agente, objeto, forma, motivo e o fim.

Entendeu que da forma como foi apresentado o crédito tributário não é suficiente à caracterização do valor exigido e, consequentemente, não fornece segurança ao Auto de Infração. Necessitaria o Autuante, no mínimo, apresentar os documentos que lhe deu respaldo.

Salientou que mencionar que a Impugnante deixou de recolher o ICMS, sem apresentar os

documentos pertinentes, não é suficiente para dar validade ao procedimento fiscal, uma vez que tolhe o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, não só da Impugnante, mas também do corpo julgador administrativo, em especial quando o raciocínio matemático aplicado se quer confirma o resultado apontado, citando o art. 142 do CTN, segundo o qual a Autoridade competente para lançar é obrigada a discriminar clara e precisamente: os fatos geradores, a matéria tributável, calcular o imposto devido e os períodos cobrados.

Disse que o fato gerador que nada mais é do que a adequação do fato (desde que provado) à norma (art. 114 do CTN), e as respectivas bases de cálculo e alíquotas.

Apesar de o lançamento decorrer de regra jurídica inquestionável, em que é dever da administração tributária adequar o fato pretendido as normas tanto administrativas quanto constitucionais e infraconstitucionais, apesar desta obrigação legal, o Fisco assim não agiu, pois apresentou um débito sem os documentos correlatos, desprezando o direito ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente assegurado à Impugnante (art. 5º, LV, da Constituição).

No mesmo sentido disse estar o art. 18, II, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99, que dispõe que são nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa e que desobedeçam a dispositivos expressos em lei, o que, pelo visto, é exatamente o caso presente.

“Art. 18. São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”

Apontou ser este o entendimento do Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF), quando reproduziu alguns de seus julgados.

“*ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INCERTEZA QUANTO À LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Não acatada a preliminar quanto à alegada decadência do crédito. Quanto à segunda preliminar é inegável a preterição do direito de defesa neste caso. A autuação contém vícios formais e materiais que comprometem a eficácia do procedimento. O débito foi apurado de forma irregular. Faltam demonstrativos analíticos do levantamento físico-quantitativo bem como do cálculo da antecipação tributária. A indeterminação da base de cálculo além de implicar cerceamento de defesa constitui afronta ao princípio da legalidade. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.*” (CONSEF/BA - 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL - AI Nº - 207110.1205/99-6, ACÓRDÃO JJF Nº 2027/00, DOE - 02/08/00).

“*NULIDADE. FALTA DE CLAREZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. Levantamento fiscal inconsistente, feito através de método incompatível com a legislação. Falta de prova. Modificada a Decisão Recorrida. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.*” (CONSEF/BA - 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL – AI Nº 206865.0007/01-8, ACÓRDÃO 3ª CJF Nº 0384-12/02).

Rematou impor-se a declaração de nulidade do Auto de Infração, primeiro porque desobedeceu a dispositivos expressos em lei; e, segundo, porque essa insegurança repercute no amplo direito de defesa da Impugnante.

Salientou que não se trata de meras incorreções ou omissões formais. Trata-se de omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento e que invalida o trabalho fiscal, porque retira da Impugnante o seu direito de defesa.

Por tais razões, concluiu estar evidente a nulidade do procedimento administrativo fiscal, efetivado através do presente Auto de Infração.

Adentrando ao título “6. Dos fundamentos de mérito”, e subtítulo “a. Improcedência da Infração 01”, disse tratar-se a infração da acusação de que a Impugnante “utilizou indevidamente crédito fiscal de ACÓRDÃO Nº 0167-03/21-VD

ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto”. Concluiu, entretanto, que essa acusação fiscal improcede. Passou, em seguida, a abordar acerca das mercadorias objeto da infração 01:

Começando pelo “*ARROZ FORNO C CALABR 600 G, ARROZ FORNO FRANGO 600 G e ARROZ FORNO PRES QJO 600 G*”, sobre o qual explicou que a fiscalização teria entendido que a saída desta mercadoria está acobertadas com o manto da isenção, razão pela qual sua entrada não geraria crédito para a Impugnante. Situação que estaria correta se o arroz referido fosse o previsto no art. 265, II, “c” do RICMS/2012.

“*Art. 265. São isentas do ICMS:*

(...)

II - as saídas internas de:

(...)

c) arroz e feijão;”

Em outras palavras, o arroz isento de tributação na saída é aquele branco (cru), sem qualquer processo de transformação ou preparação, como é o caso dos produtos listados pela fiscalização, os quais são refeições prontas a base de arroz.



Nesse contexto, vedar a utilização do crédito a Impugnante seria dar outra interpretação a legislação estadual, quando esta não isenta os preparados a base de arroz de tributação.

Portanto, é legítima a utilização do crédito decorrente da aquisição dos produtos indicados pela fiscalização, o que, por sua vez, gera a improcedência da exigência fiscal.

Quanto ao título “MERCADORIAS DIVERSAS”, pontuou que segundo ao Autuante a Impugnante teria adquirido “mercadorias diversas” cuja saída estaria beneficiada com isenção ou redução do imposto, que não geraria direito ao crédito referente a sua aquisição.

Perguntou: i) “*como o Autuante poderia afirmar que o produto está isento ou com redução do imposto se não o descreve?*” ii) “*Seria possível a identificação do produto apenas pelos valores indicados na planilha apresentada a Impugnante?*” iii) “*Seria possível o Julgador identificar o produto quando o Autuante não apresentou todas as notas fiscais mencionadas em seu levantamento fiscal?*”

Concluiu ser certo afirmar que o Autuante jamais poderia indicar a descrição do produto como “mercadorias diversas”, sem descrevê-la, pois só assim poderia indicar se está ou não sujeita a tributação. Só assim conferiria a Impugnante o direito de defesa e o devido processo legal, como também ao Julgador Administrativo quanto à materialidade dos fatos.

Salientou que, embora o Autuante tenha mencionado o documento fiscal e sua respectiva chave de acesso, não exerceu o seu dever legal de verificar a documentação fiscal citada em sua planilha, ou melhor, se o produto descrito na nota fiscal realmente está isenta ou com redução de imposto em sua saída, inquinando o lançamento de iliquidez e incerteza, mediante a comprovação de que o citado produto não existe.

Questiona também: *poderia o Autuante considerar que as saídas de mercadoria são isentas ou com redução do ICMS sem analisar as notas fiscais autuadas? A ausência das notas fiscais autuadas permite o exercício do direito de defesa e a convicção justificada do Julgador Tributário? Qual é a garantia de que os valores dos produtos considerados como isentos ou com redução do imposto na saída são efetivamente aqueles constantes das notas fiscais autuadas?*

Reclamou que a ausência da documentação mencionada pelo Autuante na planilha prejudica a verificação da materialidade das indicações, possíveis descrições e dos valores apresentados, situação que viola tanto o direito de defesa da Impugnante, como o convencimento justificado do Julgador Tributário, posto que sem a confirmação da materialidade do que se alega é impossível manter a liquidez, certeza e a exigibilidade do crédito tributário.

Esclareceu que os produtos, indicados em valores pela fiscalização (já que não apresenta a sua descrição), e contidos nas notas fiscais de aquisição apontadas, geram direito ao crédito, uma vez que foram objeto de devolução com escrituração do débito do ICMS para anular os efeitos do crédito questionado: (doc. 03), fl. 191 a 217.

Data	NF Autuada	NF Devolução
08/01/2014	406300	7548
10/01/2014	71567	7554
27/01/2014	73716	7603
12/03/2014	78401	7765
12/03/2014	78404	7766
24/03/2014	79847	7798
28/03/2014	27284	7813
04/04/2014	81254	7853
09/04/2014	81766	7858
25/04/2014	83570	7897
22/05/2014	33563	8003
22/05/2014	87175	8002

28/05/2014	87833	8012
16/06/2014	32063	8079
21/06/2014	90528	8094
25/06/2014	90933	8098
30/06/2014	91519	8120
07/07/2014	92384	8139
31/01/2015	87651	8882
14/04/2015	2259	9136
14/05/2015	1095324	9265
28/05/2015	2711	9302
28/05/2015	2712	9302
11/06/2015	2827	9364
15/06/2015	21145	9372

Explicou que a devolução da mercadoria deve ser tributada como forma de assegurar a anulação do débito, pelo fornecedor, do ICMS incidente quando da saída original e, por conseguinte, deve ser mantido o regime de débito e crédito, na escrita fiscal da Impugnante, como instrumento de anulação dos efeitos tributários, assegurando-se a ausência de prejuízo ao erário público, bem como à Impugnante, nos termos da legislação vigente.

- RICMS: **Decreto nº 13.780/2012**, vigente a partir de 01/04/2012:

“Art. 451. Na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário.

Art. 452. Na hipótese de devolução de mercadoria cuja entrada tenha ocorrido sem utilização de crédito fiscal pelo recebedor, será permitido a este creditar-se do ICMS lançado na nota fiscal de devolução, desde que em valor igual ao do imposto lançado no documento originário.”

Ao tratar do título “b. Improcedência das Infrações 03 e 04”, inicialmente às reproduz.

Infração 03: “Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Deixou de recolher o ICMS-ST destacado nas suas NFe e não recolhido, conforme planilhas dom SIAF, ver folhas.”

Infração 04: “Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referentes as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Deixou de recolher ICMS ST destacados nos documentos fiscais de saídas da empresa conforme demonstrativo analítico expedido pelo sistema SIAF.”

Asseverou que não procedem às acusações fiscais, uma vez que não há imposto a ser recolhido, isso porque as operações indicadas pela fiscalização são provenientes de devoluções de mercadorias, cujo imposto destacado é meramente informativo, para fins de garantir o resarcimento do fornecedor/remetente (**doc. 04**), fls. 218 a 233, nos termos da legislação estadual.

- RICMS: **Decreto nº 13.780/2012**, vigente a partir de 01/04/2012:

“Art. 299. Nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido:

I - o remetente estornará o débito fiscal correspondente à nota fiscal de devolução no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS;

Art. 451. Na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no

documento originário.

Art. 452. Na hipótese de devolução de mercadoria cuja entrada tenha ocorrido sem utilização de crédito fiscal pelo recebedor, será permitido a este creditar-se do ICMS lançado na nota fiscal de devolução, desde que em valor igual ao do imposto lançado no documento originário.”

Disse que diante da comprovação da devolução das mercadorias, não há razão para manutenção da exigência fiscal, sob pena de colaborar para o enriquecimento sem causa do Estado, uma vez que exige imposto de operação de cancelamento do fato gerador do ICMS. E que o Autuante usou de presunção para exigir imposto sem verificar a verdade material da operação que gerou a suposta falta de recolhimento do ICMS-ST.

Cuidando do título “c. Improcedência das Infrações 05 e 06”, inicialmente às reproduz.

Infração 05: “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Deixou de escriturar na sua EFD NFe com mercadorias tributáveis conforme planilhas expedidas pelo SIAF, ver folhas.”

Infração 06: “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal. Deixou de escriturar na sua EFD NFe de mercadorias não tributáveis conforme planilhas expedida pelo SIAF, folhas.”

Pontuou que a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória correspondente a 1% do valor comercial da mercadoria, capitulada no art. 42, IX e XI da Lei nº 7.014/96.

“*Infração 05:*

“*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

(...)

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;”

“*Infração 06:*

“*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

(...)

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;”

Afirmou que as infrações não procedem.

Passando ao subtítulo “c.1. Operações cancelada/anulada pelo fornecedor”, asseverou não haver na legislação estadual dispositivo que obrigue a Impugnante a registrar nota fiscal cuja mercadoria não recebeu, uma vez que a operação foi cancelada/anulada pelo próprio fornecedor, conforme pode ser observado dos documentos fiscais em anexo (**docs. 05** (infração 05) e **06** (infração 06)).

Abordando o item “c.2. Não obrigatoriedade de registrar nota fiscal, cuja mercadoria não ingressou no estabelecimento da Impugnante”, explicou que quando a mercadoria chega ao estabelecimento, antes do recebimento, a Impugnante faz uma checagem nos controles internos para verificar se foi, efetivamente, solicitada aquela mercadoria, bem como se corresponde a especificação, preço e prazo negociados.

Para os casos em que constata não ter sido solicitada do fornecedor ou não corresponder ao pedido, recusa-se a entrada, permanecendo a carga sob a responsabilidade do transportador que retornará com a mercadoria para o estabelecimento remetente.

Afirmou que a legislação fixa procedimento específico a ser adotado e que não foi observado pela fiscalização no art.450 do RICMS/2012. Diz o dispositivo:

“*Art. 450. O contribuinte que receber, em retorno, mercadoria que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário deverá:*

I - emitir nota fiscal, por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário: número, série, data da emissão e valor da operação;

II - lançar a nota fiscal emitida na forma do inciso I do caput no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Crédito do Imposto”, quando for o caso.”

Rematou que a norma determina que o remetente/fornecedor escreiture o retorno da mercadoria, e não prevê que o destinatário/impugnante registre mercadoria que não deu entrada no estabelecimento, de forma que improcede a presente autuação.

Ao se referir ao item “c.3. Da competência normativa do Decreto”, trouxe a doutrina a respeito do dever da administração ao controle da legalidade da norma regulamentadora do então Prof. Eros Grau, ex Ministro da Suprema Corte, que dispõe “*Essa atribuição conferida ao Executivo pelo Legislativo consubstancia permissão para o exercício de função que é própria do Executivo, como faculdade vocacionada à integração do ordenamento jurídico. Por isso, ela preexiste à atribuição, da qual podemos dizer cumprir o papel de instrumento do controle da legalidade daquele exercício. (...).*” (In Direito Posto e o Direito Pressuposto, Ed. Malheiros, 3ª edição, p. 186).

Destacou que o decreto regulamentar, sobre ser norma de interpretação, goza da presunção de legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade, que vincula todos os administrados subordinados ao Executivo.

Logo, a Impugnante vinha recusando o recebimento de mercadoria que não adquiriu, retornando-a com a mesma nota fiscal original.

Insistiu a Impugnante não aceitava a entrega da mercadoria para depois devolver, simplesmente recusava-se em receber e a retornava ao remetente, tudo conforme preceitua a legislação tributária vigente. Apontou também, no mesmo sentido, doutrina do Prof. Celso Antônio Bandeira de Melo.

Quanto à circunstância relatada em relação a recusa da entrada da mercadoria no estabelecimento que o fornecedor remeteu indevidamente, pelas normas acima citadas, disse dever ser do próprio remetente/fornecedor da mercadoria a obrigação de emitir nota fiscal de entrada, conforme os documentos fiscais que informou estar em anexo. E rematou: “*Ora, se foi ele quem errou ao enviar indevidamente a mercadoria, que assuma o seu erro não podendo transferi-lo para a Impugnante.*”

Explicou que, no caso específico, a Paraíba é um Estado consumidor, cujos produtos originam-se de outras Unidades da Federação e que, a par desse fato, a Administração Fazendária montou um sistema de Controle de Fronteiras, no qual registra todas as entradas e saídas de mercadorias originadas de outros Estados ou destinadas a outras Unidades da Federação. E relatou o seguinte:

“Nas entradas com destino a contribuintes sediados na Paraíba, controla-o via sistema eletrônico de Processamento de Dados, alimentando a fiscalização que deve verificar se o destinatário, na Paraíba, registrou as notas fiscais de aquisição.

De posse desse sistema, confrontando-o com os registros da Impugnante, concluiu que notas fiscais tinham entrado no Estado com destino à Impugnante, mas não se encontravam registradas no Livro Registro de Entradas tampouco nos registros contábeis, resultando em saída de mercadoria sem recolhimento do imposto.

Quando alertada pelo Fisco, a partir da listagem produzida no posto fiscal, de boa-fé, a Impugnante buscou ver o que de fato ocorreria. Pensou até que alguém estava comprando indevidamente em seu nome. Após exaustiva pesquisa, concluiu que se cuidava de mercadoria não recebida e que teria retornado aos fornecedores remetentes.

In casu, para o Fisco, não prevalece o princípio de direito de que a boa-fé se presume e a má-fé se prova. Até mesmo a norma estadual está sendo violentada.

Essa inversão de valores torna o auto de infração totalmente improcedente para que a Impugnante, obedecendo às normas, não padeça de penalidade, bem como para evitar que prevaleça a presunção de má-fé por parte do Fisco, eis que cabe a este produzir as provas.”

Ao tratar do título “c.4. Da produção das provas pelo Fisco” disse que o Autuante inverteu o ônus da prova e transferiu para a Impugnante o ônus de comprovar quando seria dele a obrigação (art. 333,

I do CPC). Dizendo nesse sentido, citou doutrina e jurisprudência.

Asseverou que o Fisco não produziu a prova necessária à sustentação das suas teses de que a mercadoria entrou ou saiu do estabelecimento da Impugnante, e que para ter validade o lançamento não pode existir dúvidas. Tem que ser claro, límpido, de modo tanto a estar provado o fato gerador, como correta e claramente tipificado. E para que se afaste por completo toda e qualquer confusão, inexistentes dúvidas e não haja cerceamento ao direito de defesa, impõe-se que o lançamento se faça acompanhar das provas.

Citou o princípio de segurança jurídica e da moralidade. Disse que este princípio da segurança jurídica não transige sequer com a analogia quando se trata de exigir obrigação não tipificada em lei (§ 1º do artigo 108 do CTN). Pontuou que o princípio da moralidade, portanto, deve nortear a atuação do Estado, sendo obrigatória a sua observância, consoante o art. 37, *caput* da Constituição. Afirmou que este princípio consubstancia a proteção ao valor jurídico da lealdade, da boa-fé nas relações entre os agentes privados e que também deve reger as relações entre o Estado e os indivíduos. Também por este motivo, improcede a presente denúncia fiscal.

Asseverou que os dados, com certeza, constam dos arquivos da Fazenda, porque a saída também é registrada no mesmo sistema de controle. Mas ao invés de se dar ao trabalho de procurar os documentos fiscais, por comodidade, transfere a obrigação da prova para a Impugnante. O Autuante pode alegar o volume de notas fiscais, o trabalho exaustivo, mas não pode atribuir responsabilidade à Impugnante que a própria norma dispensa.

Reforçando a não obrigatoriedade do destinatário da mercadoria (Impugnante) em registrar nota fiscal quando a mercadoria retornou ao estabelecimento do fornecedor, e o fato de que o dever de prestar informações quanto à nota fiscal não entregue ao destinatário é do remetente.

Rematou que por todos esses fatos, a exigência fiscal deve ser julgada improcedente, sendo o que ao final requereu.

Em relação ao tópico “c.5. *Do poder de fiscalizar da Administração Pública:*” disse que a Impugnante está sendo obrigada pelo Fisco a executar o trabalho que seria dele. Forçada a requerer junto aos fornecedores provas de que a mercadoria foi objeto de retorno, quando caberia, primeiro, ao fornecedor o dever de informar o Fisco; segundo, ao próprio Fisco, que tem poder de exigir a exibição de documentos, e fazer o lançamento a busca da verdade material, determinando a intimação dos fornecedores para que informem o retorno das mercadorias em questão.

Asseverou existir meios de descobrir se a mercadoria não deu entrada no estabelecimento da Impugnante. Basta observar, além do livro de entrada, o Livro Registro de Inventário ou analisar os registros contábeis, eis que a compra de mercadoria é registrada a débito na conta de estoque e a crédito na conta de caixa ou banco no ativo ou fornecedor no passivo, tudo devidamente registrado na contabilidade.

Explicou que, mesmo que existente, a simples entrada dos produtos não caracteriza operação relativa à circulação de mercadorias apta a justificar a obrigatoriedade de escrituração da nota fiscal. Ou seja, esta presunção não supre a necessidade de comprovação cabal da efetiva realização de operações relativas à circulação de mercadorias (com cunho econômico), único fato que, por mandamento constitucional, pode ser erigido pelo legislador infraconstitucional como gerador do ICMS. Reproduziu jurisprudência do CONSEF e de outros tribunais administrativos.

Concluindo que o fato do Fisco não apresentar prova de que as mercadorias deram entrada no estabelecimento da Impugnante, por si só, já resulta em improcedência do procedimento e consequentemente na inexigibilidade do imposto aplicado.

Ao tratar do tópico “c.6. *Da desproporcionalidade e confiscatoriedade da multa aplicada:*” afirmou que a multa de 1% sobre o valor comercial do produto se afigura desproporcional e confiscatória.

Explicou que a sanção, por suposto desrespeito a uma obrigação de fazer, que não tem conteúdo econômico delimitável, diferentemente da obrigação de dar (obrigação principal), a jurisprudência vem afirmando que a multa (obrigação acessória) a ser aplicada deve ter valor fixo. Nesse contexto,

pontuou que o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, (STF, RE 640452, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 16/09/2011), acolheu o caráter confiscatório da multa.

“Tema 487: Caráter confiscatório da “multa isolada” por descumprimento de obrigação acessória decorrente de dever instrumental.”

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PUNIÇÃO APLICADA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DEVER INSTRUMENTAL RELACIONADO À OPERAÇÃO INDIFERENTE AO VALOR DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA (PUNIÇÃO INDEPENDENTE DE TRIBUTO DEVIDO). “MULTA ISOLADA”. CARÁTER CONFISCATÓRIO. PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE.

QUADRO FÁTICO-JURÍDICO ESPECÍFICO. PROPOSTA PELA EXISTÊNCIA DA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL DEBATIDA.

Proposta pelo reconhecimento da repercussão geral da discussão sobre o caráter confiscatório, desproporcional e irracional de multa em valor variável entre 40% e 05%, aplicada à operação que não gerou débito tributário.” (STF, RE 640452, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 16/09/2011).

Entendeu não ser razoável admitir-se que a lei determine a consideração de um percentual de 1% sobre o valor comercial da mercadoria, principalmente para o efeito de impor pesada sanção ao contribuinte, principalmente se tais informações não trouxeram qualquer prejuízo ao Erário, em especial quando nas notas fiscais listadas pelo Fisco foram canceladas pelo fornecedor.

Ressaltou que o Estado não sobrevive de multas, conquanto suas atividades e obrigações institucionais são provisionadas com a arrecadação de impostos. Em razão disso, a multa não pode jamais ter caráter remuneratório, apenas punitivo, e deve ser aplicada na proporção da penalidade cometida.

Salienta que a multa aplicada no patamar de 1% sobre o valor comercial da mercadoria, é exorbitante, injusta e abusiva, com nítido caráter confiscatório. No caso, afasta-se o caráter punitivo da multa, transformando-a em arrecadatória.

Passando a abordar o tópico “d. Da exorbitância das multas aplicadas:” apontou que mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada nos percentuais de 60% e 100% sobre o valor principal (infrações 01, 03 e 04).

Disse que duas são as razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Em relação ao primeiro ponto, declarou que as penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, em que, reitere-se, discute-se a possibilidade de gozo de benefício fiscal legalmente instituído e em vigor, e que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Pontuou que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal, e que por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

E não poderia ser diferente, vez que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora.

Consequentemente, requereu o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Tratando do tópico “e. Do in dúvida pro contribuinte:”, disse dever ser levado em consideração

também o benefício da dúvida. Apontou que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Finalizando com o tópico “*Dos pedidos:*” reproduzo:

“Ante o exposto, requer a Impugnante o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da improriedade da exigência fiscal.

Sucessivamente, a Impugnante pede, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Requer, outrossim, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

Protesta a Impugnante pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

A defesa volta a se pronunciar às fls. 306 requerendo juntada dos comprovantes fls, 309 a 316, de quitação total da infração 02, e parcial das infrações 01, 05 e 06.”

O Autuante se pronuncia às fls. 319 a 323, discorreu sobre os tópicos da defesa, apontou os argumentos defensivos quanto a nulidade e quanto ao mérito e passou a apresentar sua informação fiscal sob o título “1 - DA INFORMAÇÃO FISCAL”, com referência a arguição em relação Ordem de Serviço, afirmou que não foi descumprida nenhuma exigência formal como também não tem nenhum vício que possa ensejar a nulidade do lançamento (ver folhas 15 e 16 do PAF).

Esclareceu que há muito foi abolida a documentação fiscal em papel, com o advento da NFe, conforme art. 82 que reproduziu, e a Escrituração Fiscal Digital, a qual o contribuinte tem que enviar a SEFAZ todos os meses, após a sua escrituração, reflete toda a movimentação da empresa, por item e NFe.

Disse que toda a documentação fiscal que comprova os valores das planilhas, foram extraídos da sua EFD que está anexada ao PAF no DVD folha 24, onde consta a data da emissão, nº das NFes, chave da NFe, código do produto, NCM, descrição do item, etc. (ver folhas 19 a 25 e 52 a 54). Portanto, tem o representante da autuada, todas as informações necessárias para fazer a verificação das planilhas apresentadas e que serviram de base para elaboração do presente lançamento. Não há como prosperar esta sua alegação. Reproduziu o art. 82 do RICMS/2012.

“Art. 82. Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador”.

Discorrendo sobre o item “6. DO MERITO”, afirmou que a defesa fez três questionamentos, que reproduzo a seguir:

1) *Lista três produtos que considera geradores de créditos, o qual eu concordo e vou retirá-los da planilha e em seguida gerar um novo demonstrativo com novos valores, e uma cópia será entregue a autuada.*

2) *Mercadorias Diversas. Entendemos que mercadorias diversas são aqueles produtos que não fazem parte do segmento da empresa, ou seja, suas aquisições e vendas. E para justificar com mais clareza, vamos analisar os DANFEs juntados pela autuada doc. 03, folhas 192 a 216 do PAF, onde todos eles referem-se a mercadorias diversas e todos eles referem-se às NFes de saída e suas NCMs, na sua grande maioria, são iguais para produtos diversos e muitos deles com NCM 99999999.*

3) *Volta a questionar a não juntada de documentos para justificar o lançamento, o qual já foi explicado no item anterior. Todos os dados que alimentaram as planilhas e o lançamento foram extraídas da sua EFD entregue a SEFAZ pelo próprio contribuinte e que*

todos os dados necessários à comprovação estão escriturados na sua EFD.

4 Por fim demonstra em uma planilha a relação das NFes de saídas com as NFes de entradas referente a devoluções, para justificar os créditos.

Observou que, no caso em tela, o contribuinte recebeu produtos com sua saída sem tributação e fez o seu creditamento com NFes de terceiros, que não é o correto. Depois ele faz a devolução desses produtos e destaca o ICMS.

Explicou que este procedimento contém dois erros básicos: i) Fez um crédito indevido para no futuro fazer um débito para compensar o crédito. Isso não é concebido na Legislação do ICMS. ii) E o outro é que a forma correta é a exposta no art. 455, como listado abaixo e é como a autuada deveria ter procedido.

“Art. 455. Tratando-se de devoluções ocorridas no estabelecimento, o contribuinte poderá emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas durante o dia ou a semana, devendo especificar a quantidade e a descrição das mercadorias, o número, a série, a subsérie e a data dos documentos fiscais originários, sem prejuízo dos procedimentos previsto nos incisos II e III do § 1º do art. 454.”

Declarou que as infrações 05 e 06 devem ser excluídas deste lançamento de crédito já que as mesmas contêm erros na sua elaboração, devido uma falha no programa de fiscalização (SIAF). E que apensou novo demonstrativo sem estas infrações que foram excluídas.

Quanto ao questionamento sobre a exorbitância dos percentuais da multa aplicada, esclareceu que estes percentuais estão dispostos em lei. E como sua função fiscalizadora é vinculada e está limitada em lei, não lhe caberia tecer comentário sobre constitucionalidade. Portanto, não é na esfera administrativa o campo ideal se discutir sobre constitucionalidade.

Quanto ao pedido do “*in dúvida pro contribuinte*”, também está prejudicada sua impugnação. Não existe nenhuma dúvida quanto aos itens listados no art. 112 do CTN. Portanto mais uma impugnação que não deve prosperar.

Quanto ao seu pedido de nulidade e ou improcedência, também não deve prosperar já que a infração atende a todos os requisitos dispostos em lei.

Pede ao final pela procedência parcial deste auto de infração, após os ajustes procedidos depois da impugnação e desta informação fiscal.

Às fls. 343 a 344 consta diligência solicitada pela 5ª JJF com o seguinte teor:

“5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

REMESSA DOS AUTOS À ASTEC

Considerando que em análise realizada pelo Colegiado da 5ª JJF, este concluiu que na informação fiscal questões importantes deixaram de era enfrentadas;

Considerando que as planilhas que embasaram a infração 01 se referem a denominações genéricas “MERCADORIAS DIVERSAS” quando se refere às mercadorias objeto da autuação;

Considerando que a informação fiscal não esclareceu a contento esse ponto a que se refere utilização da denominação genérica “MERCADORIAS DIVERSAS”;

Considerando que é possível verificar a quais mercadorias se referem as notas fiscais objeto da denominação “MERCADORIAS DIVERSAS” a partir da consulta à NF-e a partir da chave indicada na respectiva planilha de cálculo elaborada pelo Autuante;

Considerando que a defesa elencou e anexou diversos DANFEs que alega representarem devoluções de mercadorias ou comprovar o desfazimento do negócio, situações que em tese mitigariam as infrações 01, 03, 04 05, 06, mas que, porém, não foram adequadamente enfrentadas pela informação fiscal;

Considerando que houve reconhecimento parcial das infrações 01, 03, 04, 05 e 06, sem que esteja explicitado nos autos a memória dos cálculos empreendidos pela Impugnante em relação às parcelas

reconhecidas.

Decidiu a 5ª IJF pela remessa dos autos a ASTEC para que seja levada a cabo a seguinte diligência:

1. Intimar a Impugnante para apresentar sua memória de cálculo em relação às parcelas reconhecidas parcialmente em relação às infrações 01, 03, 04, 05 e 06, e de posse desses dados, apartá-los das parcelas remanescentes evitando confusão quanto da cognição acerca do valor efetivo objeto remanescente da impugnação;

2. Esclarecer com relação à infração 01 a que mercadorias se refere as planilhas do Autuante quanto àquelas denominadas “MERCADORIAS DIVERSAS”, e se estas se enquadrariam à acusação fiscal respectiva excluindo àquelas que não se enquadrarem, devendo elaborar novo demonstrativo se for o caso;

3. Ainda com relação à infração 01, verificar a pertinência da alegação de que as notas fiscais anexadas pela defesa a título de (Doc. 03) às fls. 192 a 217, poderiam mitigar a acusação fiscal, elaborando novo demonstrativo de débito se for o caso;

4. Com relação à infração 04, verificar a pertinência da alegação defensiva de que as operações indicadas pela fiscalização são provenientes de devoluções de mercadorias, cujo imposto destacado foi meramente informativo, para fins de garantir o ressarcimento do fornecedor/remetente (doc. 04), fls. 218 a 233. Elaborando novo demonstrativo de débito se for o caso;

5. Com relação à infração 05, verificar a pertinência da alegação defensiva de que as operações indicadas pela fiscalização são provenientes de devoluções de mercadorias, cujo imposto destacado foi meramente informativo, para fins de garantir o ressarcimento do fornecedor/remetente (doc. 05), fls. 235 a 281. Elaborando novo demonstrativo de débito se for o caso;

6. Com relação à infração 06, verificar a pertinência da alegação defensiva de que as operações indicadas pela fiscalização são provenientes de devoluções de mercadorias, cujo imposto destacado foi meramente informativo, para fins de garantir o ressarcimento do fornecedor/remetente (doc. 06), fls. 283 a 303. Elaborando novo demonstrativo de débito se for o caso;

7. Promover a ciência à Impugnante para, em querendo, se pronunciar no prazo de 10 (dez) dias;

8. Dar ciência ao Autuante do resultado desta diligência e pronunciamento da defesa se houver.

Cumprida a diligência deve os autos retornarem ao CONSEF para julgamento.”

O resultado da diligência veio aos autos pelas fls. 348 a 352: Disse o diligente que a Impugnante foi intimada conforme fl. 353 para apresentar sua memória de cálculo em relação às parcelas reconhecidas parcialmente em relação às infrações 01, 03, 04, 05 e 06, tendo apresentado em 26/04/2021, juntamente com os respectivos comprovantes de recolhimento da parte reconhecida, bem como o saldo remanescente para cada infração, conforme fls. 354 / 364. Como segue:

A defesa, em atendimento ao Diligente ASTEC, se pronuncia às fls. 354 a 358: Explicou que fora intimada em 19/04/2021 para, em 05 dias, “Apresentar demonstrativo com memória de cálculo em relação às parcelas reconhecidas parcialmente em relação às infrações 01, 03, 04, 05 e 06, e com base nos dados, apartá-los das parcelas remanescentes evitando confusão quanto da cognição acerca do valor efetivo objeto remanescente da impugnação.”

Neste contexto a Requerente esclareceu que reconheceu e promoveu o pagamento total da Infração 02 e parcial das Infrações 01, 05 e 06, com as devidas reduções legais, conforme noticiado através da petição protocolada no dia 07/06/2017 (doc. 01). Consequentemente, impugnou parte do valor exigido nas Infrações 01, 05 e 06 e a totalidade das Infrações 03 e 04.

Deste modo apresentou o seguinte demonstrativo, em cumprimento a intimação dizendo se tratar da “memória de cálculo em relação às parcelas reconhecidas parcialmente” e o “valor efetivo objeto remanescente da impugnação.” (doc. 02)

**INFRAÇÃO 01 – 01.02.26 - PAGAMENTO PARCIAL E
IMPUGNAÇÃO PARCIAL**

COMPETÊNCIA	VALOR HISTÓRICO	VALOR PAGO	VALOR CONTESTADO
janeiro-14	R\$ 1.175,85	R\$ 843,23	R\$ 332,62
fevereiro-14	R\$ 1.466,82	R\$ 1.406,67	R\$ 60,15
marco-14	R\$ 3.530,28	R\$ 3.387,88	R\$ 142,40
abril-14	R\$ 2.925,28	R\$ 2.833,61	R\$ 91,67
maio-14	R\$ 1.668,70	R\$ 1.242,57	R\$ 426,13
junho-14	R\$ 1.352,89	R\$ 1.108,25	R\$ 244,64
julho-14	R\$ 1.621,86	R\$ 1.533,94	R\$ 87,92
agosto-14	R\$ 7.944,08	R\$ 7.705,47	R\$ 238,61
setembro-14	R\$ 2.074,76	R\$ 2.008,64	R\$ 66,12
outubro-14	R\$ 6.916,01	R\$ 6.306,61	R\$ 609,40
novembro-14	R\$ 4.293,73	R\$ 4.273,00	R\$ 20,73
dezembro-14	R\$ 3.640,57	R\$ 3.627,65	R\$ 12,92
janeiro-15	R\$ 2.507,73	R\$ 2.416,25	R\$ 91,48
fevereiro-15	R\$ 2.994,51	R\$ 2.580,33	R\$ 414,18
marco-15	R\$ 1.776,53	R\$ 1.737,29	R\$ 39,24
abril-15	R\$ 1.435,95	R\$ 1.090,11	R\$ 345,84
maio-15	R\$ 397,49	R\$ 330,23	R\$ 67,26
junho-15	R\$ 347,44	R\$ 135,01	R\$ 212,43
julho-15	R\$ 542,71	R\$ 124,11	R\$ 418,60
agosto-15	R\$ 125,36	R\$ 125,36	R\$ -
setembro-15	R\$ 1.586,60	R\$ 471,11	R\$ 1.115,49
outubro-15	R\$ 30,02	R\$ 30,02	R\$ -
novembro-15	R\$ 690,15	R\$ 642,70	R\$ 47,45
dezembro-15	R\$ 41,30	R\$ 41,30	R\$ -
Total	R\$ 51.086,62	R\$ 46.001,34	R\$ 5.085,28

INFRAÇÃO 02 – 01.02.40 - PAGAMENTO TOTAL			
COMPETÊNCIA	VALOR HISTÓRICO	VALOR PAGO	VALOR CONTESTADO
01/2014 a 12/2015	R\$ 3.050,88	R\$ 3.050,88	R\$ -
Total	R\$ 3.050,88	R\$ 3.050,88	R\$ -

INFRAÇÃO 03 – 02.01.01 - IMPUGNAÇÃO TOTAL			
COMPETÊNCIA	VALOR HISTÓRICO	VALOR PAGO	VALOR CONTESTADO
01/2014 a 12/2015	R\$ 17.962,87	R\$ -	R\$ 17.962,87
Total	R\$ 17.962,87	R\$ -	R\$ 17.962,87

INFRAÇÃO 04 – 02.01.02 - IMPUGNAÇÃO TOTAL			
COMPETÊNCIA	VALOR HISTÓRICO	VALOR PAGO	VALOR CONTESTADO
02/2014 a 09/2015	R\$ 3.899,23	R\$ -	R\$ 3.899,23
Total	R\$ 3.899,23	R\$ -	R\$ 3.899,23

INFRAÇÃO 05 – 16.01.01 - PAGAMENTO PARCIAL E IMPUGNAÇÃO PARCIAL			
COMPETÊNCIA	VALOR HISTÓRICO	VALOR PAGO	VALOR CONTESTADO
janeiro-14	R\$ 766.71	R\$ 613.45	R\$ 153.26
fevereiro-14	R\$ 647.08	R\$ 233.55	R\$ 413.53
marco-14	R\$ 1.101.47	R\$ 1.012.56	R\$ 88.91
abril-14	R\$ 1.366.87	R\$ 326.54	R\$ 1.040.33
maio-14	R\$ 3.874.44	R\$ 1.071.53	R\$ 2.802.91
junho-14	R\$ 3.947.48	R\$ 599.86	R\$ 3.347.62
julho-14	R\$ 493.73	R\$ 329.79	R\$ 163.94
agosto-14	R\$ 458.15	R\$ 322.51	R\$ 135.64
setembro-14	R\$ 2.604.35	R\$ 1.747.87	R\$ 856.48
outubro-14	R\$ 2.422.77	R\$ 340.81	R\$ 2.081.96
novembro-14	R\$ 659.56	R\$ 370.42	R\$ 289.14
dezembro-14	R\$ 234.24	R\$ 179.79	R\$ 54.45
janeiro-15	R\$ 827.81	R\$ 543.98	R\$ 283.83
fevereiro-15	R\$ 1.156.76	R\$ 720.63	R\$ 436.13
marco-15	R\$ 1.711.33	R\$ 465.39	R\$ 1.245.94
abril-15	R\$ 482.89	R\$ 237.67	R\$ 245.22
maio-15	R\$ 196.37	R\$ 131.88	R\$ 64.49
junho-15	R\$ 62.94	R\$ 23.94	R\$ 39.00
julho-15	R\$ 366.02	R\$ 204.32	R\$ 161.70
agosto-15	R\$ 480.13	R\$ 231.66	R\$ 248.47
setembro-15	R\$ 168.25	R\$ 114.74	R\$ 53.51
outubro-15	R\$ 582.79	R\$ 63.31	R\$ 519.48
novembro-15	R\$ 315.91	R\$ 55.19	R\$ 260.72
dezembro-15	R\$ 6.661.07	R\$ 5.718.99	R\$ 942.08
Total	R\$ 31.589.12	R\$ 15.660.38	R\$ 15.928.74

INFRAÇÃO 06 – 16.01.02 - PAGAMENTO PARCIAL E IMPUGNAÇÃO PARCIAL			
COMPETÊNCIA	VALOR HISTÓRICO	VALOR PAGO	VALOR CONTESTADO
janeiro-14	R\$ 391.09	R\$ 256.46	R\$ 134.63
fevereiro-14	R\$ 1.341.73	R\$ 185.59	R\$ 1.156.14
marco-14	R\$ 496.02	R\$ 290.65	R\$ 205.37
abril-14	R\$ 1.710.09	R\$ 1.504.39	R\$ 205.70
maio-14	R\$ 313.51	R\$ 231.83	R\$ 81.68
junho-14	R\$ 2.704.71	R\$ 576.76	R\$ 2.127.95
julho-14	R\$ 309.89	R\$ 261.80	R\$ 48.09
agosto-14	R\$ 665.10	R\$ 111.86	R\$ 553.24
setembro-14	R\$ 1.043.87	R\$ 972.68	R\$ 71.19
outubro-14	R\$ 5.253.03	R\$ 3.977.39	R\$ 1.275.64
novembro-14	R\$ 19.366.30	R\$ 19.074.09	R\$ 292.21
dezembro-14	R\$ 2.103.18	R\$ 2.021.72	R\$ 81.46
janeiro-15	R\$ 1.560.77	R\$ 680.47	R\$ 880.30

fevereiro-15	R\$ 2.383,77	R\$ 2.374,63	R\$ 9,14
marco-15	R\$ 1.991,54	R\$ 1.525,57	R\$ 465,97
abril-15	R\$ 1.046,90	R\$ 661,31	R\$ 385,59
maio-15	R\$ 356,74	R\$ 280,40	R\$ 76,34
junho-15	R\$ 414,35	R\$ 405,03	R\$ 9,32
julho-15	R\$ 1.192,31	R\$ 1.185,01	R\$ 7,30
agosto-15	R\$ 874,53	R\$ 772,83	R\$ 101,70
setembro-15	R\$ 357,97	R\$ 333,26	R\$ 24,71
outubro-15	R\$ 3.432,32	R\$ 1.552,31	R\$ 1.880,01
novembro-15	R\$ 1.645,94	R\$ 362,73	R\$ 1.283,21
dezembro-15	R\$ 1.993,24	R\$ 1.922,49	R\$ 70,75
Total	R\$ 52.948,90	R\$ 41.521,26	R\$ 11.427,64

Nesse contexto, requereu:

(i) a homologação dos recolhimentos e extinção dos créditos tributários totais da Infração 02 e parciais das Infrações 01, 05 e 06, nos termos do art. 156, I do CTN; e (ii) a improcedência do valor remanescente das Infrações 01, 05 e 06 e da totalidade das Infrações 03 e 04, face aos argumentos e comprovação elencados em sua Impugnação.

Dando continuidade ao relatório da DILIGÊNCIA ASTEC, disse o Diligente:

Tratando da infração 01, em relação às mercadorias denominadas “*MERCADORIAS DIVERSAS*”, constantes da planilha de fls. 19 / 25 e 52 / 54, informou o Diligente que foram pesquisadas as NFes pelas chaves de Acesso, tendo elaborado um novo demonstrativo onde constam as referidas mercadorias desta feita devidamente *"IDENTIFICADAS"*, constatando que as mesmas se enquadram à acusação fiscal respectiva, conforme planilha às fls. 365 / 368 e gravada em CD à fl. 444.

Ainda com relação à infração 01, confirmou ter verificado a pertinência da alegação de que as notas fiscais anexadas pela defesa a título de “(Doc.03)” às fls. 192 a 217, podem mitigar a acusação fiscal, constatando serem notas fiscais de Devolução, as quais estão acobertando as notas fiscais originais, tendo elaborado novo demonstrativo de débito conforme planilha às fls. 369 / 372 e gravada em CD à fl. 444.

Com relação à infração 04, afirmou ter constatado que as notas fiscais indicadas pela fiscalização são provenientes de devoluções de mercadorias, constantes da nota fiscal original, justificativa, cujo imposto destacado foi meramente informativo, para fins de garantir o resarcimento do fornecedor, sendo elaborado novo demonstrativo de débito, conforme planilha às fls. 373 / 375 e gravada em CD à fl. 444.

Com relação à infração 05, disse ter constatado que as notas fiscais indicadas pela fiscalização são provenientes de devoluções de mercadorias, constantes da nota fiscal original, justificativa, cujo imposto destacado foi meramente informativo, para fins de garantir o resarcimento do fornecedor, sendo elaborado novo demonstrativo de débito, conforme planilha às fls. 376 / 405 e gravada em CD à fl. 444.

Com relação à infração 06, afirmou que constatou que as notas fiscais indicadas pela fiscalização também são provenientes de devoluções de mercadorias, constantes da nota fiscal original, justificativa, cujo imposto destacado foi meramente informativo, para fins de garantir o resarcimento do fornecedor, sendo elaborado novo demonstrativo de débito, conforme planilha às fls. 406 / 443 e gravada em CD à fl. 444.

Efetuadas as devidas verificações, feito as exclusões que se fizeram necessárias, foram elaborados novos demonstrativos para as infrações 01, 04, 05 e 06, conforme planilhas anexas e gravadas em CD à fl. 444, conforme demonstrado a seguir:

D E M O N S T R A T I V O D E D É B I T O

Data da Ocor.	Data do Venc.	Inf. 01	Inf. 04	Inf. 05	Inf. 06
---------------	---------------	---------	---------	---------	---------

31.01.2014	09.02.2014	860,08		766,71	391,09
28.02.2014	09.03.2014	1.466,82		647,08	1.341,73
31.03.2014	09.04.2014	3.387,88		1.101,47	496,02
30.04.2014	09.05.2014	2.833,61		1.366,87	1.710,09
31.05.2014	09.06.2014	1.515,43		3.874,44	313,51
30.06.2014	09.07.2014	1.133,52		3.947,48	2.704,71
31.07.2014	09.08.2014	1.579,32	362,96	493,73	309,89
31.08.2014	09.09.2014	7.944,08	2,08	458,15	665,11
30.09.2014	09.10.2014	2.074,76	105,19	2.604,35	1.043,87
31.10.2014	09.11.2014	6.916,01	6,42	2.422,77	5.253,03
30.11.2014	09.12.2014	4.293,73	8,50	659,56	19.366,30
31.12.2014	09.01.2015	3.640,57	1.471,23	234,24	2.103,18
31.01.2014	09.02.2014	860,08		766,71	391,09
31.01.2015	09.02.2015	2.416,25		827,81	1.560,77
28.02.2015	09.03.2015	2.994,51		1.156,76	2.383,77
31.03.2015	09.04.2015	1.776,53		1.711,34	1.991,54
30.04.2015	09.05.2015	1.264,16		482,89	1.046,90
31.05.2015	09.06.2015	330°,23		196,40	356,74
30.06.2015	09.07.2015	135,01		62,94	414,35
31.07.2015	09.08.2015	542,71		366,02	1.192,31
31.08.2015	09.09.2015	125,36		480,13	874,53
30.09.2015	09.10.2015	1.586,60		168,25	357,97
31.10.2015	09.11.2015	30,02		582,78	3.432,32
30.11.2015	09.12.2015	690,15		315,91	1.645,94
31.12.2015	09.01.2016	41,30		6.661,07	1.993,24
T O T A L		49.578,64	2.206,64	31.589,13	52.948,92

A defesa voltou a se pronunciar em função do resultado da diligência às fls. 448 a 451.

Inicialmente a Manifestante informa que reconheceu e promoveu o pagamento total da Infração 02 e parcial das Infrações 01, 05 e 06, com as devidas reduções legais, conforme noticiado através da petição protocolada no dia 07/06/2017. Consequentemente, impugnou parte do valor exigido nas Infrações 01, 05 e 06 e a totalidade das Infrações 03 e 04.

Reproduziu o resultado da diligência feita pela ASTEC, e afirmou que a despeito da conclusão fiscal, a Manifestante esclareceu que seu direito de defesa foi cerceado, uma vez que as planilhas indicadas e apresentadas às 365/443 dos autos e que foram gravadas em CD à fl. 444 pelo Auditor Fiscal, não foram disponibilizadas à Peticionante quando da ciência do Parecer ASTEC nº 00012/2021 (fls. 348/352).

Ressaltou que deste fato se depreende que o cerceamento do direito de defesa permanece nos autos, pois, mesmo que o Auditor ASTEC tenha promovido tardivamente à descrição da mercadoria, a Manifestante ficou impedida de analisar se está ou não sujeita a tributação.

Como prova dessa situação disse que há produtos, que foram descritos pela fiscalização como isentos, mas que, na realidade são tributados e geram direito ao crédito. Como foi apontado em sua defesa, mas não observado quando do Parecer.

Apontou o caso do ARROZ FORNO C CALABR 600 G, ARROZ FORNO FRANGO 600 G e ARROZ FORNO

PRES QJO 600 G que, segundo a fiscalização as saídas são isentas, razão pela qual sua entrada não geraria crédito.

Contudo, o arroz isento de tributação na saída é aquele branco (cru) (art. 265, II, “c” do RICMS/2012), sem qualquer processo de transformação ou preparação, como é o caso dos produtos listados pela fiscalização, os quais são refeições prontas a base de arroz.

Afirmou que nesse contexto, a ausência do novo demonstrativo apresentado aos autos implica em cerceamento ao direito de defesa, além de confirmar a nulidade do lançamento fiscal.

Disse ocorrer de igual forma no que diz respeito às demais infrações do auto, para as quais foram apresentados novos demonstrativos, sem, contudo, apresenta-los a Peticionante, impossibilitando, desta forma, a verificação, por exemplo, das exclusões promovidas.

Ademais, ressaltou que, nos mesmos termos das exclusões promovidas, está a Infração 03, ou seja, em sua defesa a Manifestante apresentou a confirmação de que as operações indicadas pela fiscalização são provenientes de devoluções de mercadorias. Assim sendo, e conforme já confirmado pelo Parecer, essas operações devem ser retiradas do lançamento fiscal.

Desta forma, e diante do Parecer ASTEC, rematou que o lançamento fiscal, além de nulo, está totalmente improcedente.

Ante o exposto, requereu que seja promovida nova intimação, com a apresentação dos novos demonstrativos (planilhas) apresentados pelo Auditor Fiscal.

A fl. 459 consta documento de encaminhamento para à Impugnante e seus Patronos do resultado da DILIGÊNCIA ASTEC, constante das fls. 343 a 344 e do despacho à fl. 458, do Parecer ASTEC fls. 348 a 443 e CD ROOM respectivo.

A defesa não se pronunciou.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, devo registrar que a defesa atravessou ofício, à fl. 306, comprovando o recolhimento integral da infração 02, restando esta, afastada da presente demanda.

Preliminarmente, encontro as arguições de nulidade esboçadas pela defesa, que resumidamente podem ser entendidas como: i) incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da fiscalização; ii) cerceamento do direito de defesa, pela ausência da documentação pertinente às infrações.

Quanto ao primeiro tópico, verifico que tem por esquecer a narrativa de que o Auditor Fiscal não cumpriu as exigências formais contidas na legislação vigente, vez que, segundo descrito no Auto de Infração, a fiscalização teve origem na Ordem de Serviço nº 508317/16, sem, contudo, apresentá-la a Impugnante, quando da ciência do lançamento fiscal, impossibilitando a verificação do cumprimento do prazo para concluir a sua fiscalização ou acerca da existência de prorrogação, tendo inviabilizado também constatar se o Auditor Fiscal, descrito como Autuante, estava designado para promover a atividade fiscalizatória e se o período autuado foi o mesmo indicado para ser fiscalizado.

Nenhuma razão assiste à Impugnante, quanto ao argumento de que a falta de apresentação da “ordem de serviço” poderia inquinar o auto de infração de nulidade, pois este documento é de controle interno da SEFAZ, que só interessa ao Autuante e seus superiores hierárquicos.

Por outro lado, a sua falta de apresentação não implicaria em impedimento para a contribuinte, em saber se os procedimentos de auditoria fiscal cumpriram o prazo de 90 (noventa) dias, ou foi objeto de prorrogação, pois este dado é facilmente aferível a partir da simples contagem de prazo a partir da data da intimação para apresentação de seus livros e documentos fiscais que se deu em 10/02/2017 (fls. 19 a 23), e a lavratura do Auto de Infração ocorrida em 27/03/2019.

Some-se aos argumentos acima o fato de que a OS nº 508317/16 se encontra apensada aos autos às fls.

15 e 16, e por isso absolutamente disponível para aferição que ensejou a presente arguição de nulidade, a qual rechaço a *prima facie*.

Passando a abordar acerca da alegação de que houve ausência de comprovação em relação às acusações fiscais, sob a afirmativa de que o Autuante, no corpo do auto de infração, discorre que a comprovação da exigência tem por base um demonstrativo fiscal (planilha), no qual apresenta o número da nota fiscal, o produto e seus respectivos valores, dentre outros dados, o Autuante não teria apresentado os documentos fiscais mencionados em seu demonstrativo, muito menos os registros de entrada para comprovar que a Impugnante não procedeu a sua escrituração (infrações 05 e 06), e por isso não logrou por comprovar a sua constatação, bem como os dados dispostos na planilha apresentada.

O enfrentamento das questões acima não requer grande esforço, trata-se de arguição absolutamente defasada do contexto hodierno em que vige a nota fiscal eletrônica, em que todos os dados em relação a um documento fiscal tornou-se de domínio público, onde qualquer cidadão de posse da chave que identifica o referido documento fiscal, pode consultá-lo no site: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/principal.aspx>.

Deste modo, verificado constar das planilhas do Autuante as referidas chaves de acesso aos dados do documento fiscal, objeto da autuação, resta afastado esse argumento defensivo, pois de posse desta informação, não há falar em cerceamento do direito de sua defesa.

Destarte, preliminarmente, verifico que o presente lançamento de crédito tributário não sucumbiu às arguições de nulidade evocadas pela defesa.

Adentrando ao mérito, inicialmente em relação à infração 01, que acusou a Impugnante de Utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, verifico que assiste razão `Impugnante em relação às mercadorias “ARROZ FORNO C CALABR 600 G, ARROZ FORNO FRANGO 600 G” e o “ARROZ FORNO PRES QJO 600 G”.

Posto que de fato estes produtos não são albergados pela isenção prevista no art. 265, II, “c” do RICMS/2012, haja vista que este dispositivo se refere ao arroz puro, sem nenhum pré cozimento, tempero ou tratamento ou acompanhamento especial. Quando, por outro lado, os arrozes objeto da autuação são os referentes às fotos abaixo:



Deste modo, resta evidente que estas mercadorias devem ser excluídas do levantamento fiscal, bem como a mercadoria que inclui na mesma situação “ARROZ TI 10X1KG PARB TOP”, pois o processo de parboilização se trata de um processo industrial de pré-cozimento.

Consta ainda dos autos, que a infração 01 foi objeto de diligência para:

2. “Esclarecer com relação à infração 01 a que mercadorias se refere as planilhas do Autuante quanto àquelas denominadas “MERCADORIAS DIVERSAS”, e se estas se enquadrariam à acusação fiscal respectiva excluindo àquelas que não se enquadrarem, devendo elaborar novo demonstrativo se for o caso;
3. Ainda com relação à infração 01, verificar a pertinência da alegação de que as notas fiscais anexadas pela defesa a título de (Doc. 03) às fls. 192 a 217, poderiam mitigar a acusação fiscal, elaborando novo demonstrativo de débito se for o caso;”

O Diligente da ASTEC, esclareceu que:

2. “Em relação às mercadorias denominadas “MERCADORIAS DIVERSAS”, constantes da planilha de fls. 19 / 25 e 52 / 54, foram pesquisadas as NFe, pelas **chaves de Acesso**, sendo elaborado um novo demonstrativo onde constam as referidas mercadorias “IDENTIFICADAS”, constatando que as mesmas se enquadram à acusação fiscal respectiva, conforme planilha

gravada em CD à fl. 444.

3. Ainda com relação à infração 01, foi verificada a pertinência da alegação de que as notas fiscais anexadas pela defesa a título de “(Doc.03)” às fls. 192 a 217, poderiam mitigar a acusação fiscal, constatando serem notas fiscais de Devolução, as quais estão acobertando as notas fiscais originais, sendo elaborado novo demonstrativo de débito, conforme planilha gravada em CD à fl. 444.

De maneira que acompanho a revisão fiscal realizada pelo Diligente da ASTEC, acrescentando, contudo, que as mercadorias alegadas pela defesa serem tributadas nas saídas: “ARROZ FORNO C CALABR 600 G, ARROZ FORNO FRANGO 600 G” e o “ARROZ FORNO PRES QJO 600 G”, rol ao qual este relator incluiu a mercadoria “ARROZ T1 10X1KG PARB TOP” foram também excluídas no curso da instrução, haja vista não se tratarem de mercadorias isentas em suas operações de saídas, por serem arrozes industrializados. Sendo este o único reparo feito na planilha de revisão fiscal apresentada pelo DILIGENTE ASTEC. Ou seja, a redução do valor lançado que se referem aos produtos a seguir listados em seus respectivos meses em que foram exigidos:

Dta	Mês	NumDoc	UF	DescriItem	VI Bc	Aliq	VIIcms
14/08/14	ago-14	4425	RS	ARROZ T1 10X1KG PARB TOP	13.872,00	7	971,04
				ago-14 Total	13.872,00		971,04
23/09/14	set-14	4487	RS	ARROZ T1 10X1KG PARB TOP	14.136,00	7	989,52
				set-14 Total	14.136,00		989,52
29/10/14	out-14	4508	RS	ARROZ T1 10X1KG PARB TOP	19.437,00	7	1.360,59
				out-14 Total	19.437,00		1.360,59
23/01/15	jan-15	4701	RS	ARROZ T1 10X1KG PARB TOP	16.803,00	7	1.176,21
				jan-15 Total	16.803,00		1.176,21
11/02/15	fev-15	715983	BA	ARROZ FORNO C CALABR 600 G	93,28	17	15,86
11/02/15	fev-15	715983	BA	ARROZ FORNO FRANGO 600 G	93,27	17	15,86
11/02/15	fev-15	715983	BA	ARROZ FORNO PRES QJO 600 G	93,28	17	15,86
				fev-15 Total	279,83		47,58
				Total Geral	64.527,83		4.544,94

Cabe registrar, que aquiesço também com os expurgos realizados pelo Diligente da ASTEC, em relação às glosas de crédito que se referiam a devolução de mercadorias, tendo em vista que estas quando da emissão de notas fiscais para fins de sua devolução também foram objeto de destaque do ICMS, repercutindo por ocasião das saídas na anulação do crédito fiscal, estando de acordo com os arts. 451 e 452 do RICMS/2012.

Resultando que após a exclusão do valor de R\$ 4.544,94 da infração 01, conforme discriminado na tabela acima, o valor exigido originalmente pela infração 01 que foi reduzido de R\$ 51.086,62, para R\$49.578,64, pelo Diligente ASTEC, fica reduzido desta feita para R\$45.033,70, conforme explicado acima, após a dedução dos arrozes industrializados.

Sendo assim, voto pela sua subsistência parcial da infração 01, reduzindo o valor original de R\$ 51.086,62, para R\$45.033,70.

Em continuidade, passo a examinar a pertinência da infração 03, que trata da acusação de que a Impugnante teria deixado de recolher o ICMS-ST referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Verificando as razões defensiva a esse respeito observo que foi alegado que tais notas fiscais constantes da planilha da acusação fiscal referente esta infração se refere a devoluções de mercadorias, descabendo por isso a exigência do recolhimento exigido no presente PAF.

Contudo, perquirindo os elementos probatórios da acusação fiscal, sobretudo atendendo a indicação constante do próprio histórico da acusação fiscal relativa a infração 03, conforme consta à fl. 03 da peça vestibular, que aponta para as planilhas constantes das fls. 35 a 39 para as exigências

relativas ao exercício de 2014 e 58 a 60 para o exercício de 2015, constato duas inconsistências:

- i) o título das planilhas se refere à “*Substituição tributária escriturada a menor em relação ao destacado na nota fiscal – Demonstrativo analítico*”, o qual está dissonante com a acusação fiscal de que “*Infração 03 - 02.01.02 – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Deixou de recolher o ICMS-ST destacado nas suas NFe e não recolhido, conforme planilhas dom SIAF, ver folhas (...).*”;
- ii) os valores mensais apurados nas planilhas não coincidem com os valores lançados mensamente conforme exigido nesta infração 03 – A título exemplificativo tem-se que jan-14 – na planilha consta R\$ 0,00 e no formulário do auto de infração consta R\$ 297,45, e respectivamente em fev/14 – R\$163,97/ R\$254,96.

De maneira que voto pela nulidade da infração 03, com espeque na alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF, e art. 142 do CTN, haja vista não ser possível determinar a infração por não estar em sintonia com a respectiva planilha de memória de cálculo do *quantum* exigido, bem como estar dissonante com a acusação fiscal, implicando em cerceamento de defesa e impossibilidade de contraditório.

Em relação à infração 04, que trata da acusação fiscal de que a Impugnante teria deixado de recolher o ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, e consequentemente não recolheu o ICMS-ST destacado nos documentos fiscais de saídas da empresa, verifiquei as mesmas inconsistências observadas em relação à infração 03, haja vista ter apurado que:

- i) o título das planilhas se refere à “*Multa – Nota fiscal de entrada não tributada não lançada*”, o qual está dissonante com a acusação fiscal de que “*Infração 04 - 02.01.02 – Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referentes as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Deixou de recolher ICMS ST destacados nos documentos fiscais de saídas da empresa conforme demonstrativo analítico expedido pelo sistema SIAF.*”;
- ii) os valores mensais apurados nas planilhas não coincidem com os valores lançados mensamente conforme exigido nesta infração 04 – A título exemplificativo tem-se que jan-14 – na planilha consta R\$ 391,09 e no formulário do auto de infração consta R\$ 0,00, e respectivamente em fev/14 – R\$1.341,73/ R\$163,97.

De maneira que voto pela nulidade da infração 04, com espeque na alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF, e art. 142 do CTN, haja vista não ser possível determinar a infração, por não estar em sintonia com a respectiva planilha de memória de cálculo do *quantum* exigido, bem como estar dissonante com a acusação fiscal, implicando em cerceamento de defesa e impossibilidade de contraditório.

Analizando os argumentos em relação à **infração 05**, verifiquei ser pertinente a alegação da defesa de que algumas notas fiscais objeto da autuação por falta de escrituração fiscal se referiam a mercadorias que não deram entrada no estabelecimento, por conta da recusa em receber-la, situação que implicou em emissão de nota fiscal de entrada pelo próprio remetente conforme se pode verificar dos documentos acostados pela defesa denominados de Doc. 06, constantes das fls. 284 a 303. Feitas as devidas verificações no curso da instrução fiscal, resultou pela necessidade de exclusão no valor lançado em relação à **infração 05** dos valores atinentes aos documentos fiscais listados abaixo:

De modo, que a infração 05 ficou reduzida do valor de R\$6.516,01, passando de R\$31.589,15, para R\$25.073,14, conforme demonstrativo de débito a seguir:

INFRAÇÃO 05 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO APÓS JULGAMENTO						
Data	Venceto	B. Cálc	Aliq	Multa	Deduções	VI Julg.
31/01/2014	02/09/2014	76.671,00	1%	766,71		766,71
28/02/2014	03/09/2014	64.708,00	1%	647,08	209,36	437,72
31/03/2014	04/09/2014	110.147,00	1%	1.101,47		1.101,47
30/04/2014	05/09/2014	136.687,00	1%	1.366,87	42,56	1.324,31

31/05/2014	06/09/2014	387.444,00	1%	3.874,44	2.400,13	1.474,31
30/06/2014	07/09/2014	394.748,00	1%	3.947,48	2.177,23	1.770,25
31/07/2014	08/09/2014	49.373,00	1%	493,73	61,36	432,38
31/08/2014	09/09/2014	45.815,00	1%	458,15		458,15
30/09/2014	10/09/2014	260.435,00	1%	2.604,35	640,7	1.963,65
31/10/2014	11/09/2014	242.277,00	1%	2.422,77	466,36	1.956,41
30/11/2014	12/09/2014	65.956,00	1%	659,56		659,56
31/12/2014	01/09/2015	23.424,00	1%	234,24		234,24
31/01/2015	02/09/2015	82.781,00	1%	827,81	168,46	659,35
28/02/2015	03/09/2015	115.676,00	1%	1.156,76	206,12	950,64
31/03/2015	04/09/2015	171.134,00	1%	1.711,34	112,42	1.598,92
30/04/2015	05/09/2015	48.289,00	1%	482,89	0,7	482,19
31/05/2015	06/09/2015	19.640,00	1%	196,4	6,46	189,94
30/06/2015	07/09/2015	6.294,00	1%	62,94		62,94
31/07/2015	08/09/2015	36.602,00	1%	366,02		366,02
31/08/2015	09/09/2015	48.013,00	1%	480,13	24,14	455,99
30/09/2015	09/10/2015	16.825,00	1%	168,25		168,25
31/10/2015	09/11/2015	58.278,00	1%	582,78		582,78
30/11/2015	09/12/2015	31.591,00	1%	315,91		315,91
31/12/2015	09/01/2016	666.107,00	1%	6.661,07		6.661,07
TOTAIS				31.589,15	6.516,01	25.073,16

Adentrando à análise da infração 06, verifico ser pertinente a alegação da defesa de que algumas notas fiscais objeto da autuação por falta de escrituração fiscal se referiam a mercadorias que não deram entrada no estabelecimento por conta da recusa em receber-la, situação que implicou em emissão de nota fiscal de entrada pelo próprio remetente conforme se pode verificar dos documentos acostados pela defesa denominados de Doc. 06, constantes das fls. 284 a 303. Feitas as devidas verificações, no curso da instrução fiscal, resultou pela necessidade de exclusão no valor lançado em relação à infração 06 dos valores atinentes aos documentos fiscais listados abaixo:

DATA	NOTA FISCAL	VILiqItem	% MULTA	MULTA	FLS
fev-14	74316	609,51	1%	6,10	286
	fev-14 Total	609,51		6,10	
jan-14	1429289	144,00	1%	1,44	294
	jan-14 Total	144,00		1,44	
mar-14	5086364	3.623,62	1%	36,24	298
	mar-14 Total	3.623,62		36,24	
mai-14	1707977	426,55	1%	4,27	296
	mai-14 Total	426,55		4,27	
jun-14	90023	391,58	1%	3,92	288
	jun-14 Total	391,58		3,92	
ago-14	568743	16.155,60	1%	161,56	289
	ago-14 Total	16.155,60		161,56	
out-14	89538	13.791,43	1%	137,91	293

	out-14 Total	13.791,43		137,91	
dez-14	1137527	927,12	1%	9,27	300
	dez-14 Total	927,12		9,27	
jan-15	1966481	3.591,31	1%	35,91	302
	jan-15 Total	3.591,31		35,91	
mai-15	577411	284,65	1%	2,85	292
	mai-15 Total	284,65		2,85	
jun-15	6422490	932,40	1%	9,32	299
	jun-15 Total	932,40		9,32	
ago-15	2528450	899,33	1%	8,99	303
ago-15	276745	95,00	1%	0,95	287
	ago-15 Total	994,33		9,94	
set-15	107207	491,28	1%	4,91	297
set-15	1200045	1.355,82	1%	13,56	301
	set-15 Total	1.847,10		18,47	
out-15	369615	2.232,31	1%	22,32	284
out-15	952147	785,44	1%	7,85	291
	out-15 Total	3.017,75		30,18	
nov-15	155570	42.529,44	1%	425,29	295
	nov-15 Total	42.529,44		425,29	
	Total Geral	89.266,39		892,66	
	Total Geral	89.266,39		892,66	

De modo que, a infração 06 ficou reduzida do valor de R\$892,66, passando de R\$52.948,90, para R\$52.056,24, conforme demonstrativo de débito a seguir:

Data	Venceto	B. Cálc	Aliq	Multa	Deduções	VI Julg.
jan-14	02/09/14	39.109,00	1%	391,09	1,44	389,65
fev-14	03/09/14	134.173,00	1%	1.341,73	6,10	1.335,63
mar-14	04/09/14	49.602,00	1%	496,02	36,24	459,78
abr-14	05/09/14	171.009,00	1%	1.710,09		1.710,09
mai-14	06/09/14	31.351,00	1%	313,51	4,27	309,24
jun-14	07/09/14	270.471,00	1%	2.704,71	3,92	2.700,79
jul-14	08/09/14	30.989,00	1%	309,89		309,89
ago-14	09/09/14	66.510,00	1%	665,10	161,56	503,54
set-14	10/09/14	104.387,00	1%	1.043,87		1.043,87
out-14	11/09/14	525.303,00	1%	5.253,03	137,91	5.115,12
nov-14	12/09/14	1.936.630,00	1%	19.366,30		19.366,30
dez-14	01/09/15	210.318,00	1%	2.103,18	9,27	2.093,91
jan-15	02/09/15	156.077,00	1%	1.560,77	35,91	1.524,86
fev-15	03/09/15	238.377,00	1%	2.383,77		2.383,77
mar-15	04/09/15	199.154,00	1%	1.991,54		1.991,54
abr-15	05/09/15	104.690,00	1%	1.046,90		1.046,90

mai-15	06/09/15	35.674,00	1%	356,74	2,85	353,89
jun-15	07/09/15	41.435,00	1%	414,35	9,32	405,03
jul-15	08/09/15	119.231,00	1%	1.192,31		1.192,31
ago-15	09/09/15	87.453,00	1%	874,53	9,94	864,59
set-15	10/09/15	35.797,00	1%	357,97	18,47	339,50
out-15	11/09/15	343.232,00	1%	3.432,32	30,18	3.402,14
nov-15	12/09/15	164.594,00	1%	1.645,94	425,29	1.220,65
dez-15	01/09/16	199.324,00	1%	1.993,24		1.993,24
Totais				52.948,90	892,66	52.056,23

Em relação às arguições referentes às multas aplicadas, reputo que por se tratarem de exações previstas na Lei 7.014/96, e restarem comprovadas as acusações que implicam na tipificação legal, falece competência a essa esfera administrativa para aplicar juízo de valor às mesmas, de modo que não resta alternativa, senão mantê-las incólumes, nos termos exarados na peça vestibular.

Por fim, voto pela procedência parcial do presente Auto de Infração, resultando na redução de seu valor original de R\$ 160.537,65, para R\$125.213,96. Conforme demonstro a seguir:

INFRAÇÕES	VL ORIGINAL	REDUÇÃO	VL JULG.
1	51.086,62	6.052,92	45.033,70
2	3.050,88	0,00	3.050,88
3	17.962,87	17.962,87	0,00
4	3.899,23	3.899,23	0,00
5	31.589,15	6.516,01	25.073,16
6	52.948,90	892,66	52.056,23
TOTAIS	160.537,65	35.323,69	125.213,97

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206826.0001/17-1, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do crédito tributário no valor de **R\$48.084,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42 VII “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 77.129,39**, previstas nos incisos IX, XI da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR