

A. I. N° - 281231.0004/19-0
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO PORTO CARMO
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.04.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0037-05/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. **a)** SAÍDAS REGISTRADAS EM EQUIPAMENTOS EMISSORES DE CUPONS FISCAIS; **b)** SAÍDAS REGISTRADAS EM NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. As Infrações 01 e 02 diferem apenas na fonte documental dos lançamentos, mas ambas atacam diferenças de imposto em virtude das alíquotas erroneamente consideradas pelo contribuinte. Preliminares arguidas afastadas. Acatada a alegação de decadência parcial, posto que a ciência do auto de infração se deu em março de 2019, apesar de haver cobrança de imposto para fatos geradores ocorridos em janeiro e fevereiro de 2014. Acolhida a prejudicial, em face do art. 150, § 4º do CTN, deixando a salvo os fatos jurígenos ocorridos a partir de março de 2014. Após debates na instrução, foram excluídos do monte inicial os valores relacionados a mercadorias cujas operações de saída do estabelecimento autuado não sofrem mais tributação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

As supostas infrações tratam de recolhimento a menor de imposto. Lavrado em 21.3.2019, teve, o contribuinte, ciência do presente auto de infração em 29.3.2019.

Conforme entendimento já externado pela d. PGE, em sede de Incidente de Uniformização formalizado no processo **2016.194710-0**, o prazo decadencial é contado com base nos critérios expendidos no art. 150, § 4º do CTN, na medida em que o fato tributável foi exteriorizado com a emissão de documentos fiscais eletrônicos, disponíveis na *web*, de sorte que a partir da ocorrência do fato gerador é que deve disparar a contagem do prazo de cinco anos, pois desde aquela época tinha o fisco conhecimento da existência das operações de venda a consumidor final e do suposto erro no dimensionamento da carga tributária.

Logo, com base neste raciocínio, os fatos imponíveis de janeiro e fevereiro de 2014 decaíram antes de 29.3.2019, data da ciência do auto de infração, estando equivocada a data aposta na peça defensiva, fl. 123, isto é, 26.9.2018, não mais podendo o Estado reclamar sobre eles o cumprimento da obrigação tributária.

Dito isto, para efeito da cobrança ora apreciada, considero livres da decadência apenas os fatos imponíveis acontecidos a partir de março de 2014, para ambas as infrações, as quais passo a apreciar no mérito.

Cumpre referenciar que o presente relatório atende às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos atores do PAF, adaptado, inclusive, para esta sessão virtual.

Optou-se também por indicar neste relatório as folhas das principais peças existentes nos autos

como orientação e localização por parte dos demais integrantes deste Colegiado.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 21/03/2019, exige imposto no valor histórico de R\$ 165.823,70, com base nas seguintes irregularidades:

Infração 01 – 03.02.02. – Recolhimento a menor de ICMS, em face de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação de regência, em operações regularmente escrituradas. Nas saídas lançadas em ECF ocorreram erros na determinação da carga tributária, conforme demonstrativos.

Fatos geradores de janeiro a abril de 2014.

Cifra de R\$ 6.366,33.

Enquadramento legal no corpo do auto de infração.

Infração 02 – 03.02.02: Recolhimento a menor de ICMS, em face de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação de regência, em operações regularmente escrituradas. Inconsistências nas saídas lançadas em notas fiscais, conforme demonstrativos.

Fatos geradores de janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015.

Cifra de R\$ 159.457,37.

Enquadramento legal no corpo do auto de infração.

Fiscalização acosta, entre outros documentos (fls. 06/120): intimação para apresentação de livros e documentos; demonstrativos analíticos e sintéticos das irregularidades cometidas; CD contendo arquivos eletrônicos e recibo respectivo.

Empresa oferta impugnação (fls. 123/141) em 28.5.2019, oportunidade em que:

Argui a decadência parcial das obrigações referentes ao período de 01.01.2014 a 28.02.2014.

Levanta a nulidade da “ação fiscal” (sic.), em razão de (i) necessariamente o auto de infração dever ser lavrado no local do estabelecimento ou na repartição fazendária, visto que o contribuinte tem que tomar ciência imediata da punição para adotar as medidas cabíveis e (ii) haver falta de clareza e imprecisão nos seus fundamentos, na forma do art. 142 do CTN, implicando em desatenção à ampla defesa e ao contraditório, isto porque não trouxe o fisco a discriminação das notas fiscais e respectivos valores, trazendo como precedente decisão de 1999.

No mérito, lembra a técnica constitucional da não cumulatividade, o direito ao uso dos créditos fiscais e afirma que “os créditos utilizados pela Recorrente foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal correspondente, todos devidamente comprovados nos autos” (sic; fl. 127).

Afirma ainda que: “ao proceder a importação de produtos, a empresa é obrigada a recolher a alíquota do ICMS sobre o valor da mercadoria, para depois creditar-se deste valor em seus livros fiscais” (fl. 128).

Aproveita para dizer que no máximo as multas devem ser de 2% sobre o valor corrigido.

Garante inexistir liame entre os valores pretendidos e a exigência efetuada.

E diz que a prevalecer a exigência haverá confisco, pois o imposto e acréscimos são superiores à sua capacidade econômica.

Especificamente para a infração 01, aduz que a auditoria inseriu no levantamento produtos isentos ou já alcançados pela substituição tributária. São eles: *amendoim dori confeitado, amendoim yoki descascado, brócolis nieve congelado, coco seco e luva mucambo*.

Já para a infração 02, pondera que devem ser excluídos da cobrança os valores correspondentes: (i) às remessas de material de uso ou consumo feitas para outras filiais da empresa, porquanto isentas, na forma do art. 265, XII do RICMS-BA, feitas pela empresa regularmente documentadas utilizando o CFOP 5949, posto serem materiais de embalagem (sacolas, sacos, bandejas, bobinas),

totalizando R\$ 108.066,29; (ii) a transferência de bem do ativo imobilizado, NF 13374, também isentas na forma do dispositivo atrás citado, totalizando R\$ 816,00; (iii) a transferência de margarina em balde, usada na fabricação de produtos de panificação, totalizando R\$ 3.761,25.

Assegura a carência das provas produzidas pelo autuante, discorrendo sobre movimentações de inventário e levantamento quantitativo de estoques, o dever de investigação do fisco para efetivar o lançamento do crédito tributário, venda de mercadorias sem nota fiscal, adoção de presunções, prova ilícita, documentos estranhos à atividade da empresa, tudo com apoio em decisões judiciais.

Por fim, volta a falar em confisco, além de outros princípios aplicáveis em seu favor, como o da propriedade, capacidade contributiva, mínimo vital, proporcionalidade, progressividade, seletividade, legalidade, isonomia, anterioridade e irretroatividade.

E arremata, com citações doutrinárias, que o tributo, quando é maior que o lucro da empresa, configura confisco da propriedade.

Além de documentos de representação legal, contribuinte juntou mídia digital contendo arquivos eletrônicos (fls. 142/144).

No seu informativo fiscal (fls. 145/147), o autuante:

Atesta estar o auto de infração acompanhado de todos os demonstrativos necessários à compreensão da cobrança, contra recibo do contribuinte, com todas as dimensões relacionadas com a obrigação tributária.

Discorda da aplicação da decadência, posto o sujeito passivo ter adotado conduta acarretando recolhimento a menor, identificado depois da ação fiscal, sendo a hipótese do art. 173 do CTN.

Acerca das preliminares de nulidade, garante que: (i) o procedimento fiscal seguiu o art. 39, § 1º do RPAF-BA, no qual reside a faculdade do lançamento de ofício ser lavrado na repartição fazendária, caso dos autos; (ii) os demonstrativos exibem com clareza os dados das notas fiscais, número, data, valores, alíquotas, base de cálculo e descrição do produto, inclusive o contribuinte não traz nenhum “quadro” – apesar de citado - em que seu questionamento restasse caracterizado.

Quanto à infração 01, produto a produto, rebate a afirmação de alguns deles estarem isentos ou sujeitos à substituição tributária.

O amendoim confeitado, porque inexistente previsão de ST no Anexo 1 do RICMS-BA.

O amendoim descascado, porque inexistente previsão de ST no Anexo 1 do RICMS-BA.

O *brócolis* congelado, porque não se trata de produto hortifrutigranjeiro em estado natural e sim de mercadoria submetida a seleção, embalagem e congelamento, estando fora da cláusula primeira, I do Conv. ICMS 44/75. Daí incurrir a isenção.

Coco seco, porque constitui exceção expressa pela cláusula primeira, § 4º do Conv. ICMS 44/75. Daí incurrir a isenção.

Luva *mucambo*, por não se tratar de luva cirúrgica, esta sim sujeita à ST.

Quanto à infração 02, tece algumas considerações, contra e a favor das pretensões do sujeito passivo.

Primeiro afasta o argumento de que as operações sob o CFOP 5949 signifiquem mercadorias destinadas para uso e consumo, a exemplo de refresco, leite, margarina, corda para varal, coco seco, coco ralado, bandeja e vinagre. Apesar de mencionado, nenhuma planilha foi anexada pela defendente.

Depois também dissente sobre as operações com margarina “em balde”, porquanto a impugnante não provou a destinação para uso e consumo na panificação. Mesmo que tal circunstância

estivesse evidenciada, outras verificações seriam necessárias, como o estorno dos créditos eventualmente apropriados na compra do citado produto.

Mas concorda em retirar do levantamento a quantia de R\$ 816,00, por se tratar de bem do ativo fixo, restando ainda um saldo a recolher em maio de 2014 de R\$ 186,47.

Num primeiro pedido de diligência, a 5ª JJF solicitou o seguinte:

Por conseguinte, para prestigiar plenamente o exercício do contraditório e da defesa ampla, inclusive prevenindo futuras arguições de nulidade processual, como já dito, é de se converter o processo em diligência para a INFAZ de origem, no intuito de:

I- Por parte do **AUTUANTE**:

- Anexar ao PAF em mídia digital editável (excell) os demonstrativos encartados no CD de fl. 120, dado o quantitativo de páginas, a fim de que possa o impugnante manejar sem dificuldades os dados ali indicados e possa verificar documento a documento as razões de sua pertinência ou impertinência.

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

- Depois de adotadas as providências retro solicitadas, deve o contribuinte ser intimado para manifestar-se novamente em 60 (sessenta) dias, a título de reabertura de prazo, para que possa, agora, exercer seu direito pleno de defesa, falando a respeito dos novos demonstrativos anexados pelo i. autuante em excell, além de manifestar-se a respeito das informações fiscais produzidas, inclusive no aspecto em que houve a exclusão da Nota Fiscal 13374 e conseqüente refazimento do débito.

Após o que os autos devem retornar para este Colegiado prosseguir na apreciação.

Posteriormente, junta o i. autuante arquivos em excell (fls. 154/155) para ciência ao interessado.

Manifesta-se o autuado nos seguintes termos (fls. 161/169):

Deduzindo que, pelas novas planilhas fiscais produzidas, restaram como remanescente um saldo ainda exigível de R\$ 39.921,07.

Mesmo assim, fornece fatos novos, a saber: (i) várias notas fiscais listadas referem-se a transferências internas (CFOP 5152 ou 5409), não tributáveis, com apoio em pronunciamento uniformizado da PGE, decisões administrativas e a Súmula 08 deste Conselho; (ii) várias notas fiscais foram emitidas a título de baixa de estoque (CFOP 5927), em face de perda, roubo ou deterioração, conforme art. 313, II, “b” do RICMS-BA; (iii) várias notas fiscais tiveram o intuito de formação de “kits” (CFOP 5926), emitidas contra a própria empresa, não configurando fato gerador do ICMS, por inexistir circulação econômica ou jurídica, conforme exemplo de DANFE colado à peça processual (fl. 167).

Por fim, solicita outra diligência para apuração das alegações.

Juntados documentos (fls. 170/182).

Em novo pronunciamento (fls. 183/187), o autuante:

Exclui dos levantamentos as transferências internas, CFOPs 5152 e 5409, em respeito ao comando da Súmula 08 do CONSEF, apesar de fazer um arrazoado apresentando um outro prisma jurídico da situação.

Mantém nos levantamentos as notas fiscais emitidas a título de baixas nos estoques, CFOP 5927, pois a não tributação ocorreria se houvesse o estorno dos créditos fiscais respectivos, nos moldes do art. 312, IV do RICMS-BA, algo que não veio aos autos, de obrigação do contribuinte, na esteira do mesmo art. 312 regulamentar, § 2º, até porque a apropriação dos créditos implicaria em vantagem indevida por parte do contribuinte.

Conserva nos levantamentos as notas fiscais sob o CFOP 5926 (presunto, mortadela, linguiça, charque salsicha e queijo), com vistas à formação de kits. Isto porque o autuado não adotou – tampouco demonstrou – o procedimento correto de controle destas mercadorias, com emissão de notas fiscais sem tributação dos produtos individualizados, reclassificação e controle no estoque,

para depois haver a emissão da nota fiscal na oportunidade da venda do kit. Inclusive não se vê na escrita saídas de kits com tributação.

Apenso CD (fl. 188).

Voltando o PAF para este Conselho, uma segunda diligência se fez necessário, a saber:

O i. atuante e o órgão de preparo fazem chegar às mãos do contribuinte os levantamentos em excell, dando azo para que este último, em síntese, assim se posicionasse:

*Operações sob o CFOP 5152 ou 5409 – tratam de transferências internas de mercadorias que, conforme Súm. 08 do Consef, não sofrem a incidência do ICMS. Sobre este ponto, a auditoria, depois de apresentar alentada construção jurídica, acabou **assentindo** à tese defensiva.*

*Operações sob o CFOP 5927 – tratam de lançamentos feitos a título de baixa de estoque, decorrente de perdas, roubos ou deteriorações de mercadorias, sem tributação, cabendo apenas o estorno dos créditos fiscais. O informativo fiscal contrapõe que o sujeito passivo não adotou o procedimento de estorno do crédito fiscal relacionado à entrada destas mercadorias “baixadas”, à vista do art. 312, IV, e §2º, ambos do RICMS-BA, a fim de evitar uma vantagem indevida por parte da empresa. Logo, sobre este ponto, a auditoria **dissentiu**.*

*Operações sob o CFOP 5926 – tratam de lançamentos formalizados no intuito de serem formados kits, inexistindo circulação econômica, fato gerador de ICMS. O informativo fiscal contrapõe que na escrita fiscal não há nenhuma demonstração de como registrou tanto as entradas dos produtos resultantes de supostas saídas para formação ou reclassificação de mercadorias, sob CFOP 5926, nem, tampouco, há em sua escrita fiscal demonstração de como efetuou as saídas dessas supostas mercadorias formadas. Logo, sobre este ponto, a auditoria **dissentiu**.*

Além dos fatos novos apresentados pela fiscalização, natural consequência da nova manifestação da atuada, vêm aos autos levantamentos fiscais revisados, apenso à fl. 188.

Dos três novos argumentos pontuados pela empresa, dois contaram com a discordância do i. atuante.

Esta situação leva, inevitavelmente, à produção de outra diligência, a fim de, novamente, preservar-se o contraditório e a ampla defesa, inclusive para evitar que na instância recursal se alegue cerceamento de direitos em virtude de não ser oportunizada a chance de haver pronunciamento sobre os fatos e alegações novos trazidos às fls. 183 a 187.

Esta ordem processual vem claramente definida no art. 127, §7º, do RPAF-BA, cuja dicção aqui vale a pena reproduzir:

Art. 127. *O atuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal.*

...

§ 7º *Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.*

...

Neste trilho, deve o PAF seguir para a unidade fazendária de origem no intuito de:

Intimar-se a atuada para, em dez (10) dias:

- 1. Falar a respeito das novas informações fiscais e do levantamento fiscal de fl. 188.*
- 2. Acerca das operações formalizadas sob o CFOP 5927, apresentar as notas fiscais onde constem os estornos dos créditos fiscais correspondentes, associando-as uma a uma (em planilha excell) às notas fiscais de saída de “baixa” de estoque, alcançadas pela autuação e aqui neste item tratadas particularmente.*
- 3. Acerca das operações formalizadas sob o CFOP 5926, apresentar as provas necessárias em que fique demonstrado todo o procedimento de reclassificação e formação dos kits, além das suas saídas tributadas, associando os documentos fiscais um a um em planilha excell, tudo de acordo com a legislação regente.*

Efetivados estes atos processuais e caso não se faça necessário praticar nenhum outro mais na unidade fazendária de origem, deve o PAF retornar para este Colegiado com o objetivo de instrução complementar e julgamento.

Desta feita, a atuada (fls. 206/207):

Reforça o pedido de reconhecimento da decadência para as duas infrações, retirando-se da cobrança os valores lançados entre 01.01.2014 e 29.3.2014, haja vista já possuírem mais de cinco anos de ocorrência dos fatos geradores correspondentes.

Concorda com os novos levantamentos fiscais, já sem as operações debaixo dos CFOPs 5152 e 5409.

Reitera suas razões defensivas quanto às notas fiscais sob os CFOPs 5926 e 5927.

Consta uma outra mídia à fl. 211, verso.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Dentro da ordem processual de apreciação, compete de início analisar as preliminares de nulidade aventadas pelo contribuinte.

A primeira, alude ao fato de ser nula a “ação fiscal” (sic; fl. 124), porque o auto de infração deveria ser lavrado no local onde se situe o estabelecimento autuado. Em verdade, colhe-se no corpo do auto de infração a informação de que a lavratura se deu na repartição fazendária de lotação do autuante, INFAZ COSTA DO CACAU, e neste compasso, existe previsão regulamentar de ser permitida a formalização do lançamento de ofício neste local, na leitura do art. 39, § 1º do RPAF-BA, abaixo transcrito:

O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Ademais, entre a formalização do auto de infração e a ciência do representante legal, decorreram oito dias, dentro do próprio mês, espaço de tempo muito curto para se alegar demora nas providências fiscais.

Ademais, quisesse o sujeito passivo pagar a exigência com as benesses legais da redução dos consectários, não ingressaria com a impugnação.

Improcede o pleito defensivo.

A segunda explora não estar a cobrança revestida de clareza e precisão, embotando o exercício da plena defesa e do contraditório, porquanto o fisco não discriminou as notas fiscais e dados respectivos, além dos valores. Uma rápida incursão nos autos, revela exatamente o contrário. Além de ter produzido os demonstrativos fiscais em meio eletrônico, entregue ao sujeito passivo, conforme se vê às fls. 117 a 120, e respectivas revisões de valores cobrados no desenrolar da instrução, extrai-se dos demonstrativos a discriminação completa dos dados das notas fiscais, inclusive CFOP, descrição do produto, NCM, alíquota adotada pela empresa, alíquota correta e valores devidos de imposto, item a item, consoante se verifica às fls. 13 a 116.

Afastada a pretensão preliminar.

Assim, é de se realçar que o Auto de Infração preenche formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua concretude, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, a previsão normativa da multa proposta e a assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo programa denominado SLCT – Sistema de Lançamentos de Créditos Tributários.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios - constitucionais e infraconstitucionais - aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Não obstante a explícita referência já feita no relatório, em obediência ao estatuído no art. 147, I, “a” do RPAF-BA, **indefere-se quaisquer outros pedidos de diligência e/ou perícia fiscal**, considerando já existir nos autos elementos probatórios suficientes para o desate da questão.

Uma prejudicial de mérito há de ser analisada: trata-se da arguição de decadência do direito do Estado constituir os créditos tributários relacionados aos fatos geradores ocorridos até 28.3.2014, considerando que o sujeito passivo tomou ciência do auto de infração em 29.3.2019, conforme atestado à fl. 03.

As duas infrações lançadas dizem respeito a **pagamento a menor** de ICMS, em função da aplicação errada da alíquota adotável para as operações afetadas no auto de infração registradas em ECF e em notas fiscais. Em ambos os casos, os fatos geradores alcançados ocorreram a partir de janeiro de 2014, indo até abril do mesmo ano para a primeira irregularidade, e até dezembro de 2015 para a segunda irregularidade.

Exatamente em virtude deste lapso temporal, surge a invocação defensiva antecedente do mérito. É que a pretensão do fisco neste particular estaria parcialmente prejudicada pelos efeitos da decadência.

As supostas infrações tratam de recolhimento a menor de imposto. Lavrado em 21.3.2019, teve, o contribuinte, ciência do auto de infração em 29.3.2019.

Conforme entendimento já externado pela d. PGE, em sede de Incidente de Uniformização formalizado no processo **2016.194710-0**, o prazo decadencial é contado com base nos critérios expendidos no art. 150, § 4º do CTN, na medida em que o fato tributável foi exteriorizado com a emissão de documentos fiscais eletrônicos, disponíveis na *web*, de sorte que a partir da ocorrência do fato gerador é que deve disparar a contagem do prazo de cinco anos, pois desde aquela época, tinha o fisco conhecimento da existência das operações de venda a consumidor final e do suposto erro no dimensionamento da carga tributária.

Logo, com base neste raciocínio, os fatos imponíveis de janeiro e fevereiro de 2014 decaíram antes de 29.3.2019, data da ciência do auto de infração, estando equivocada a data aposta na peça defensiva, fl. 123, isto é, 26.9.2018, não mais podendo o Estado reclamar sobre eles o cumprimento da obrigação tributária.

Dito isto, para efeito da cobrança ora apreciada, considero livres da decadência apenas os fatos imponíveis acontecidos a partir de março de 2014, para ambas as infrações, as quais passo a apreciar no mérito.

Para ambas as irregularidades, a exigência fiscal anota ter havido recolhimento a menor do imposto, em virtude da adoção de alíquota diversa da prevista na legislação de regência. Nesta lógica de raciocínio, não há qualquer pertinência com a matéria controvertida as alegações defensivas de: (i) direito ao uso de créditos fiscais, na forma prevista em lei, em face da não cumulatividade; (ii) importação de produtos, ocasião em que é pago o tributo e apropriado o crédito fiscal respectivo; (iii) vendas de mercadorias sem nota fiscal, detectadas através de auditoria de estoques. Pelo que se afasta, sumariamente, tais pontos defensivos, visto não guardarem nexos com a discussão travada neste PAF.

Também não se vê arranjo por parte do fisco a quaisquer princípios tributários aventados na peça defensiva, até porque não se viu uma fundamentação adequada e específica das supostas situações em que o Estado tivesse ferido algum postulado jurídico.

Percebe-se existir liame entre a autuação e os valores encontrados. Nas planilhas fiscais, inclusive as revisadas, nota-se que a cobrança decorre de a empresa não ter tributado algumas operações. Os totais exibidos exprimem quanto seria devido de tributo em tais operações. **Alegação empresarial inconsistente.**

Não fica evidenciado carecer o sujeito passivo de capacidade econômica para suportar a postulação estatal. É o autuado um supermercado com muitas filiais inscritas como contribuinte

normal no cadastro fazendário baiano, a realizar vendas para consumidores finais e pessoas físicas e jurídicas. O fisco está a exigir-lhe o imposto em cada operação, fazendo incidir a alíquota prevista em lei sobre a base de cálculo correspondente. Não é, por exemplo, uma microempresa que se submeteu a uma carga tributária como se contribuinte normal fosse. **Sem razão a defendente.**

Também refoge à lógica da tributação do ICMS a afirmativa de que o tributo não pode ser superior ao lucro auferido pela empresa. O imposto estadual incide sobre operações de circulação de mercadorias (além de alguns tipos de prestação de serviços), não importando qual seja o lucro obtido pelo negociante. Diferente do imposto sobre a renda, que em alguns casos leva em conta o lucro real, em outros o lucro presumido, e, terceira opção, o lucro arbitrado. **Descabe a pretensão empresarial.**

Quanto à infração 01 especificamente, a impugnante rechaça ter o fisco inserido nos levantamentos fiscais produtos isentos ou já alcançados pela substituição tributária. São eles: *amendoim dori confeitado, amendoim yoki descascado, brócolis nieve congelado, coco seco e luva mucambo.*

O autuante contrariou todos os itens destacados pela defendente. Os amendoins e luvas porque não se submetem à substituição tributária. O coco seco e o brócolis congelado porque estão desprotegidos pela isenção.

Compulsando as mídias de fls. 155 e 188, as que contêm as últimas planilhas revisadas pela fiscalização para ambas as irregularidades, constata-se que os **amendoins confeitados** foram classificados ora na NCM 20081100 (Preparações de produtos hortícolas, de frutas ou de outras partes de plantas - Fruta e outras partes comestíveis de plantas, preparadas ou conservadas de outro modo, mesmo com adição de açúcar ou de outros edulcorantes ou de álcool, não especificadas nem compreendidas noutras posições - fruta de casca rija, amendoins e outras sementes, mesmo misturados entre si: - Amendoins), ora na NCM 17049020 (Açúcares e produtos de confeitaria - Produtos de confeitaria, sem cacau (incluído o chocolate branco) - Outros - Caramelos, confeitos, dropes, pastilhas, e produtos semelhantes). Não restam dúvidas de que o produto se enquadra melhor na primeira NCM citada, e encontra previsão no Anexo 1 do RICMS-BA, item 38 – salgados industrializados.

Logo, sendo mercadoria da ST, em regra, não deve mais ter tributação, **devendo ser retirada** da planilha de fl. 188.

Por outro lado, compulsando as mídias de fls. 155 e 188, as últimas que contêm as planilhas revisadas pela fiscalização para ambas as irregularidades, constata-se que os **amendoins descascados** foram classificados ora na NCM 20081100 (Preparações de produtos hortícolas, de frutas ou de outras partes de plantas - Fruta e outras partes comestíveis de plantas, preparadas ou conservadas de outro modo, mesmo com adição de açúcar ou de outros edulcorantes ou de álcool, não especificadas nem compreendidas noutras posições. - Fruta de casca rija, amendoins e outras sementes, mesmo misturados entre si: - Amendoins), ora na NCM 12024200 (Sementes e frutos oleaginosos; grãos, sementes e frutos diversos; plantas industriais ou medicinais; palha e forragem – Amendoins não torrados nem de outro modo cozidos, mesmo descascados ou triturados. - Outros: - Descascados, mesmo triturados). Não resta dúvidas que o produto se enquadra melhor na primeira NCM citada, e encontra previsão no Anexo 1 do RICMS-BA, item 38 – salgados industrializados, visto que na última NCM referida estariam os amendoins em estado natural, não torrados e não cozidos, embora descascados, não sendo o caso da mercadoria autuada.

Logo, sendo mercadoria da ST, em regra, não deve mais ter tributação, **devendo ser retirada** da planilha de fl. 155.

Ainda procurando saber se o produto está dentro do regime da ST ou não, e compulsando-se as mídias de fls. 155 e 188, as últimas que contêm as planilhas revisadas pela fiscalização para

ambas as irregularidades, constata-se que as “**luvas mucambo**” foram classificadas na NCM 40151900 (Borracha e suas obras - Com um teor, em peso, de matérias gordas, superior a 10% - Luvas, mitenes e semelhantes: - Outras). Tal classificação só encontra previsão no Anexo 1 do RICMS-BA (item 32.4), para luvas cirúrgicas e luvas de procedimento, para uso hospitalar, não sendo o caso da mercadoria objeto de discussão. **Autuação mantida no particular.**

Já no campo das isenções, contesta o auditor fiscal a inclusão do **coco seco** nesta hipótese, em face do determinado na cláusula primeira, § 4º, do Conv. ICMS 44/75, abaixo reproduzida:

Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICMS as saídas com os produtos relacionados no inciso I do caput desta cláusula, ainda que ralados, exceto coco seco, cortados, picados, fatiados, torneados, descascados, desfolhados, lavados, higienizados, embalados ou resfriados, desde que não cozidos e não tenham adição de quaisquer outros produtos que não os relacionados, mesmo que simplesmente para conservação (negritamos).

Portanto, **à época dos fatos geradores afetados pelo presente lançamento**, por expressa determinação convencional, o coco seco não poderia ser enquadrado como produto isento. **Sem razão o contribuinte.**

Por sua vez, o **brócolis congelado não** pode ser considerado produto hortifrutigranjeiro em estado natural, e sim mercadoria submetida à seleção, embalagem e congelamento, estando fora da cláusula primeira, I do Conv. ICMS 44/75. Portanto, trata-se de produto industrializado, aliás na linha do entendimento deste Conselho, expressado em recente decisão – Ac. CJF Nº 0227-11/21-VD. **Alegações defensivas improcedentes.**

Após a revisão fiscal procedida e nova quantificação da infração 01, exposta na mídia de fl. 155, a impugnante deixou de fazer oposição. Sobre os valores alterados, não mais continuou a discordar. Mesmo assim, é a infração considerada parcialmente procedente na quantia de R\$ 2.105,44, **com as mudanças de mérito apontadas por este Colegiado, particularmente para excluir da cobrança as operações com os amendoins confeitados e descascados**, devendo prevalecer neste julgamento o demonstrativo de débito abaixo, **já considerado o prazo decadencial:**

Mês	planilha fisco (fl. 155)	valores retirados	valor procedente
Março/14	1318,43	(9,87+8,67+5,97=24,51)	1.293,92
Abril/14	820,16	(2,99+3,66+1,99=8,64)	811,52
		Total	2.105,44

Quanto à infração 02, especificamente, vários argumentos defensivos foram articulados pós impugnação. Vamos a eles.

Assiste razão ao defendente quanto à alegação de não haver incidência do ICMS nas transferências internas. Não obstante o alentado arrazoado fiscal, a questão tornou-se pacífica neste Conselho, após a publicação da Súmula 08. Aliás, tais operações já foram excluídas da última revisão fiscal, contando com a concordância do atuado, qualitativa e quantitativamente. Realmente, não faz sentido haver tributação nas movimentações de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa situados no mesmo Estado. Isto porque quem receber a mercadoria não vai usar créditos fiscais, e ao vende-la, aí sim, haverá a tributação, de forma que neste momento, o Estado, em princípio, verá a arrecadação do imposto.

Também assiste razão à impugnante no tocante à NF 13374, referente a maio de 2014, imposto de R\$ 816,00, já retirado pelo atuante nas suas primeiras informações fiscais. De fato, trata-se de operação com bem do ativo fixo, uma impressora, que no caso, não sofre tributação.

Mesmo sentido favorável à impugnante trilham as operações sob o CFOP 5927, isto é, lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, apesar de contar com a discordância do fisco. É que decorre da atividade supermercadista haver tais eventos, não sendo possível realizar a venda. Como a nota fiscal foi emitida a este título, caberia ao atuante adotar as técnicas de auditoria para identificar possíveis anormalidades neste sentido.

O dever do sujeito passivo estornar os créditos decorrentes da aquisição deveria ser investigado durante a ação fiscal, e ocorrendo evasões, apontá-las suficientemente com prova documental.

Logo, não demonstrada na postulação estatal a erronia da operação, **devem ser retirados** da planilha de fl. 188, os valores relacionados ao citado código fiscal.

Por fim, sobre as operações abaixo do CFOP 5926, vale dizer, lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de *kit* ou de sua desagregação, **a razão está do lado do autuante**, até porque o mesmo raciocínio anterior deve ser usado para esta situação, só que no sentido inverso. É que o autuante afirmou peremptoriamente (fl. 187): “Buscando-se nos registros fiscais da empresa, não há como se identificar quais produtos resultaram dessas supostas reclassificações ou kit formados. Assim como não há o **registro das saídas tributadas desses supostos produtos formados ou ‘produzidos’**” (destacamos).

Desta vez, competiria ao contribuinte demonstrar a saída dos kits com tributação, diante da afirmativa estatal de não serem identificadas em sua escrita operações desta natureza. Regularmente intimado para se manifestar sobre as informações do fisco (fl. 189), a defendente (fls. 206/207), mesmo posteriormente, limitou-se a dizer que as formações dos kits “são realizadas através de notas fiscais emitidas para a própria empresa”, mera repetição do que já houvera alegado em outras manifestações anteriores.

Após a revisão fiscal procedida e nova quantificação da infração 02, exposta na mídia de fl. 188, é a infração considerada parcialmente procedente na quantia de R\$ 139.174,63, **com as mudanças de mérito apontadas por este Colegiado, particularmente para excluir da cobrança as operações sob o CFOP 5927**, devendo prevalecer neste julgamento o demonstrativo de débito abaixo, **já considerado o prazo decadencial**:

Mês	Planilha fisco (fl. 188)	Valores retirados	Valores procedentes
mar/14	983,96	34,88	949,08
abr/14	1571,70	54,19	1.517,51
mai/14	179,43	4,67	174,76
jun/14	818,36	2,80	815,56
jul/14	418,73	0,00	418,73
ago/14	162,56	162,56	0,00
set/14	0,00	0,00	0,00
out/14	0,00	0,00	0,00
nov/14	53299,78	257,28	53042,50
dez/14	60908,88	646,71	60.262,17
jan/15	5120,86	93,23	5.027,63
fev/15	62,46	62,46	0,00
mar/15	33,39	33,39	0,00
abr/15	0,00	0,00	0,00
mai/15	22,49	22,49	0,00
jun/15	0,00	0,00	0,00
jul/15	0,00	0,00	0,00
ago/15	127,07	0,00	127,07
set/15	1538,47	0,00	1.538,47
out/15	1184,76	0,00	1.184,76
nov/15	7250,16	0,00	7.250,16
dez/15	6866,23	0,00	6.866,23
		Total	139.174,63

Quanto ao pedido de cancelamento da multa, em face de ser o percentual proposto confiscatório, irrazoável e desproporcional, **não tem razão o contribuinte**.

Na verdade, a proposição das multas indicadas no corpo do auto de infração encontrou respaldo em comando de lei, designadamente no art. 42 e respectivos incisos da Lei nº 7.014/96.

Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento.

Há a conformação do ilícito tributário à previsão normativa mencionada no corpo do auto de infração.

Quanto à alegação de confisco, falece competência a esta JJF apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária em vista de inconstitucionalidades, segundo vedação disposta no art. 167 do RPAF-BA.

Afasto, pois, o pedido de mitigação ou cancelamento da **penalidade**.

Isto posto, deve o auto de infração ser julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, no montante de R\$ 2.105,44 para a infração 01, R\$ 139.174,63 para a infração 02, **totalizando o valor histórico de R\$ 141.280,07**, afora acréscimos, com reconhecimento da decadência até fevereiro de 2014, devendo os demonstrativos de débito ser aqueles retro considerados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281231.0004/19-0**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor histórico de **R\$ 141.280,07**, 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, 22 de março de 2022.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR