

PROCESSO - A. I. Nº 206958.0005/19-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0132-02/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/03/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F Nº 0038-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado nos autos a acusação fiscal, mas o valor da exação foi reduzido em face de: **a)** exclusão de operações cujas mercadorias não estavam enquadradas no regime de substituição tributária com fase de tributação encerrada. Na fase recursal foram acolhidas as razões para os produtos Massa de Pastel, Batata Palha, Vinhos com NCM 2206, Bicicleta Mountain Bike e Costela Suína NCM 16024900 alegados pela recorrente; **b)** extinção parcial por incidência de decadência para os períodos anteriores a julho de 2014. Restabelecido os períodos excluídos na decisão de piso entre julho de 2014 a março de 2016. Infração parcialmente subsistente. Afastados pedido de nulidade e perícia. Modificada a Decisão recorrida. Recursos **PARCIALMENTE PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos de Ofício e Voluntário apresentados contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela lavrado em 21/06/2019, para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 1.487.826,42, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação:

***Infração 01 – 01.02.05.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor: R\$ 1.487.826,42. Período: janeiro 2014 a dezembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 9º e 29, § 4º, II da Lei 7014/96 c/com art. 290 do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.*

O autuado apresenta Impugnação às fls. 17 a 40. Preliminarmente, alega nulidade por descumprimento de obrigações formais: **a)** FALTA DE TERMOS; **b)** CONFLITO ENTRE TERMOS E O AUTO; **c)** CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – FORMATO INADEQUADO E FALTA DOS DEMONSTRATIVOS.

No mérito, alega prejudicialidade de decadência para os fatos geradores são anteriores a 09/07/2014 – extinção do crédito tributário ex VI do art. 156, V, c/c art. 150, § 4º do CTN.

Defende quanto ao erro material onde alegou que diversos produtos não constam nos referidos anexos do RICMS/Ba, portanto não estão sujeitos ao regime de substituição tributária ou antecipação tributária e não encerram a fase de tributação.

Discorreu sobre as multas aplicadas, que sustenta ofensa aos princípios constitucionais, tendo assim, um efeito confiscatório, conforme os arts. 150, IV da CF/88, 158 do RPAF e pede pela realização de diligência.

O autuante apresenta a Informação Fiscal de fls. 62 a 64, onde após sintetizar a Defesa, rebate os argumentos e concluiu pela procedência parcial no valor R\$ 1.484.309,74.

O sujeito passivo se manifesta às fls. 138 a 141, sendo que repisa os mesmos argumentos expostos.

Em nova informação fiscal, fls. 155-156, o autuante verifica novamente os argumentos defensivos e elabora novo demonstrativo de débito pela procedência parcial no valor de R\$ 1.452.665,93.

Novamente o sujeito passivo se manifesta às fls. 194 a 198, onde repete as argumentações defensivas e pede a entrega dos demonstrativos em formato excel, sendo que a 5ª JJF deferido diligência para fornecimento de demonstrativos em formato Excel e reabriu o prazo de defesa, conforme cópia de intimação fiscal que anexa.

Em manifestação de fls. 214-15, como feito nas anteriores, o autuante rebate as alegações defensivas e manteve o último valor anteriormente demonstrado.

A diligência foi cumprida na forma pedida e, conforme fls. 231-254, o sujeito passivo impugnou o Auto de Infração e volta rechaçar os mesmos fatos.

Em nova diligência proferida para cientificar o autuante das alegações do contribuinte, no sentido de produção de nova Informação Fiscal a respeito e, se for o caso, de novos demonstrativos da exação, inclusive o de débito.

Por consequência, a Autoridade Fiscal autuante prestou nova Informação Fiscal às fls. 271 a 273 e após revisar os novos argumentos reduziu o valor do débito para R\$ 1.242.323,62.

A JJF proferiu os seguintes votos condutor (Vencido e Vencedor):

VOTO VENCIDO (Quanto decadência)

Lavrado em 21/06/2019, o Auto de Infração em lide se compõe de uma infração, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório acima.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibos e documentos de fls. 12, 15, 133, 190, 223, 269-270 e 277, bem como do que se depreende das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis ao esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na sua lavratura foi cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§ , 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está clara e exaustivamente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (impressos e em mídia CD: fls. 04-09, 11, 65-132, 187-189 e 274-276); e) a infração restou determinada, segura, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Por perceber que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção, com respaldo no art. 147, I e II, “a” e “b” do RPAF, afasto o pedido de diligência ou perícia formulado na última manifestação defensiva.

Como repetido e detalhadamente exposto no relatório, a Impugnação ao lançamento em juízo de revisão neste órgão administrativo judicante consiste em: a) preliminar formal de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, pois: a.1) a empresa não teria recebido em sua via do Auto de Infração, cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco, nem foi intimado a apresentar livros ou documentos; a.2) conflito entre Termos e o Auto de Infração; b) questões de mérito: b.1) extinção parcial do crédito fiscal com fatos geradores anteriores a 09/07/2014 por incidência de decadência com fundamento no prazo indicado no art. 150, § 4º, do CTN; b.2) erro material que impossibilitou a ampla defesa e o contraditório, “haja visto que não foi acostado ao Auto de Infração a relação na íntegra dos supostos produtos isentos, sendo apenas entregue ao autuado as folhas 01 e 67 do Demonstrativo de Créditos indevidos – Produtos ST; c) inconstitucionalidade da multa por possuir efeitos de confisco.

Passo a apreciá-las, então.

Ampliando a análise das alegações defensivas, constata-se nas peças de defesa que o Impugnante expressa como primeiro ataque de irregularidade formal e, por consequência, ao seu direito de defesa, o fato de que sequer saber que estava sendo fiscalizada. Contudo, além de, como veremos, os documentos autuados negarem pertinência à alegação defensiva, tendo em vista que o procedimento fiscal de investigação da atividade do contribuinte com repercussão tributária é regido pelo princípio inquisitivo, prescinde da participação do contribuinte e, a depender das circunstâncias, a sua não participação é até necessária para o estabelecimento da verdade material dos fatos que se investiga. Tanto é assim que a própria emissão de Auto de Infração ou Notificação Fiscal pode, também, iniciar o procedimento fiscal no momento da sua emissão (RPAF: Art. 26, IV).

Sem embargo, nem este foi o fato neste caso, senão vejamos.

Para a primeira objetiva motivação da inicial alegação para a nulidade arguida foi que sendo o estabelecimento autuado o de Inscrição Estadual 13.608.561, não recebeu “cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco”. Contudo, tendo em vista que mantendo o mesmo número raiz, o CNPJ identifica o estabelecimento filial com a numeração após a barra, à fl. 07 do PAF consta autuada cópia de Termo de Apresentação de Livros e/ou Documentos Fiscais expedido para o contribuinte/estabelecimento autuado, CNPJ 04.259.757/0014-70 (o mesmo do com Inscrição Estadual 13.608.561), datado de 24/04/2019, recebido e assinado por preposto do sujeito passivo na mesma data.

A segunda e objetiva motivação para a nulidade arguida é a alegação de conflito entre o Termo de Intimação da Lavratura do Auto de Infração com Inscrição Estadual 74.843.025, errada, de outra filial da empresa (fl.12), quando a Inscrição Estadual do sujeito passivo deste PAF possui a Inscrição 13.608.561. Contudo, pormenorizadamente analisando os autos, é de se concluir que, concretamente, não há o conflito alegado e que a alegação defensiva busca apenas escamotear a verdade factual, qual seja a de que ainda que as Inscrições constem expostas nos documentos de maneira divergente, eles anunciam e identificam especificamente elementos/dados do crédito em discussão e se referem objetivamente ao Auto de Infração em referência, o que faz cair por terra a nulidade arguida.

A um, porque, diferentemente do processo judicial em que o formalismo processual ocorre de modo estrito, 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 (ou formalismo moderado) e da garantia de ampla defesa (RPAF: Art. 2º), os quais se revelam plena e amplamente atendidos nos autos, tanto na fase não contraditória (ou procedimental) como no curso processual contraditória deste PAF.

A dois, porque, é de se observar que por permissão do disposto no art. 40, Parágrafo único, do RPAF, conforme documento/recibo de fl. 15, no mesmo procedimento fiscal foram lavrados 09 (nove) Autos de Infração contra o mesmo estabelecimento que figura no polo passivo deste PAF (CNPJ: 04.259.757/0014-70), entre os quais, o deste PAF (identificado como o segundo da lista dos arquivos entregues ao e recebido pelo sujeito passivo em 09/07/2019, fl. 15).

Nesse sentido, importa destacar que: a) o documento/recibo de fl. 15, identifica as diferentes infrações apuradas nos diversos Autos de Infração, sendo a deste PAF, glosa de créditos fiscais indevidos por uso decorrente de aquisição de mercadoria enquadradas no regime de antecipação tributária com fase de tributação encerrada, fato que revela a impertinência do alegado não acostamento de relação “dos supostos produtos isentos”, pois tal infração foi objeto de outro Auto de Infração (206958.0004/19-6), cuja mídia específica o sujeito passivo também atestou recebimento na mesma data; b) breve consulta à web da SEFAZ revela existência de 86 (oitenta e seis) Autos de Infração julgados contra o contribuinte autuado, sendo 07 (sete) com a mesma infração.

A três, porque, além do documento/recibo de fl. 15 em que de uma só vez se entregou e o contribuinte autuado declarou o recebimento de todos os específicos demonstrativos suporte de cada dos distintos Autos de Infração, ao contrário do alegado, o documento de fl. 12 (Intimação da Lavratura) também recebido/assinado por preposto do sujeito passivo em 09/07/2019, comunica e identifica o Auto de Infração 206958.0005/19-2, composto neste PAF e lavrado contra o estabelecimento CNPJ 004.259.757/0014-70 e Inscrição Estadual 013.608.561, de modo que tais documentos estão a claramente expor/denunciar que as preliminares de nulidade arguidas se constituem em mero sofisma feito com falsas razões, pois, como oportunamente se verá, os equívocos apontados pelo Impugnante em nada prejudicou o sujeito passivo de impugnar o Auto de infração na forma assegurada no art. 123, do RPAF.

Afasto, pois as preliminares de nulidade suscitadas.

Passo, então, ao mérito do lançamento tributário.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Observando que tal arguição contraria de modo concreto as alegações defensivas de nulidades formais já superadas, já que conduz admissão de conhecimento do crédito fiscal constituído no Auto de Infração, considerando a ciência do contribuinte em 09/07/2019, como preliminar questão material o Impugnante arguiu a decadência parcial do crédito tributário com fatos geradores anteriores a 09/07/2014, por incidência do instituto da decadência com prazo previsto no § 4º do art. 150, do CTN.

No que diz respeito ao prazo decadencial, há no CTN duas regras para contagem de prazo dentro do qual a Fazenda Pública pode constituir crédito tributário: **Regra Geral** (Art. 173) possível a todos os tributos: **a)** 5 (cinco) anos, contados: **I** - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; **II** - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado; **b) Regra Especial** para tributos originalmente sujeitos a lançamento por homologação: 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Pois bem, depois de muitas discussões com variados entendimentos tanto no âmbito administrativo como judicial, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia, órgão competente para representar o estado junto ao Poder Judicial e assessorar o Poder Executivo em questões legais, publicou o INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO PGE nº 2016.194710-0, objetivando consolidar a jurisprudência administrativa acerca da matéria com relação ao ICMS:

Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

Nota 1: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Nota 2: As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. 1, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação.

De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor **por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos**, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação.

Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, CTN) -, é mister **seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação**.

O crédito fiscal objeto do lançamento tributário em pauta é de uso indevida de crédito fiscal de ICMS referente a operações com mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária que, de modo único, teve encerrada a fase de tributação, não ensejando, portanto, crédito tributário ao adquirente autuado. Os dados das operações e os valores da exação foram extraídos em conformidade com os registros efetuados pelo contribuinte em Escrituração Fiscal Digital – EFD e por ele encaminhada ao Sistema Público de Escrituração Fiscal Digital – SPED. Portanto, com ocorrências declaradas ao Fisco em cumprimento de obrigações acessórias.

Conforme disciplina exposta no Incidente de Uniformização, só não se aplica a Regra Especial de contagem de prazo decadencial para lançamentos tributários do ICMS, quando “seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação” (parte final do último parágrafo da nota 2), situação em que se inclui:

I.) quando: **a)** o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; **b)** o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; **c)** o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da

importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação (**Nota 1**).

- 2.) Quando: **a)** tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, em casos, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação (**1º parágrafo da Nota 2**); **b)** se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação (**2º parágrafo da Nota 2**).

É fato que em situações de uso indevido de crédito fiscal proveniente de mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária, por identificar uso de crédito manifestamente ilegítimo, este Relator já votou pela aplicação do prazo de decadência contado pela Regra Geral. Contudo, considerando que neste caso o próprio autor do feito revisou a infração excluindo mercadorias em diferentes oportunidades por posterior constatação de regime de tributação que permite uso de crédito fiscal, tenho tais fatos como indicador de razoáveis dúvidas quanto ao registro das operações no que diz respeito ao correto regime de tributação por parte do contribuinte, o que, aliado ao fato de não haver nos autos elementos que espelhe o uso indevido do crédito glosado por dolo, fraude ou simulação, entendo que a contagem do prazo de decadência aplicável seja o contido no § 4º do art. 150, do CTN, previsto para tributos sujeitos a lançamento por homologação, em situação que administrativamente não se constitua o indevido uso por, dolo, fraude ou simulação, nem se apresente elemento para se considerar o uso de crédito manifestamente ilegítimo.

Sem embargo, ainda que para o caso seja pertinente a contagem do prazo pela Regra Especial, de modo a acolher a parcial extinção do crédito constituído, é de considerar que o ICMS tem, por característica, apuração em períodos mensais concentrando todas as ocorrências do mês no último dia de cada período, data em que, por deferência do ente tributante, estipula-se como a da ocorrência do fato gerador diário, para aplicação da norma de incidência.

O demonstrativo suporte da exação remanescente constante na mídia CD de fl. 276, identifica e individualiza as ocorrências em: NF, data de entrada no estabelecimento autuado, modelo do documento fiscal, número, UF de origem, CFOP, Aliq., Código, Regime de Tributação na Bahia, NCM, Descrição da mercadoria, BC e ICMS indevidamente apropriado, de modo que, sem prejuízo da concentração das ocorrências para o último dia de cada período de apuração, acertadamente, excluindo as ocorrências diárias até 09/07/2014, no citado demonstrativo remanescente apenas constam operações a partir de 10/07/2014.

Acolho, pois, a decadência arguida e declaro extinto os créditos tributários constituídos com fato gerador até 09/07/2014.

Ao caso, então, resta apreciar a alegação de mérito relativa a indevida glosa de crédito referente a aquisição de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária.

Ao caso, então, resta apreciar a alegação de mérito relativa a indevida glosa de crédito referente a aquisição de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária.

O art. 123 do RPAF assegura o direito de impugnação ao Auto de Infração e ao que interessa ao caso, com meus destaques, cabe expor a seguinte normativa:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.

§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

...

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Posto isto, para de modo objetivo decidir sobre a questão restante, tenho por importante sistematizar um breve histórico do PAF:

O Auto de Infração foi lavrado em 21/06/2019; a ciência da lavratura ocorreu em 09/07/2019; a primeira Impugnação (fls. 17-40) foi protocolada na SEFAZ em 09/09/2019 e a correspondente Informação Fiscal (fls.

62-64) ocorreu em 30/10/2019.

Nesse contexto, acrescido aos argumentos defensivos de nulidade já pontuadas, em alegado cerceamento ao direito de defesa em face do recebimento dos demonstrativos suportes em formato PDF, no quesito de mérito, dizendo ser exemplo de inadequação da exação, por “erro material” pediu a exclusão de operações com as seguintes mercadorias: PEITO DE PERU (NCM 1602300), ARROZ (NCM 10063029), COSTELA (NCM 16024900), PANO (NCMs 63079010 e 56031350), ALIMENTO PARA PASSÁRO (NCM 10059090) e ARROZ PARA CÃES (NCM 10062020) (fls. 32-33).

Na oportunidade da Informação Fiscal (fls. 62-64), da pedida exclusão, por não constarem do Anexo I do RICMS-BA vigente nos períodos autuados, o autuante excluiu COSTELA, PANO e ALIMENTO PARA PÁSSARO, mantendo as demais pelas seguintes razões:

- PEITO DE PERU: Produto resultante do abate de aves registrados na EFD com as NCMs 1602, 0207 e 2106, ajustados na definição do Anexo I do RICMS-BA:

0207 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultante do abate de aves;

1602 - Código erradamente apostado ao “PEITO DE PERU”, vez que na tabela Siscomex da RFB se refere a “Outras preparações e conservas de carne, de miudezas ou de sangue”;

2106 – Por considerar a mesma razão anterior, dado que tal código na tabela Siscomex da RFB se destina a “Preparações alimentícias não especificadas nem compreendidas noutras posições”.

ARROZ PARA CÃES – Os tipos arrolados são alimentos tipo “pet” que disse presentes no item 36 do Anexo I do RICMS-BA/2014.

Nessa oportunidade ajustou o valor da exação de R\$ 1.487.826,42 para R\$ 1.484.309,74.

Quando intimado para conhecer o resultado da Informação Fiscal, sem comentar acerca das razões do autuante, na manifestação correspondente (fls. 138-141), novamente dizendo ser exemplo de inadequação de exação, ademais de arrolar os itens do pedido de exclusão anterior, em novo pedido de exclusão, o Impugnante acrescentou: AGUARD 29 CANINHA PET 500ML (NCM 22084000), BICICLETA MOUNTAIN BIKE (NCM 87120010). Os itens acrescentados foram acatados e excluídos pelo autuante por ocasião da subsequente Informação Fiscal (fls. 155-156), ajustando o valor da exação de R\$ 1.484.309,74 para R\$ 1.452.665,93.

Novamente intimado para conhecer o ajuste efetuado no valor da exação, o Impugnante se manifestou (fls. 194-198). Preliminarmente disse que o autuante persistia em apresentar-lhe demonstrativos em arquivos em mídia no formato PDF e, quanto ao “ERRO MATERIAL”, plotando parte do demonstrativo suporte da infração alegou ainda existir glosas indevidas em produtos, como material de limpeza após 30/10/2014, que, indicando manipulação do arquivo em PDF, destacou como exemplo.

Na Informação Fiscal subsequente (fls. 214-215), mantendo a exação no valor anteriormente ajustado, o autuante entendeu prejudicado o pedido de exclusão do item adicionado, pelo fato do Impugnante ter pedido a exclusão para 2014 apresentando print do demonstrativo de 2015.

Em 21/05/2020 a 2ª JJF deferiu, por unanimidade dos julgadores, diligência para entregar ao sujeito passivo os arquivos suporte em formato Excel com concessão de prazo de 60 dias para manifestação defensiva do sujeito passivo (fl. 218).

O Contribuinte recebeu os arquivos suporte do Auto de Infração em formato Excel e apresentou nova peça defensiva (fls. 231-254). Na oportunidade, contrariando seus repetidos anteriores argumentos de cerceamento ao seu direito de defesa – especialmente quanto ao demonstrativo suporte em formato PDF, pois sabiamente de fácil conversão em planilha editável por diversos programas, inclusive via internet, on-line e de forma gratuita -, agora satisfeito em todos seus pedidos (especialmente quanto ao recebimento do demonstrativo suporte em formato Excel), limitou-se a, sem mais restar sentido lógico ou jurídico, a literalmente repetir a peça inicial de defesa, arguindo as mesmas preliminares já apreciadas e superadas.

No quesito “DO ERRO MATERIAL”, inadvertidamente - pois sanados as questões formais alegadas, especialmente quanto à alegada confusão da mídia -, errando a infração acusada (01.02.03 – uso indevido de crédito fiscal decorrente de aquisição de mercadorias isentas e relativa a outro Auto de Infração) ao invés 01.02.05 (uso indevido de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento antecipado do imposto), mais uma vez dizendo ser exemplo de inadequação da exação, ao pedido de exclusão de operações com mercadorias anteriormente efetuado, acrescentou: MASSAS NÃO COZIDAS (NCM 19021900) – corretamente mantido por constar do 33.01 do Anexo I do RICMS-BA; PEITO DE PERÚ (NCM 16023100) - corretamente mantido por constar do 11.31,1 do Anexo I do RICMS-BA; ARROZ (NCM 10063029) e ARROZ PARA CÃES (NCM 10062020) – itens corretamente excluídos; COSTELA (NCM 16024900) – pedido prejudicado, pois já anteriormente excluído; ALIMENTO PARA PASSÁRO (NCM 10059090) – pedido prejudicado, pois já anteriormente excluído; PE SUINO DEFUMANDO: – corretamente mantido por constar

do 34 em 2014/2015, 11.27 em 20165 e 11.31 em 2017, todos do Anexo I do RICMS-BA 34; ABSORVENTE: 32.2 - corretamente mantido por constar do 32.1 em 2014/2015, 9.23 em 2016 e 9.24 em 2017, todos do Anexo I do RICMS-BA e LUVA (NC34M 40151900), pedido não acatado pelo autuante porque constam no 32.4 do Anexo I do RICMS.

Em face do acolhimento da requerida extinção parcial do crédito constituído por incidência do prazo de decadência, a exação foi ajustada para R\$ 1.242.323,62. O demonstrativo suporte em formato Excel consta no CD de fl. 276 e sua cópia foi disponibilizada ao Impugnante, conforme documento de fl. 277.

Esta foi a última Informação Fiscal e quando regularmente intimado para conhecer seu teor, o sujeito passivo não se manifestou.

Pois bem. Analisando todos os pedidos de exclusão de operações versus as exclusões efetuadas, percebi que o autuante apenas se equivocou ao não acolher o pedido relativo a operações com material de limpeza que só integrou o regime de substituição tributária até 31/01/2015 (item 25 do Anexo I, do RICMS-BA, revogado pela Alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/02/15).

Para tal mercadoria, contrariando sua alegação de impossibilidade de exercício de defesa, indicando livre manipulação do arquivo anteriormente recebido em mídia PDF, o Impugnante colou na 3ª manifestação defensiva print de página do demonstrativo suporte da exação destacando a operação com a NF 170938, registrada em 15/07/2015, cuja BC é R\$ 687,50 e crédito fiscal glosado de R\$ 68,75.

Consultando o demonstrativo suporte restante da exação e que consta dos autos em formato Excel no CD de fl.276, constatei ser esta a única operação com material de limpeza que resta inadequada na exação. Portanto, a excludo nesta oportunidade.

Ora, do histórico relatado, é de constatar que na forma que restou, ao contrário do alegado pelo Impugnante, não se verifica o alegado cerceamento ao direito de defesa no aspecto formal nem material. No aspecto formal, como já apreciado preliminarmente e, no aspecto material porque, ademais de o ter exercido de forma ampla, irrestrita e até contrariando a disciplina contida nos parágrafos 1º, 2º e 5º, do art. 123 do RPAF, como destacado no dispositivo legal acima reproduzido, tenho que, possuindo todos os elementos para impugnar a matéria de forma única e concentrada, ao optar por uma suposta contestação exemplificativa nas diversas oportunidades sem apresentar os necessários e indispensáveis motivos, o Impugnante apenas revela inadequado procedimento de procrastinação da decisão da lide.

Assim, feita a exclusão do valor de R\$ 68,75 como retro indicado, sobre este caso é de incidir o disposto nos artigos 140 e 141 do RPAF:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Por não ser de possível apreciação no âmbito administrativo, a arguição de inconstitucionalidade da multa proposta fica prejudicada e por ser a prevista legalmente para a infração, mantenho a multa sugerida para aplicação.

Do mesmo modo, por não haver previsão legal para tanto, prejudicado também está o pedido de redução da multa aplicada.

Pelo exposto, tenho a infração como parcialmente subsistente em **R\$ 1.246.309,32**, cujo demonstrativo de débito é:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data Vencdo	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Vlr Histórico
Infração 01					
31/07/2014	09/08/2014	187.750,29	17,00%	60%	31.917,55
31/08/2014	09/09/2014	178.771,65	17,00%	60%	30.391,18
30/09/2014	09/10/2014	208.954,71	17,00%	60%	35.522,30
31/10/2014	09/11/2001	237.726,76	17,00%	60%	40.413,55
30/11/2014	09/12/2014	422.101,41	17,00%	60%	71.757,24
31/12/2014	09/01/2015	371.960,53	17,00%	60%	63.233,29
31/01/2015	09/02/2015	381.311,12	17,00%	60%	64.822,89
28/02/2015	09/03/2015	112.873,41	17,00%	60%	19.188,48
31/03/2015	09/04/2015	166.784,82	17,00%	60%	28.353,42
30/04/2015	09/05/2015	136.974,06	17,00%	60%	23.285,59
31/05/2015	09/06/2015	116.708,12	17,00%	60%	19.840,38
30/06/2015	09/07/2015	129.969,00	17,00%	60%	22.094,73
31/07/2015	09/08/2015	93.782,88	17,00%	60%	15.943,09
31/08/2015	09/09/2015	146.853,24	17,00%	60%	24.965,05

30/09/2015	09/10/2015	78.759,47	17,00%	60%	13.389,11
31/10/2015	09/11/2015	72.084,71	17,00%	60%	12.254,40
30/11/2015	09/12/2015	214.294,88	17,00%	60%	36.430,13
31/12/2015	09/01/2016	199.120,88	17,00%	60%	33.850,55
31/01/2016	09/02/2016	154.053,35	17,00%	60%	26.189,07
29/02/2016	09/03/2016	82.320,24	17,00%	60%	13.994,44
31/03/2016	09/04/2016	127.710,28	18,00%	60%	22.987,85
30/04/2016	09/05/2016	125.982,17	18,00%	60%	22.676,79
31/05/2016	09/06/2016	156.118,50	18,00%	60%	28.101,33
30/06/2016	09/07/2016	110.174,61	18,00%	60%	19.831,43
30/07/2016	09/08/2016	85.775,11	18,00%	60%	15.439,52
31/08/2016	09/09/2016	210.294,56	18,00%	60%	37.853,02
30/09/2016	09/10/2016	60.250,50	18,00%	60%	10.845,09
31/10/2016	09/11/2016	133.535,94	18,00%	60%	24.036,47
30/11/2016	09/12/2016	134.148,89	18,00%	60%	24.146,80
31/12/2016	09/01/2017	242.946,83	18,00%	60%	43.730,43
31/01/2017	09/02/2017	274.250,56	18,00%	60%	49.365,10
28/02/2017	09/03/2017	127.078,44	18,00%	60%	22.874,12
31/03/2017	09/04/2017	166.682,94	18,00%	60%	30.002,93
30/04/2017	09/05/2017	124.135,94	18,00%	60%	22.344,47
31/05/2017	09/06/2017	158.070,89	18,00%	60%	28.452,76
30/06/2017	09/07/2017	133.109,33	18,00%	60%	23.959,68
31/07/2017	09/08/2017	207.692,00	18,00%	60%	37.384,56
31/08/2017	09/09/2017	169.825,11	18,00%	60%	30.568,52
30/09/2017	09/10/2017	171.779,22	18,00%	60%	30.920,26
31/10/2017	09/11/2017	179.372,61	18,00%	60%	32.287,07
30/11/2017	09/12/2017	157.387,56	18,00%	60%	28.329,76
31/12/2017	09/01/2018	179.638,44	18,00%	60%	32.334,92
Total da Infração					1.246.309,32

Voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR (Quanto a decadência)

Peço a devida permissão para discordar do voto do ilustre Relator, em relação ao qual, apesar do brilhantismo, divirjo em parte. Não em relação aos argumentos utilizados para o reconhecimento da decadência suscitada, mas em relação especificamente ao prazo final a ser considerado para a aplicação de tal instituto, e justifico.

O autuado, quando da apresentação de sua primeira peça de impugnação, às fls. 17 a 40, conforme consignado no relatório do presente Acórdão, arguiu a nulidade do presente feito, tendo em vista o fato de o autuante lhe ter apresentado demonstrativos em formato PDF, o que em sua visão, lhe cercearia o direito de defesa, pela dificuldade em analisar e apresentar demonstrativos relativos a alterações acaso necessárias nos valores lançados.

*Em sua manifestação de fls. 138 a 141, após a informação fiscal prestada, retorna ao tema, ao registrar que “Persiste e repisa o questionando relativo à apresentação dos arquivos em formato em PDF, fato que o autuante não deu a devida importância na Informação Fiscal, mas que entende ser vício que cerceia seu direito de defesa e nulifica o AI”, reiterando a observação em nova manifestação de fls. 194 a 198, na qual, inclusive, pontua “...que em caso semelhante envolvendo o mesmo sujeito passivo, a 5ª JJF deferiu diligência para fornecimento de demonstrativos em formato Excel e **reabriu o prazo de defesa**, conforme cópia de intimação fiscal que anexa”. (Grifei).*

*Digno de registro, ainda, o fato relatado de que “Na assentada do julgamento (fl. 218), a 2ª JJF converteu os autos em **diligência à INFAZ DE ORIGEM** no sentido de o autuante cientificar o sujeito passivo fornecendo os arquivos magnéticos em formato solicitado (EXCEL) e **dando o prazo de 60 (sessenta) dias para se manifestar** e, caso houvesse manifestação, o autuante deveria ser cientificado para produzir nova Informação Fiscal nos termos do art. 127, § 6º do RPAF”, donde se conclui que na forma do RPAF/99, o prazo de sessenta dias de concessão somente é possível na hipótese de reabertura do prazo de defesa, contido no artigo 123, caput, do mencionado diploma regulamentar:*

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação”.

Isso significa que a nulidade aventada pelo contribuinte foi reconhecida, inclusive, não sendo o entendimento unicamente desta Junta de Julgamento, mas das demais, inclusive consoante citado pelo contribuinte em suas intervenções, e acima reproduzida.

Com tal decisão, tomada à unanimidade, o entendimento é o de que a manutenção do processo como se encontrava, poderia desembocar na sua declaração de nulidade, se não fosse a diligência saneadora

determinada, voltando o feito a sua etapa inicial, qual seja apresentação de nova defesa, após a entrega dos arquivos em formato Excel, reiniciando a sua tramitação, com a garantia de estar devidamente saneado tanto no aspecto formal, quanto material.

E aqui, pouco importa o objeto da diligência, a conduta do contribuinte ou qualquer outra variável, mas sim, o simples fato de que houve a **determinação de reabertura do prazo de defesa**, o que invalida a primeira intimação para ciência do lançamento, dando ao contribuinte uma nova oportunidade de praticar todos os atos processuais, inclusive aqueles já eventualmente praticados anteriormente.

Deste modo, entendo que para efeito de contagem final da decadência, deve ser considerada a data na qual o sujeito passivo foi cientificado quanto ao recebimento dos demonstrativos da forma determinada na diligência, ou seja, **19/04/2021**, o que traz em seu bojo a ampliação dos períodos autuados sobre os quais incidiria a decadência.

Tal entendimento não é novo, podendo mencionar que em julgamento realizado em 26 de outubro de 2021, inclusive sob a mesma composição desta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, na presidência do ilustre relator, tese ora esposada foi acolhida à unanimidade, quando do julgamento do Auto de Infração 06896.0010/17-3, do qual resultou o Acórdão JJF 0212-02/21-VD, do qual fui relator, julgado à unanimidade, inclusive como o voto convergente do ilustre ora Presidente/Relator, e donde extraio o seguinte trecho:

“Analisando as questões preliminares postas, início pela ocorrência de decadência. A acusação é a de recolhimento a menor de imposto referente à comercialização de refeições.

A lavratura do Auto de Infração, como já dito, se deu em 20/06/2017, e a **ciência válida do lançamento ao contribuinte ocorreu apenas em 19/02/2021**, diante de inúmeros equívocos cometidos, quais sejam, a falta de entrega de demonstrativos analíticos, prejudicando o direito de defesa do contribuinte, a intimação feita pelo autuante sem indicação expressa do prazo concedido ao contribuinte para apresentar sua manifestação, quando deveria ser feita pelo órgão preparador, na forma do RPAF/99, ou seja, se observam fatos geradores com mais de cinco anos de ocorridos, o que, de plano, leva o julgador a um exame mais acurado dos mesmos”.

Naquela oportunidade, não se aventou qualquer divergência ou dissensão quanto ao entendimento de que o prazo para contagem decadencial era o da regular ciência ao contribuinte dos termos, elementos e documentos que embasaram a autuação.

Assim, entendendo ter o Relator mudado de opinião, frente a mesma situação fática, qual seja, a de realização de diligência com reabertura do prazo de defesa, deve ser entendido como prazo para efeito decadencial o da ciência válida, qual seja, o da segunda, o que vem a atender ao quanto disposto na Súmula CONSEF 12, de seguinte teor:

“Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração.”

Evidentemente que não se pode considerar como ciência, aquela que realizada e que não proporcionou ao contribuinte o pleno exercício de seu direito de defesa e do contencioso.

Por tais motivos, entendo que o lançamento deva ser julgado procedente em parte, alterando o seu valor para **R\$ 595.484,13**, de acordo com o seguinte demonstrativo, vez ter sido tomada a data de **19/04/2021**, como parâmetro para contagem decadencial tal data:

2016

Abril	R\$ 22.676,79
Maio	R\$ 28.101,33
Junho	R\$ 19.831,43
Julho	R\$ 15.439,52
Agosto	R\$ 37.853,02
Setembro	R\$ 10.845,09
Outubro	R\$ 24.036,47
Novembro	R\$ 24.146,80
Dezembro	R\$ 43.730,43
TOTAL	R\$ 226.660,88

2017

Janeiro	R\$ 49.365,10
Fevereiro	R\$ 22.874,12
Março	R\$ 30.002,93
Abril	R\$ 22.344,47
Maio	R\$ 28.452,76
Junho	R\$ 23.959,68

Julho	R\$ 37.384,56
Agosto	R\$ 30.568,52
Setembro	R\$ 30.920,26
Outubro	R\$ 32.287,07
Novembro	R\$ 28.329,76
Dezembro	R\$ 32.334,02
TOTAL	R\$ 368.823,25

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/99.

Inconformada com resultado, a patrona da empresa recorrente, apresenta peça recursal, onde tece as seguintes alegações:

Preliminar concorda com o entendimento exarado do julgamento de Primeira Instância em relação à contagem de prazo decadencial, que teve como marco temporal a data de reabertura de prazo de defesa, considerando-se a nova intimação para ciência da autuada em 19/04/2021, o que fez, corretamente, decair as cobranças anteriores a 04/2016.

Protesta quanto à interpretação literal de tal dispositivo, pois, por óbvio, a defendente procura sempre trazer todas suas alegações de uma só vez, mas em certas situações tal premissa não é possível de ser realizada, bem como a busca à verdade material é o que deve prevalecer no Processo Administrativo Fiscal, pois da mesma forma que o Contribuinte deve trazer todos seus elementos de defesa aos autos em uma oportunidade, a Fiscalização, por conseguinte, deve-se ater a efetuar sua auditoria de forma eficaz e lançar apenas o devido, e não foi o que já restou constatado no presente PAF.

Discorre quanto ao formato apresentado pelo autuante (que se fez em formato PDF e a JJF diligência para que o ato fosse em excel), conforme o cumprimento ao previsto no Art. 123, § 1º do RPAF.

No mérito, a recorrente esclarece que protocolou Manifestação na data de 25/02/2022, após a Intimação para tomar ciência da Informação Fiscal, recebida em 17/02/2022, conforme se observa da tela do Protocolo SIPRO. Portanto, se pronunciou corretamente e tempestivamente, diferente do afirmado na peça de julgamento. Após essa Manifestação, a empresa não teve ciência de nenhuma nova Informação Fiscal.

Passa a recorrer os entendimentos equivocados, tanto por parte do Autuante quanto da JJF, para os produtos a seguir discriminados:

- a) PEITO DE PERU: esclarece que o produto em questão não é o peito de peru *in natura*, resultante do abate, e sim, PEITO DE PERU DEFUMADO, que em verdade se trata de um embutido, produto resultante de etapa de industrialização, posterior ao abate. Tal produto possui a NCM 1602, e o julgador afirmou, equivocadamente, que foi colocada a NCM errada no produto. A NCM do produto está correta. Sustenta que da análise do Anexo I do RICMS/BA, versão 2015, observa-se o seu item 35 prevendo a ST para produtos “resultantes do abate”, bem como o item 35-A, com a previsão, que vigorou apenas de 01/01/2015 a 03/02/2015 na ST, para os “embutidos”, com NCM 1602, que foi a aplicada corretamente pela recorrente. Conclui que o referido produto não é “resultante do abate de aves”, mas, sim, um “enchido/embutido”, produto este industrializado. Acosta fotos do produto para facilitar a compreensão e faz *print* da planilha com a permanência dos produtos.
- b) MASSA PARA PASTEL x MASSA NÃO COZIDA: explica trouxe nas peças anteriores que o item 33.1 (e não 33.01), do Anexo I do RICMS/BA, versão 2014, é a confirmação que está inserido na ST são apenas as massas NÃO cozidas, e o argumento exposto foi o fato de que o produto MASSA PARA PASTEL é pré-cozido, entrando na exceção à previsão do enquadramento do produto na ST. Ou seja, MASSA PARA PASTEL NÃO está inserido na ST pois sofre cozimento prévio, tanto que deve ser acondicionado no estabelecimento em ambiente REFRIGERADO, sendo massa COZIDA. Junta foto para demonstração da alegação. Afirma que demonstrou

também que o próprio CONSEF (A-0222-12/15; 0264-12/15; 0240-12/19; 0193-11/18) já exarou várias decisões a respeito, confirmando que o produto possui tributação normal, apresentando vários julgados dessa Corte, que não foram sequer analisados pelo Autuante, bem como pela JJF. Sustenta que a MASSA para PASTEL sofre cozimento prévio na sua industrialização, portanto, pré-cozidas, configurando-se como EXCEÇÃO de enquadramento na ST pelo que estabelece o Anexo I do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13780/2012, em seu item 33.1, versão 2014. Destaca Parecer da DITRI nº 11219/2010, referendado pelo CONSEF nas decisões citadas. Acosta *print* da planilha com farta presença do produto MASSA PARA PASTEL.

- c) BATATA PALHA: roga pela a análise do produto, onde alega que o produto não encontra respaldo na legislação de seu enquadramento na ST. Esclarece que Batata Palha não deve ser confundida com Salgadinho Industrializado, que se encontra na ST, pois a batata palha não tem esta função de ser servido como um salgadinho de mesa, como aperitivo, mas como um ingrediente de uma refeição. Pede pela exclusão do produto conforme demonstra na planilha anexada.
- d) VINHOS COM NCM 2206: aponta outra falha, pois afirma que não foram analisados que Vinhos com NCM 2206 estão previstos no Anexo I do RICMS - anos 2014, 2015 e 2016, conforme a planilha anexada. Salienta que embora sejam operações dentro do período que houve por decaído no julgamento de Primeira Instância, a Recorrente traz suas reiterações no momento, haja vista não estar ainda encerrada a tramitação do presente PAF na esfera administrativa. Diz que o Anexo I do RICMS/BA, versão 2014, somente NCM's 2208, 2205 e 2204. Pede pela exclusão do referido produto.
- e) PRODUTOS ACATADOS E NÃO RETIRADOS DO DEMONSTRATIVO: constata também que existem produtos que foram ditos como acatados para sua exclusão, tanto pelo Autuante quanto pela JJF, muitos ainda continuam na última planilha apresentada pela Fiscalização, da qual colocamos cópia em anexo, para que não restem dúvidas e possam ter confirmadas que suas exclusões não foram realizadas, como restará provado. Junta relação dos produtos BICICLETA (MOUNTAIN BIKE) e COSTELA (NCM 16024900). Acosta os meses onde constam tais produtos não excluídos pela fiscalização e pela JJF.

Requer a realização de Diligências para a exclusão dos itens citados.

Concluiu reiterando pela Procedência Parcial do Auto de Infração, com o devido provimento do Recurso Voluntário.

Nesta oportunidade se fez presente na sessão de videoconferência, a Dra. Rebeca Brandão de Jesus – OAB/BA nº 58.327, no qual exerceu o seu direito de sustentação oral.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício (art. 169, I, “a”) e Voluntário (art. 169, I, “b”) contra a decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide lavrado em 21.06.2019, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 1.487.826,42, mais multa de 60%, por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Fatos geradores ocorridos de janeiro 2014 a dezembro de 2017.

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que a desoneração parcial decorreu por decadência em decisão não unanime por entender que para efeito de contagem final da decadência, deve ser considerada a data na qual o sujeito passivo foi cientificado quanto ao recebimento dos demonstrativos da forma determinada na diligência, ou seja, 19/04/2021, o que traz em seu bojo a ampliação dos períodos autuados sobre os quais incidiria a decadência.

Da análise dos autos verifico que, a empresa tomou ciência da lavratura do auto em lide em

09.07.2019 (fl. 12), de forma pessoal através Contador Joadison Silva dos Santos, CPF Nº 610.695.665-00, tendo o sujeito passivo exercido sua ampla defesa e assim o fez apresentando tempestivamente sua peça defensiva sob as fls. 17, onde a patrona do recorrente reconhece e reitera na sua peça inicial a data de 09.07.2019, como a efetiva data da ciência da lavratura do auto em lide.

Neste sentido, diante da confirmação pelo recorrente da ciência da lavratura do auto em 09/07/2019, comungo com entendimento do voto vencido tendo em vista que o contribuinte teve conhecimento do crédito fiscal constituído no Auto de Infração. Como preliminar questão material o Impugnante arguiu a decadência parcial do crédito tributário com fatos geradores anteriores a 09/07/2014, por incidência do instituto da decadência com prazo previsto no § 4º, do art. 150 do CTN.

Verifico que, a exclusão do lançamento pelo voto vencedor decorreu pelo acolhimento da requerida extinção parcial do crédito constituído por incidência do prazo de decadência para os exercícios 2014, 2015 e janeiro a março de 2016, com base na ciência da lavratura em 19/04/2021, a exação foi ajustada para R\$ 595.484,13, o qual com a devida vênia não concordo, tendo em vista restar comprovado nos autos a ciência efetiva em 09.07.2019, sob as fls. 12 e 17, portanto, entendendo que ocorreu a incidência do prazo de decadência parcial dos lançamentos cujos fatos geradores se deram apenas para os meses de janeiro a junho de 2014.

Verifico ainda, que nas informações fiscais, o autuante reconheceu a procedência parcial das alegações defensivas, efetuou as correções desses equívocos e refez o demonstrativo analítico nos autos, tendo acolhido parcialmente as alegações defensivas e apurado o valor remanescente da exigência fiscal em lide.

Diante de tais evidências, com a devida vênia concluo em modificar a decisão recorrida e manter o lançamento exarado no voto vencido da decisão de piso.

Pelo exposto, voto pelo Provimento parcial do Recurso de Ofício, restabelecendo os meses de julho de 2014 a março de 2016.

Quanto ao Recurso Voluntário interposto tempestivamente pela patrona da recorrente, com amparo no art. 169, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Inicialmente indefiro o pedido de realização de diligência fiscal formulado pelo recorrente, pois, entendendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra “a” do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

O Recurso interposto pelo Contribuinte tem como fulcro a apreciação das alegações da recorrente em face da decisão de primeiro grau que julgou procedente em parte o Auto de Infração, no qual inicialmente concorda com o voto vencedor de piso em decisão não unânime em relação à contagem de prazo decadencial, que teve como marco temporal a data de reabertura de prazo de defesa, considerando-se a nova intimação para ciência da autuada em 19/04/2021, o que fez, decair as cobranças dos fatos geradores anteriores a 04/2016.

Verifico, que restou comprovado nos autos, a ocorrência da ciência efetiva em 09/07/2019, de modo pessoal pelo Contador do contribuinte o Sr. Joadison Silva dos Santos, CPF Nº 610.695.665-00, sob as fls. 12, bem como na peça impugnatória a patrona do recorrente que também reconhece sob as fls. 17 a ciência da lavratura em 09/07/2019, o qual concordo, portanto, a alegação da ciência ter ocorrido somente em 19/04/2021, após a diligência fiscal da JJF, não socorre a autuada.

Discorre quanto ao formato apresentado pelo autuante (que se fez em formato PDF e a JJF

diligência para que o ato fosse em excel), conforme o cumprimento ao previsto no Art. 123, § 1º do RPAF, verifico que em nada prejudicou o recorrente de impugnar o presente auto de infração, tendo exercido o pleno direito de defesa do presente feito na forma assegurada no art. 123 do RPAF.

No mérito, a recorrente esclarece que protocolou Manifestação na data de 25/02/2022, após a Intimação para tomar ciência da Informação Fiscal, recebida em 17/02/2022, conforme se observa da tela do Protocolo SIPRO. Portanto, se pronunciou corretamente e tempestivamente, diferente do afirmado na peça de julgamento. Após essa Manifestação, a empresa não teve ciência de nenhuma nova Informação Fiscal.

Traz aos autos alegações de entendimentos equivocados, tanto por parte do Autuante quanto da JJF, para os produtos a seguir discriminados que passo a discorrer:

- a) PEITO DE PERU: esclarece que o produto em questão não é o peito de peru *in natura*, resultante do abate, e sim, PEITO DE PERU DEFUMADO, que em verdade se trata de um embutido, produto resultante de etapa de industrialização, posterior ao abate. Tal produto possui a NCM 1602, e o julgador afirmou, equivocadamente, que foi colocada a NCM errada no produto.

Quanto ao produto PEITO DE PERU, verifico que o referido produto somente estava elencado na Substituição Tributária no período de 01/01 a 03/02/2015, portanto, faz jus a utilização do crédito fiscal nos demais períodos dos fatos geradores da autuação. Mantida na autuação somente a Nota Fiscal nº 001, de 05/01/2015, no valor de R\$ 122,47.

- b) MASSA PARA PASTEL x MASSA NÃO COZIDA: explica que trouxe nas peças anteriores que o item 33.1 (e não 33.01), do Anexo I do RICMS/BA, versão 2014, é a confirmação que está inserido na ST são apenas as massas NÃO cozidas, e o argumento exposto foi o fato de que o produto MASSA PARA PASTEL é pré-cozido, entrando na exceção à previsão do enquadramento do produto na ST.

Quanto ao produto MASSA PARA PASTEL, verifico que no período fiscalizado o referido produto não estava inserido na ST, diferente de massas não cozidas, entrando na exceção a previsão do enquadramento do produto na ST, portanto, entendo que deve ser excluído do lançamento em lide.

- c) BATATA PALHA: roga pela análise do produto, onde alega que o produto não encontra respaldo na legislação de seu enquadramento na ST. Esclarece que Batata Palha não deve ser confundida com Salgadinho Industrializado, que se encontra na ST.

Quanto ao produto BATATA PALHA, verifico que no período fiscalizado não se encontrava enquadrado na Substituição tributação, portanto, entendo que deve ser excluído do lançamento.

- d) VINHOS COM NCM 2206: aponta outra falha, pois afirma que não foram analisados que Vinhos com NCM 2206 estão previstos no Anexo I do RICMS - anos 2014, 2015 e 2016, conforme a planilha anexada. Salienta que embora sejam operações dentro do período que houve teve decaido no julgamento de Primeira Instância, a Recorrente traz suas reiteraões no momento, haja vista não estar ainda encerrada a tramitação do presente PAF na esfera administrativa. Diz que o Anexo I do RICMS/BA, versão 2014, somente NCM's 2208, 2205 e 2204. Pede pela exclusão do referido produto.

Quanto ao produto Vinhos com NCM 2206, verifico que somente estava elencado na Substituição Tributária até 11/2015, sendo excluído da ST pelo Decreto nº 16.434 de 11/2015 com efeitos a partir de 01.12.2015, portanto, as operações com fatos geradores ocorridos com este produto até o mês de novembro de 2015, não poderia utilizar créditos fiscais do ICMS. Excluído da autuação só a partir de dezembro de 2015.

- e) PRODUTOS ACATADOS E NÃO RETIRADOS DO DEMONSTRATIVO: constata também que existem produtos que foram ditos como acatados, sendo excluído, tanto pelo Autuante quanto

pela JJF, muitos ainda continuam na última planilha apresentada pela Fiscalização, da qual colocamos cópia em anexo, para que não restem dúvidas e possam ter confirmadas que suas exclusões não foram realizadas, como restará provado. Junta relação dos produtos BICICLETA (MOUNTAIN BIKE) e COSTELA (NCM 16024900). Acosta os meses que constam tais produtos não excluídos pela fiscalização e pela JJF.

Quanto aos produtos acatados e não retirados do demonstrativo, verifico que tem razão a recorrente em relação ao produto BICICLETA MOUNTAIN BIKE, que de ofício, excludo do lançamento os valores R\$ 246,75, referente as Notas Fiscais nºs 1102940 e 1102941 de 30.11.2016. Emitidas pelo Estado de MG.

Quanto ao produto COSTELA SUINA NCM 16024900, verifico que os valores apurados para o referido produto foi excluído do lançamento fiscal de piso, tanto pelo fiscal autuante e sendo acompanhado pelo relator, conforme alegou o recorrente, sendo que o relator da JJF entendeu ser prejudicado, pois foi atingido pela decadência (janeiro/2014 a março/2016), no entanto, como foi restabelecido o período de julho de 2014 a março de 2016, vejo que a revisão feita pelo fiscal está devidamente correta e assiste razão o pedido da patrona do recorrente, no qual comungo com a revisão feita pelo autuante.

Verifico que, o produto material de limpeza DETERG VANISH RESOLV PRE-LAVAGEM 500ML, foi excluído da ST a partir de 01/02/2015, portanto, entendo que as operações com estes produtos a partir de 01.02.2015, devem ser excluídos do lançamento.

Diante de tais entendimentos acolho parcialmente a exclusão do lançamento do crédito constituído por incidência do prazo de decadência com base na ciência expressa da lavratura do auto em 09/07/2019 para as operações, cujo fatos geradores ocorreram nos meses de janeiro a junho de 2014, bem como, para excluir parcialmente do lançamento as operações com os produtos MASSA DE PASTEL, BATATA PALHA, PEITO DE PERU, VINHOS com NCM 2206 partir de 01.12.2015 e BICICLETA MOUNTAIN BIKE, por entender que merece razão em parte nas alegações trazidas pela recorrente em sede de recurso.

Portanto, voto pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário apresentado.

Dito isto, concluo pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração e, conseqüentemente, PROVIMENTO PARCIAL de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, no valor de R\$ 1.190.833,65, com base no demonstrativo a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO						
Data Ocorr	Data Vencdo	Base de Cálculo	Alíq %	Multa %	Vlr Histórico	Vlr Julg-CJF
31/07/2014	09/08/2014	187.750,29	17,00%	60%	31.917,55	31.858,42
31/08/2014	09/09/2014	178.771,65	17,00%	60%	30.391,18	30.011,21
30/09/2014	09/10/2014	208.954,71	17,00%	60%	35.522,30	34.916,85
31/10/2014	09/11/2001	237.726,76	17,00%	60%	40.413,55	39.701,53
30/11/2014	09/12/2014	422.101,41	17,00%	60%	71.757,24	70.849,82
31/12/2014	09/01/2015	371.960,53	17,00%	60%	63.233,29	61.507,82
31/01/2015	09/02/2015	381.311,12	17,00%	60%	64.822,89	64.584,08
28/02/2015	09/03/2015	112.873,41	17,00%	60%	19.188,48	18.144,11
31/03/2015	09/04/2015	166.784,82	17,00%	60%	28.353,42	28.001,07
30/04/2015	09/05/2015	136.974,06	17,00%	60%	23.285,59	22.552,00
31/05/2015	09/06/2015	116.708,12	17,00%	60%	19.840,38	19.091,70
30/06/2015	09/07/2015	129.969,00	17,00%	60%	22.094,73	21.114,29
31/07/2015	09/08/2015	93.782,88	17,00%	60%	15.943,09	14.968,35
31/08/2015	09/09/2015	146.853,24	17,00%	60%	24.965,05	24.057,39
30/09/2015	09/10/2015	78.759,47	17,00%	60%	13.389,11	12.732,38
31/10/2015	09/11/2015	72.084,71	17,00%	60%	12.254,40	11.428,12
30/11/2015	09/12/2015	214.294,88	17,00%	60%	36.430,13	35.813,11
31/12/2015	09/01/2016	199.120,88	17,00%	60%	33.850,55	30.779,61
31/01/2016	09/02/2016	154.053,35	17,00%	60%	26.189,07	22.701,81
29/02/2016	09/03/2016	82.320,24	17,00%	60%	13.994,44	13.378,89
31/03/2016	09/04/2016	127.710,28	18,00%	60%	22.987,85	20.711,98

30/04/2016	09/05/2016	125.982,17	18,00%	60%	22.676,79	20.928,56
31/05/2016	09/06/2016	156.118,50	18,00%	60%	28.101,33	26.188,68
30/06/2017	09/07/2016	110.174,61	18,00%	60%	19.831,43	18.425,75
30/07/2016	09/08/2016	85.775,11	18,00%	60%	15.439,52	13.777,25
31/08/2016	09/09/2016	210.294,56	18,00%	60%	37.853,02	37.233,54
30/09/2016	09/10/2016	60.250,50	18,00%	60%	10.845,09	8.911,23
31/10/2016	09/11/2016	133.535,94	18,00%	60%	24.036,47	22.855,43
30/11/2016	09/12/2016	134.148,89	18,00%	60%	24.146,80	22.965,61
31/12/2016	09/01/2017	242.946,83	18,00%	60%	43.730,43	41.699,64
31/01/2017	09/02/2017	274.250,56	18,00%	60%	49.365,10	46.495,74
28/02/2017	09/03/2017	127.078,44	18,00%	60%	22.874,12	22.535,28
31/03/2017	09/04/2017	166.682,94	18,00%	60%	30.002,93	27.544,63
30/04/2017	09/05/2017	124.135,94	18,00%	60%	22.344,47	21.859,72
31/05/2017	09/06/2017	158.070,89	18,00%	60%	28.452,76	26.563,48
30/06/2017	09/07/2017	133.109,33	18,00%	60%	23.959,68	22.256,52
31/07/2017	09/08/2017	207.692,00	18,00%	60%	37.384,56	36.422,35
31/08/2017	09/09/2017	169.825,11	18,00%	60%	30.568,52	29.334,90
30/09/2017	09/10/2017	171.779,22	18,00%	60%	30.920,26	29.344,25
31/10/2017	09/11/2017	179.372,61	18,00%	60%	32.287,07	31.181,58
30/11/2017	09/12/2017	157.387,56	18,00%	60%	28.329,76	24.709,35
31/12/2017	09/01/2018	179.638,44	18,00%	60%	32.334,92	30.695,62
Total da Infração					1.246.309,32	1.190.833,65

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.0005/19-2**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.190.833,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS