

A. I. Nº - 272041.0013/21-8
AUTUADO - VIVIANI GRASSI ALMEIDA ALVARENGA EIRELI
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA
ORIGEM - DAT SUL / INFAS EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/07/2022

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0133-04/22-Vd

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovado pelo fiscal autuante inclusão indevida de operações que não foram destinadas à comercialização. Item parcialmente subsistente. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2021, exige ICMS valor total de R\$ 121.408,65 pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 – 007.015.002- Recolheu a menor ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Aplicada multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alínea “d”, da Lei 7.014/96.

O autuado através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 38 a 43, preliminarmente requer, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos patronos da empresa, subscritores da defesa, e dirigidas ao endereço constante do rodapé da presente petição, em razão da celeridade processual.

Em seguida diz que a ação fiscal não merece prosperar, visto que, não cabe antecipação parcial sobre as mercadorias relacionadas no demonstrativo do fiscal autuante, a exemplo de "CONSERVADORA - 80 LITROS - 17D", "HIPOCLORITO DE SODÍO 60 KG", "EOS-CE15-Cortina De Ar Eos 150cm Sem Controle", "RIBBON DE RESINA 110X74 MTS P/ IMPR. COD.", "AVENTAL KP C/C FITILHO 70 X 120 X 300 BRANCO", "BOTA BRANCA PVC CANO CURTO C/FORRO N 42", "FITA ADESIVA IMPRESSA ACRÍLICA 45 MICRAS", "TERMÔMETRO JUMBO P/JARDIM 92225", "CAIXA ISOTERM 037 KG PARA ALIMENTOS", entre outras [Doc. 04], Informa a empresa autuada não é revendedora de tais mercadorias, posto que tem como atividade econômica principal: comércio atacadista de pescados e frutos do mar 146.34-6-030, conforme se constata no Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral da Receita Federal (Doc. 05).

Acrescenta que a fiscalização não se atentou ao fato de que diversas mercadorias, a exemplo de: "PEIXE INTEIRO FRESCO ARIACO", "CAMARAO SETE-BARBAS SEM CASCA E SEM CABECA", "POLVO", "PEIXE INTEIRO FRESCO - GUIABA", "ANEIS DE LULA", "LULA", "PEIXE BEIJUPIRÁ", "PEIXE SIRIGADO", "ARRAIA", "PEIXE VERMELHO", "PEIXE GAROUPA", entre outras, elencadas no demonstrativo do fiscal se tratam de mercadorias isentas, conforme se comprova nas Notas fiscais em anexo (Doc. 06).

Por derradeiro informa que as Notas fiscais apresentadas pela empresa autuada provam que se trata de notas fiscais imunes de tributação e de mercadorias isentas (Doc.06) e as notas fiscais de saída destinadas ao exterior (exportação direta) (Doc. 07), portanto, uma vez que se refere a operações internas subsequentes com o mesmo produto, conforme prevê o artigo 265, II, alínea J do RICMS/BA.

Desse modo, como se verá no decorrer desta peça impugnativa, foram muitos os equívocos ocorridos na ação fiscal sub examine, uns decorrentes de matéria de fato, outros de direito, culminando na lavratura do auto de infração em tela, razão pela qual este Egrégio Órgão Julgador se não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará improcedente, consoante às razões de fato e de direito que passa a expor:

Transcreve o disposto no art. 2º do RPAF e diz que o enunciado informa a nobre intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal. Ocorre que quando tal enunciado nos remete aos princípios de direito invoca necessariamente a Constituição Cidadã, marco histórico da nova era democrática que nos coloca no mesmo cenário político daqueles que vivenciam o estado de direito. Sendo assim, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna.

Acrescenta que o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Evidencia-se tal afirmativa principalmente no artigo 112 do CTN quando se usa o princípio do *in dubio pro contribuinte*.

Fala sobre a função fiscal e diz que que a mesma está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal. Nesse sentido não podem prosperar tais imputações devido aos vícios que possuem, o que levará fatalmente a decretação da sua NULIDADE.

Abre o tópico denominado “DA FALTA DE MOTIVO” reprimando os motivos expostos inicialmente e arremata fazendo a seguinte síntese: “*Não cabe a cobrança de antecipação parcial sobre mercadorias destinadas ao ativo fixo, a uso/consumo, a exemplo de "CONSERVADORA - 80 LITROS - 17D", "HIPOCLORITO DE SODIO 60 KG", "EOS-CE15-Cortina De Ar Eos 150cm Sem Controle", "RIBBON DE RESINA 110X74 MTS P/ IMPR. COD.", "AVENTAL KP C/C FITILHO 70 X 120 X 300 BRANCO", "BOTA BRANCA PVC CANO CURTO C/FORRO N 42", "FITA ADESIVA IMPRESSA ACRÍLICA 45 MICRAS", "TERMÔMETRO JUMBO P/JARDIM 92225", "CAIXA ISOTERM 037 KG PARA ALIMENTOS", conforme demonstrativo do autuante (Doc. 041), atrelado a atividade principal da empresa (Doc. 051), que se trata de "comércio atacadista de pescados e frutos do mar (46.34-6-03-1" evidenciando que não se trata de mercadorias a serem comercializadas, como também não cabe antecipação parcial sobre as mercadorias isentas (Doc. 061), bem como as notas fiscais destinadas à exportação (Doc. 07)"*”.

Neste contexto informa que traz aos autos, em atenção ao mérito do PAF lavrado, provas inquestionáveis dos equívocos do autuante ao lavrar o Auto de infração em apreço, cuja segregação do montante exigido deve ser realizada por esta Junta de Julgamento Fiscal, uma vez que restou comprovado que as mercadorias da empresa autuada são para exportação (Doc. 07), e por via de consequência, A AÇÃO FISCAL SERÁ IMPROCEDENTE. Destarte, não subsiste a exigência do pagamento de ICMS por antecipação parcial, sobre tais mercadorias, porque contraria as decisões do CONSEF/BA, que copiou.

Acrescenta que restou comprovado que as mercadorias da empresa autuada são isentas (Doc. 06). o que fatalmente configura, A AÇÃO FISCAL COMO IMPROCEDENTE. Destarte, não subsiste a exigência do pagamento de ICMS por antecipação parcial, sobre tais mercadorias. Transcreve decisões deste CONSEF, que no seu entender corrobora a sua tese.

Nesse sentido, a infração em comento padece de motivação, conforme ensinamentos do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello e HELY LOPES MEIRELES, ao discorrer sobre o princípio da motivação.

Externa o entendimento de que não havia MOTIVO para que se procedesse a lavratura do malsinado auto de infração, posto que é premissa exata que o auto de infração, ou a notificação fiscal, que se embasam em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos SEM MOTIVAÇÃO, e assim, nulos.

Finaliza requerendo a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal, fl. 279 salienta que a autuada possui o CNAE 47.22-9-02 – Peixaria. Informa que o governo do Estado retirou a isenção de ICMS para pescados importados e comprados em indústria de outros estabelecimentos. Assim, a partir do mês de junho de 2016 o produto passou a ser taxado em 18%.

Acrescenta que os itens relativos ao ativo fixo e uso/consumo, como os exemplificados às fls. 34 a 37 do PAF foram excluídos da nova planilha de antecipação parcial que elaborou, fls. 282 a 283, alterando o valor a ser exigido para R\$ 63.729,05.

O autuado se manifesta às fls. 396 a 399 se insurgindo contra a Informação Fiscal asseverando que as notas fiscais que apresentou provam que se trata de mercadorias isentas e mercadorias destinadas ao exterior (exportação Direta), sendo alcançada pela isenção porque se refere a operações internas subsequentes com o mesmo produto, conforme prevê o artigo 265, II, alínea j” do RICMSBA.

Acrescenta que o autuante não se atentou ao fato de que diversas mercadorias a exemplo de: "PEIXE INTEIRO FRESCO ARIACO", "CAMARAO SETE-BARBAS SEM CASCA E SEM CABECA", "POLVO", "PEIXE INTEIRO FRESCO - GUIABA", "ANEIS DE LULA", "LULA", "PEIXE BEIJUPIRÁ", "PEIXE SIRIGADO", "ARRAIA", "PEIXE VERMELHO", "PEIXE GAROUPA", conforme se comprovou na apresentação da defesa.

Reitera os argumentos defensivos em relação aos itens que entende ser destinados ao ativo fixo e a uso/consumo.

Finaliza ratificando os termos da impugnação apresentada e pede a nulidade da imputação.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Pedro Bruno Gonçalves, OAB/BA nº 67.918, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos ICMS devido por antecipação parcial em operações de aquisições interestaduais, destinadas a comercialização.

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração visto que as acusações estão postas de maneira clara, sendo possível identificar os fatos que ensejaram a autuação; o sujeito passivo; a base de cálculo; a alíquota aplicada; o montante do débito. O enquadramento legal da infração e respectiva penalidade foram feitos em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

A auditoria foi realizada com base na Escrituração Fiscal Digital - EFD, portanto, todos os documentos apontados no levantamento fiscal são de seu conhecimento e estão informados em sua escrita fiscal. Ademais, constato que a infração encontra-se devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas contêm diversas informações, tais como data de emissão do documento fiscal, data de lançamento, descrição do produto, valor apurado pela fiscalização e valor recolhido pelo contribuinte, estabelecendo a diferença ora exigida. Ditas planilhas foram enviadas ao autuado, via Mensagem DT-e, com data de ciência em 04/10/20201, conforme atesta o documento de fl. 32.

Assim é que o contribuinte clara e expressamente se defendeu do que lhe estava sendo imputado, inclusive, na Defesa apresentada, com base nos dados que lhe foram fornecidos de forma fundamentada e detalhada, contestou diversos itens, demonstrando conhecer perfeitamente as acusações que lhe foram imputadas.

Sendo assim, concluo não ter verificado nos autos nenhuma ofensa aos princípios da oficialidade,

da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa. Ao contrário, constatei que foram apresentados todos os dados necessários à comprovação do valor exigido, concomitante minuciosa descrição da infração, acompanhada das indicações clara dos documentos que a comprovam de forma que em nenhum momento foi impedido a Impugnante de exercer o pleno direito ao contraditório e a ampla defesa, tudo em total conformidade com o art. 39, VI, do RPAF.

Diante disso, não acolho as nulidades arguidas.

No mérito, o autuado afirmou que a empresa tem como atividade principal o comércio atacadista de pescados e frutos do mar (46.34.6.030) e que parte das mercadorias autuadas não foram destinadas à comercialização e sim ao ativo fixo ou uso/ consumo a exemplo de: "CONSERVADORA - 80 LITROS - 17D", "HIPOCLORITO DE SODÍO 60 KG", "EOS-CE15-Cortina De Ar Eos 150cm Sem Controle", "RIBBON DE RESINA 110X74 MTS P/ IMPR. COD.", "AVENTAL KP C/C FITILHO 70 X 120 X 300 BRANCO", "BOTA BRANCA PVC CANO CURTO C/FORRO N 42", "FITA ADESIVA IMPRESSA ACRÍLICA 45 MICRAS", "TERMÔMETRO JUMBO P/JARDIM 92225", "CAIXA ISOTERM 037 KG PARA ALIMENTOS".

As demais se tratam de: PEIXE INTEIRO FRESCO ARIACO", "CAMARAO SETE-BARBAS SEM CASCA E SEM CABECA", "POLVO", "PEIXE INTEIRO FRESCO - GUIABA", "ANEIS DE LULA", "LULA", "PEIXE BEIJUPIRÁ", "PEIXE SIRIGADO", "ARRAIA", "PEIXE VERMELHO", "PEIXE GAROUPE" e neste caso se tratam de mercadorias isentas, pois se referem a operações internas conforme prevê o art. 265, II, alínea "j" do RICMS/BA, ou imunes de tributação quando destinadas ao exterior.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal acata o primeiro argumento defensivo e exclui os itens relativos a aquisições destinadas ao ativo fixo e ou consumo, com o que concordo, face ao reconhecimento da fiscalização de que no cadastro desta Secretaria a empresa possui o CNAE 47.22.9.02 - Peixaria, portanto, os itens indicados pelo defendantee não foram destinados à comercialização não sendo cabível a presente exigência em relação aos itens apontados pelo defendantee.

Em relação aos demais itens observo que se tratam de aquisições interestaduais de diversos pescados, tendo como fornecedores empresas com inscrição estadual, e não ficou comprovado de que os pescados foram realizados por profissional artesanal devidamente classificado no Registro Geral da Pesca da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, perdendo, portanto, o benefício previsto no art. 265, II, alínea "j" do RICMS/BA, conforme a seguir transcrito:

"Art. 265. São isentas do ICMS:

II – as saídas internas de:

(.....)

j) pescado, realizada por pescador profissional artesanal devidamente classificado no Registro Geral da Pesca da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, bem como as operações internas subsequentes com o mesmo produto."

Em relação às operações que o sujeito passivo afirma terem sido destinadas à exportação, observo que a defendantee também realiza operações internas, sendo que no momento das aquisições não se sabe a sua destinação, se interna ou para exportação, portanto, o impugnante obrigado está, por dever legal, a recolher o ICMS devido por antecipação, conforme disposto no art. 12-A da Lei nº 7014/96:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Assim sendo acolho as retificações efetuadas pelo autuante e conluso pela subsistência parcial da

infração no valor de R\$ 63.729,05, conforme demonstrativo de débito anexado à fl. 281.

Relativamente ao pedido do impugnante para que as intimações sejam entregues ao seu advogado, entendo que nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do dos atos processuais, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 272041.0013/21-8, lavrado contra **VIVIANI GRASSI ALMEIDA ALVARENGA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 63.729,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR