

A.I. Nº 279459.0022/21-4
AUTUADO SEARA ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM DAT METRO/IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO- INTERNET – 13/12/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0211-01/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Autuado realizou operações de saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis. Observado na apuração do imposto devido a redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00. Demonstrativo retificado para exclusão de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 06/09/2021, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 940.566,21, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (02.01.03), ocorrido de fevereiro de 2018 a dezembro de 2019, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 17 a 24. Alegou que a acusação se limita a afirmar que a empresa autuada teria deixado de recolher ICMS, apontando dispositivos legais genéricos à tributação pelo ICMS, não havendo, porém, uma discriminação exata da suposta conduta infratora. Disse que não entendeu a real motivação da autuação, simplesmente porque não se pode identificar da peça inquisitiva qualquer informação clara e analítica que demonstre quais são as supostas inconsistências vislumbradas pela fiscalização para se exigir o valor pretendido. Concluiu que não tem condições de entender o porquê lhe está sendo imputado o cometimento da infração em voga, já que a d. Autoridade Fiscal apenas “lança” dados sem explicá-los e correlacioná-los com a infração em epígrafe.

Salientou que da análise do “Demonstrativo do Débito” não foi possível vislumbrar como a fiscalização chegou ao montante devido, tampouco se a autoridade fiscal levou em consideração os benefícios fiscais a que faz jus, na medida em que é detentora de Termo de Acordo Atacadista, regulado pelo Decreto n.º 7.799/2000 e que prevê, entre outros benefícios, a prática de uma alíquota máxima de 10,59% em detrimento dos 18% indicados no auto de infração, o que apenas corrobora com a falta de precisão e clareza da presente autuação. Como não foi demonstrado de forma clara e objetiva a apuração do imposto tido como devido, requereu a nulidade do auto de infração.

Destacou que, em virtude da impossibilidade de se identificar a suposta conduta irregular, torna-se inviável o exercício do direito de defesa, não sendo difícil reconhecer a nulidade do presente lançamento, uma vez que lhe falta demonstração objetiva acerca dos fatos autuados.

Requereu que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas ao seu patrono Dr. Fabio Augusto Chilo, advogado inscrito na OAB/SP sob o nº 221.616, com endereço profissional no município de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Marginal Direita do Tietê, nº 500, Vila Jaguara, CEP 05.118-100, inclusive para se fazer presente no julgamento para realização de sustentação oral.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 49 a 51. Disse que lavrou o auto de infração com base na EFD do contribuinte. Descobriu que muitas mercadorias não foram tributadas na saída e elaborou os relatórios com os detalhes de cada operação. Explicou que não anexou as notas fiscais aos autos devido a grande quantidade de documentos, mas anexou por ocasião desta informação um DVD com diversas notas. Anexou, ainda, diversas cópias de notas fiscais emitidas para comprovar as saídas sem tributação (fls. 82 a 118). Acrescentou que todas as mercadorias tiveram os créditos fiscais das notas fiscais de aquisição apropriados em sua escrituração fiscal, conforme planilhas também inserida no referido DVD.

A 1ª junta de julgamento fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência para que fosse entregue ao AUTUADO cópia da informação fiscal (fls. 49 a 51) e dos demonstrativos acostados aos autos (CD à fl. 89), cientificando o autuado do prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação de manifestação.

O autuado apresentou manifestação das fls. 97 a 99. Insistiu na tese de impossibilidade de entendimento da real motivação da autuação. Continuou alegando falta de entendimento dos procedimentos fiscalizatórios adotados, as circunstâncias em que se deu a infração e qual a metodologia utilizada para apuração do imposto. Reiterou o pedido de nulidade do auto de infração.

O autuante apresentou nova informação fiscal à fl. 103. Repetiu os dispositivos de enquadramento e da multa aplicada. Disse que na planilha de débito constam as informações extraídas dos documentos fiscais emitidos pelo autuado relativas à data de emissão, número do documento, CFOP, NCM, código, descrição da mercadoria e valor da operação.

O autuado voltou a se manifestar das fls. 121 a 125. Disse que o autuante desde a lavratura do auto de infração exige imposto sem qualquer discriminação exata da suposta conduta infratora por parte da autuada. Alegou que foi intimado a se manifestar sobre as novas informações fiscais, mas não teve acesso aos autos junto à repartição fiscal, tampouco lhe foi encaminhada a cópia da determinação da Autoridade Julgadora, de modo a permitir a necessária avaliação do seu atendimento pela autoridade fiscal.

Concluiu que a impossibilidade de acesso aos termos da solicitação de baixa em diligência pelo CONSEF representa flagrante cerceamento de defesa, sendo medida de rigor a sua reintimação para manifestar-se, tudo em homenagem à garantia do contraditório e à ampla defesa, assegurado a todos os litigantes, mesmo na seara administrativa.

Afirmou que mesmo após a diligência, permaneceu a impossibilidade de entendimento sobre a real motivação da autuação, justamente porque não se pode identificar da peça inquisitiva qualquer informação clara e analítica que demonstre quais são as supostas inconsistências vislumbradas pela fiscalização para se exigir o valor pretendido.

Acrescentou que, mesmo que relacionadas as supostas notas fiscais de saída sem tributação do imposto, não é possível extrair qualquer tipo de explicação sobre procedimentos fiscalizatórios, nem quais as circunstâncias em que se deu a infração tida por cometida e qual a metodologia utilizada para se apurar os valores lançados. Requereu que seja reconhecida a nulidade havida em razão da ausência de acesso ao inteiro teor do processo durante a fluência do seu prazo de manifestação, pugnando, ainda, pela devolução desse prazo para que possa apresentar as suas considerações conhecendo os termos em que os autos foram baixados em diligência, possibilitando, inclusive, a aferição quanto ao atendimento dessa determinação pela autoridade fiscal.

O autuante apresentou nova informação fiscal às fls. 153 e 154. Reiterou os argumentos anteriormente trazidos. Disse que o PAF se encontrava no CPAF/DAT/Metro com fácil acesso ao

contribuinte. Lembrou que anexou nos autos em DVD todas as notas fiscais relacionadas na planilha de débito, pois no DTE existe limitação de tamanho para envio de arquivos.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração acusa o autuado de ter realizado operações tributadas como não tributadas. Os autuante apresentaram demonstrativos analítico e sintético, com a apuração do imposto devido, identificando, dentre outros elementos, o número da nota fiscal, a data de emissão, o destinatário, a mercadoria, a base de cálculo, a alíquota e o imposto devido.

Rejeito a arguição de nulidade do auto de infração apontada pelo autuado em razão de suposta falta de clareza das inconsistências existentes que levaram à presente exigência fiscal. A descrição da infração é clara: “deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis”. Foi citado no enquadramento o dispositivo da lei que trata da incidência do ICMS e a multa aplicada se coaduna com a descrição da infração.

Na mídia em anexo à fl. 09, foram relacionados, por período de apuração, todos os documentos fiscais emitidos pelo autuado em operações de saídas de mercadorias onde não ocorreu o destaque do imposto. Após o somatório do valor de todas as operações sem destaque do imposto, o autuante encontrou a base de cálculo e elaborou o demonstrativo sintético de apuração do imposto devido, considerando a redução da base de cálculo por ser o autuado beneficiário do art. 1º do Decreto nº 7.799/00 (fl. 08).

Inadmissível alegação de cerceamento de defesa por não ter recebido explicação sobre os procedimentos fiscalizatórios. Com uma descrição de infração clara e os demonstrativos analítico e sintético produzidos de forma objetiva, a base de cálculo em cada período de apuração foi detalhadamente apresentada a partir da relação de todos os documentos fiscais emitidos pelo autuado sem o devido destaque do imposto.

O prazo de defesa foi reaberto por ocasião da remessa do processo em diligência para que o autuado tomasse conhecimento da informação fiscal apresentada, já que foram anexados aos autos cópias de diversos documentos fiscais emitidos pelo próprio autuado e que constavam nos demonstrativos. A apresentação pelo autuante dos documentos fiscais emitidos pelo próprio autuado não se constitui em obrigação necessária para a elucidação dos fatos. Todas as informações das operações registradas nos respectivos documentos fiscais foram detalhadamente consignadas nos demonstrativos. O autuado é emissor e possuidor de toda a documentação referenciada nos demonstrativos, mas não apresentou qualquer documentação capaz de afastar a presente exigência fiscal, se limitando a dizer que não entendeu a motivação da autuação.

Da análise dos demonstrativos de débito, entretanto, observei que foram incluídas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Foram incluídos indevidamente nos demonstrativos: pizza (NCM 19021900 e 19059090) e massas de talharim, lasanha e spaghetti (NCM 19021100). Os produtos da posição NCM 19021100 e 19021900 se caracterizam por se constituírem em massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, com ou sem ovos, e estavam incluídas no item 11.17.0 do Anexo 1 do RICMS em 2018 e no item 11.7 no ano de 2019. Os produtos da posição NCM 19059090 incluem as pizzas e estavam inseridas no item 11.28.1 do Anexo 1 do RICMS em 2018 e no item 11.18.1 no ano de 2019.

Assim a exclusão desses produtos dos demonstrativos deste auto de infração se faz necessária, mas com a indicação de nova ação fiscal para verificação do cumprimento da obrigação tributária relativa ao pagamento do ICMS pelo regime de substituição tributária.

Desse modo, com a exclusão das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$ 649.151,80, conforme demonstrativo sintético a seguir e analítico em CD à fl. 186:

MESES	ICMS a recolher
fev/18	10.604,22
mar/18	35.466,99
abr/18	28.072,45
mai/18	25.902,62
jun/18	29.562,73
jul/18	33.869,00
ago/18	27.770,31
set/18	28.898,08
out/18	32.852,10
nov/18	30.700,07
dez/18	24.846,35
jan/19	29.633,63
fev/19	21.824,24
mar/19	20.318,88
abr/19	27.807,22
mai/19	19.785,99
jun/19	25.462,33
jul/19	27.325,08
ago/19	45.719,98
set/19	29.830,17
out/19	34.480,87
nov/19	40.026,60
dez/19	18.391,89
TOTAIS	649.151,80

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279459.0022/21-4, lavrado contra **SEARA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de ICMS no valor de **R\$ 649.151,80**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

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

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 1 de novembro de 2022

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR