

PROCESSO - A. I. Nº 281231.0004/19-0
RECORRENTE - DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0037-05/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/06/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0146-12/23-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. Infração subsistente em parte. Mantida a Decisão recorrida; **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. Não acatada a alegação de decadência, posto que a ciência da autuação se deu em 29/03/2019, em face do art. 150, § 4º do CTN. Após análise, foram excluídos os valores relacionados a mercadorias com CFOPs 5927 e 5949 cujas operações do recorrente não sofrem tributação. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte 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, através de seus advogados, oportunidade em que argui a decadência parcial das obrigações referentes ao período de 01.01.2014 a 28.02.2014.

No mérito, na infração 01, aduz que a auditoria inseriu no levantamento produtos isentos ou já alcançados pela ST. 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”.*

No seu informativo fiscal (fls. 145/147), o autuante, 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. Quanto à infração 02, tece algumas considerações, contra e a favor das pretensões do sujeito passivo. 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.

A 5ª JJF solicitou pedido de diligência para que o autuante anexasse *“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”.*

Posteriormente, junta o i. autuante arquivos em excell (fls. 154/155) para ciência ao interessado. Manifesta-se o autuado às fls. 161/169 que pede pela dedução pelas novas planilhas fiscais produzidas, restaram como remanescente um saldo ainda exigível de R\$ 39.921,07 que 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)”.*

Solicita outra diligência para apuração das alegações. Em novo pronunciamento (fls. 183/187), o autuante, excluiu dos levantamentos as transferências internas, CFOPs 5152 e 5409, em respeito ao comando da Súmula nº 08 do CONSEF, apesar de fazer um arrazoado apresentando um outro prisma jurídico da situação.

Voltando o PAF para este Conselho, solicita diligência para que o autuante prestasse nova informação fiscal acerca *“das operações formalizadas sob os CFOPs 5927 e 5926, apresentar as provas necessárias em que fique demonstrado todo o procedimento”.*

A autuada (fls. 206/207) se manifesta reforçando o pedido de decadência e concorda com os novos levantamentos fiscais, já sem as operações debaixo dos CFOPs 5152 e 5409.

Após as intervenções, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

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 impositivos 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 impositivos 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. C/JF 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 autuado, 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 autuante 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 autuante 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 errônea da operação, **devem ser retirados** da planilha de fl. 188, os valores relacionados ao citado código fiscal.

Por fim, sobre as operações debaixo 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.

A advogada da empresa recorrente, apresenta Recurso Voluntário, onde vem trazer suas concordâncias com as reduções efetuadas, frutos das alegações defensivas iniciais, mas, em tempo, protestar pelos equívocos trazidos em relação à contagem da decadência e não manifestação em relação ao CFOP 5949.

Volta a argumentar quanto à **decadência** que defende para o período de 01/01/2014 a 29/03/2014, tendo em vista que a empresa somente tomou ciência do PAF em 29/03/2019. Pontua que o Incidente de Uniformização da PGE, afirma que a contagem decadencial de 5 (cinco) anos ocorre “a partir da ocorrência do fato gerador” e Súmula do CONSEF de nº 12 diz que o lançamento se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração, portanto, entende que a contagem deve ser diária, e não mensal.

Acrescenta que a ciência do contribuinte ocorre em data específica, bem como os lançamentos nos demonstrativos analíticos da Fiscalização são ali listados diariamente, sendo plenamente

viável o estabelecimento da linha limítrofe decadencial, da mesma forma, numa data específica, que é aquela estabelecida na legislação (a partir da ocorrência do fato gerador). Reitera que, de forma equivocada, o julgamento de piso considerou decaído apenas o período de 01/01/2014 a 28/02/2014, como se a contagem decadencial fosse mensal, e não a partir da ocorrência do fato gerador, deixando de fora da decadência os 29 (vinte e nove) dias do mês de março de 2014, indo de encontro com o estabelecido no Incidente de Uniformização citado, em combinação com a Súmula nº 12 do CONSEF.

Disse que, em nenhum momento do Incidente de Uniformização da PGE, em relação à contagem decadencial, há o entendimento de que a mesma deva ser a partir do mês da ocorrência do fato gerador, mas, sim, a partir da ocorrência do mesmo (data). Sustenta que esta ocorrência está no mundo jurídico a cada dia, a todo momento. Portanto, a decadência deve ser calculada com base na data de 5 anos atrás, contados da ciência do contribuinte no momento atual.

Alega que **não fora manifestado no julgamento de piso em relação ao CFOP 5949 (outras saídas em transferência interna)**. Pondera que na decisão recorrida foram devidamente excluídos do levantamento fiscal, são os seguintes: 5152, 5409 e 5927, no entanto, explica que em relação ao CFOP 5949, o julgamento realizado pela 5ª Junta apenas faz citações em seu relatório, sem manifestação no voto.

Salienta que as operações com as notas fiscais emitidas pelo Contribuinte foram emitidas para consumo próprio dentro da loja, o que motivou a alegação. O Auditor distorceu a análise, com o entendimento de pelo fato de haver produtos alimentícios dentre os itens que os mesmos não seriam “uso e consumo”. Ocorre que a alegação inicial foi no sentido de que a empresa utilizou os produtos com o CFOP 5949, seja alimento ou não, para consumo interno.

Acrescenta e reitera que o fato de que estas notas fiscais foram emitidas para o próprio estabelecimento, para a própria empresa, o que se caracteriza como transferência interna, no que já é sabido que há Súmula do CONSEF no sentido de que tais operações não sofrem a incidência do ICMS. No entanto, verifica-se através da Súmula nº 08 que a não incidência inclui bens ou mercadorias, no que cai por terra o argumento trazido pela Fiscalização em relação a produtos alimentícios.

Ainda por parte da Fiscalização foi trazida a informação de que *“Apesar de mencionado, nenhuma planilha foi anexada pela defendente”*. No entanto, discordou que o Fisco possui todas as informações dos documentos emitidos pelas empresas, ainda mais nos tempos atuais de nota fiscal eletrônica, bem como as planilhas com o CFOP citado já fazem parte dos autos, apresentadas pelo próprio Auditor, em mais de uma oportunidade (na lavratura do auto de infração e nas diligências posteriores). Portanto, entendem que não é o fato de o contribuinte não apresentar planilha do alegado, de fatos que já estão constando dos autos, que levam a sua não aceitação.

Debate que ao acostar cópia da planilha apensada pelo Auditor Fiscal quando da realização de Diligência, denominada “INFRACAO 02APOS MANIFESTACAO CONT DILIG EXC CFOP 5152”, onde nela se percebe da lista das operações através do CFOP 5949, que remanescem, todas foram emitidas para o próprio CNPJ do estabelecimento autuado (04.259.757/0003-17), comprovando-se que se tratam de operações em transferências internas, de produtos consumidos pelo próprio estabelecimento. Salienta que a maior parte da Infração 02 se refere ao CFOP 5949, totalizando R\$ 108.066,29, demonstrando que se trata de um equívoco da Fiscalização a presente cobrança.

Requer que sejam realizadas diligências para que sejam excluídas do levantamento fiscal as operações com CFOP 5949, por não serem tributadas, conforme Súmula nº 08 do CONSEF e Incidente de Uniformização da PGE, com a consequente redução do auto de infração, tendo em vista que ainda permanecem no levantamento fiscal.

Pede pelo Provimento do Recurso Voluntário.

O conselheiro Eduardo Ramos de Santana declarou impedimento no julgamento deste PAF devido

ter participado na decisão de piso.

Presente na sessão de videoconferência, Dr. Sandro Lacerda – OAB/RJ nº 187.254 que fez sustentação oral em defesa do contribuinte.

É o relatório.

VOTO

O apelo recursal vem novamente aos autos visando modificar a Decisão recorrida da 5ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração (A-0037-05/22-VD), sendo lavrado duas imputações: *por recolhimento a menor devido a aplicação de alíquota diversa nas saídas das mercadorias escrituradas*, sendo que a **primeira** foi através de **saídas registradas em ECF** e, a **segunda**, por **notas fiscais eletrônicas** no valor de R\$ 165.823,70 sendo reduzido para R\$ 141.280,07. A peça recursal está tempestivamente respalda com a legislação regimental, por isso conheço.

A Junta proferiu decisão com a devida redução já citada acolhendo a razões defensivas pela decadência de janeiro a fevereiro de 2014 para as ambas infrações, também após diversas diligência efetuadas pelo colegiado de piso, foram deduzidas as operações dos produtos isentos ou já alcançados pela Substituição Tributária (ST), sendo excluído da autuação tão somente a cobrança das operações com os amendoins confeitados e descascados (Infração 1) que remanesceu o valor de R\$ 2.105,44 (já excluído a decadência). Para a infração 2, foram expurgadas as operações nas transferências de internas de mercadorias (mesmo Estado), conforme a Súmula nº 08 (de CFOPs 5152, 5409 e 5927), além da Nota Fiscal nº 13374, na qual a recorrente comprovou se tratar de operação como um bem do ativo fixo (impressora), também não constou na autuação as operações com CFOPs 5927 por se tratar de baixa de estoque (perda, roubo ou deterioração).

As razões recursais expostas em seu apelo versam tão somente quanto a **decadência, no qual pede pela exclusão também do mês de março de 2014 (até 29/03/2014)** para ambas as infrações e, **exclusão das operações, onde alega serem transferências internas de mercadorias sob o CFOP 5949 (outras saídas em transferência interna)**, sendo informado que não foi pedido na impugnação e nem analisado pelo colegiado de piso. No entanto, disse que, como a decisão de Primeira Instância excluiu as operações com os CFOPs 5152, 5409 e 5927 (operações de transferências internas), solicita também a mesma situação para o CFOP 5949. Esclareceu também que essas operações com este CFOP foram emitidas pelo próprio estabelecimento para consumo próprio e interno (da loja) e que são notas fiscais de transferência devidamente registrada.

Quanto ao pedido de decadência para a infração 1, observei o demonstrativo analítico e verifiquei que as datas das operações autuadas foram após a decadência mais precisamente após 29/03/2014, e, como só remanesceu na autuação só a partir de março de 2014, mercadorias estas, com data de 31/01/2014, sendo que a ciência do Auto de Infração foi em 29/03/2019 e a lavratura foi em 21/03/2019.

Para a infração 2, de início, vejo não pertinência na alegação do patrono do recorrente em relação a decadência até 29/03/2014, pois conforme o Incidente de Uniformização de nº 2016.194710-0, o prazo decadencial é contado com base no art. 150, § 4º do CTN, na medida em que decai o lançamento a partir da ocorrência do fato gerador (conhecimento do Auto de Infração 29/03/2019 – Ciência – fl. 121), disparando a contagem do prazo de cinco anos. A alegação é bastante controversa, pois para alguns a decadência se efetiva a partir do ato (do dia), já a jurisprudência do CONSEF para o início da contagem é mensal, pois quando se apura um mês, o pagamento do imposto se dá no mês seguinte. Ao verificar o demonstrativo, observa-se que existem lançamentos, no mês de março, até 26/03/2014 e, para o entendimento do patrono da recorrente estaria decaído o lançamento de ofício. Ao meu ver, como o pagamento do imposto é mensal e, não diário, não acolho o pedido de decadência solicitada para as infrações 1 e 2.

Em relação a solicitação de exclusão das operações com CFOP 5949, onde alega ser de transferência interna de mercadorias para consumo do próprio estabelecimento. Trago explicação

que o CFOP 5949, segundo a sua definição representa saídas de mercadorias ou prestação de serviços não especificada, sendo usados em operações de remessas ou retorno e locação de bens, assim, como se ver não gera tributação de nenhum imposto, no entanto, só deve ser usado quando a mercadoria ou serviço especificado não se encaixar em nenhuma das outras especificações que não tenha a incidência de impostos.

Também deve ser observado que se no lançamento da nota fiscal que indica CFOP está devidamente lançada, não se pode no momento do lançamento no sistema deixar os campos relativos a eles em branco, portanto, as empresas precisam preencher esse espaço com os CSTs 40 (*mercadoria isenta devido a benefício - hortaliça*), 41 (*transferência interna de mercadorias para consumo do próprio estabelecimento*) e 60 (*ICMS cobrado anteriormente por ST*), indicando o tipo do imposto (se tributa ou está com tributação encerrada) para as operações com CFOP 5949.

Analisei o último demonstrativo feito pelo fiscal, fl. 188, e consta operações com CFOPs 5102, 5403, 5926, 5927 e 5949. Vejo que o autuante não fez a devida exclusão das operações com CFOP 5927, acolhido pela JJF nas alegações do contribuinte de que as mercadorias, trata-se de baixa de estoque (perda, roubo ou deterioração). Por isso, excluo do lançamento toda a operação de CFOP 5927 que corresponde ao valor de R\$ 1.339,78.

Em relação ao CFOP 5949, ficou constatado em minha análise, após explicação já exposta, que esta operação não gera ICMS, assim, excluo também da autuação os valores que ficou comprovado que as mercadorias foram utilizadas para consumo do estabelecimento. Ao ver o demonstrativo, percebe-se que está destacado justamente o CST 41, conforme especifica a legislação e a tela que anexo abaixo, como exemplo:

01/04/2014 00:00	04.259.757/0003-17	BA	'041'	5949	PAPEL HIG PERSONAL PROM NEUT 4X60M LV240PG220	2,39	2,39	2,39	17	0,41	R\$	0,41
01/04/2014 00:00	04.259.757/0003-17	BA	'041'	5949	COPO DESC COPOBRAS TRANSP PP ESP 200ML 100UN	1,72	1,72	1,72	17	0,29	R\$	0,29
01/04/2014 00:00	04.259.757/0003-17	BA	'041'	5949	SUCO GUARATHON TRAD 500ML	0,86	0,86	0,86	17	0,15	R\$	0,15
01/04/2014 00:00	04.259.757/0003-17	BA	'041'	5949	POLPA FRUTAS MEIRA ACEROLA 100G	6,4	6,4	6,4	17	1,09	R\$	1,09
01/04/2014 00:00	04.259.757/0003-17	BA	'041'	5949	POLPA FRUTAS MEIRA MANGA 100G	6	6	6	17	1,02	R\$	1,02
03/04/2014 00:00	04.259.757/0003-17	BA	'041'	5949	SACOLA PERSONALIZADA GRANDE 45X60CM KG	155,6	155,6	155,6	17	26,45	R\$	26,45
04/04/2014 00:00	04.259.757/0003-17	BA	'041'	5949	MANTEIGA AGRANEL KG	1,93	1,93	1,93	17	0,33	R\$	0,33
05/04/2014 00:00	04.259.757/0003-17	BA	'041'	5949	MARGARINA AMELIA AGR 80% LP BALDE 1UN	48,73	48,73	48,73	17	8,28	R\$	8,28
05/04/2014 00:00	04.259.757/0003-17	BA	'041'	5949	MARGARINA AMELIA AGR 80% LP BALDE 1UN	389,84	389,84	389,84	17	66,27	R\$	66,27
10/04/2014 00:00	04.259.757/0003-17	BA	'060'	5949	BLANQUET PERU LIGHT SADIA GRANDE KG	4,75	4,75	4,75	17	0,81	R\$	0,81

Chamo atenção para certas observações: são operações internas que tem CST 41 (como a indicação da nota fiscal), porém, consta também valores de operações com CSTs de nºs 40 e 60, no qual também excluir do lançamento por se tratar de mesma situação (consumo do estabelecimento). Assim, excluo do lançamento o valor de R\$ 126.747,09, ficando remanescido o valor de R\$ 11.742,25, conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS	Lançado	Vlr. Julgado-JJF	Vlr. Julgado-CJF
JAN/14	5.263,03	0,00	0,00
FEV/14	1.629,73	0,00	0,00
MAR/14	991,28	949,08	263,79
ABR/14	2.507,09	1.517,51	450,19
MAI/14	1.002,47	174,76	170,50
JUN/14	825,21	815,56	0,00
JUL/14	117,19	418,73	0,00
AGO/14	840,88	0,00	0,00
SET/14	65,06	0,00	0,00
OUT/14	84,94	0,00	0,00
NOV/14	53.368,51	53.042,50	0,00
DEZ/14	60.812,33	60.262,17	96,55
JAN/15	5.255,75	5.027,63	0,00
FEV/15	62,46	0,00	0,00
MAR/15	33,77	0,00	0,00
ABR/15	20,55	0,00	0,00
MAI/15	22,49	0,00	0,00
JUN/15	396,62	0,00	0,00
JUL/15	1.254,67	0,00	0,00
AGO/15	1.443,11	127,07	127,07

SET/15	2.959,79	1.538,47	1.509,84
OUT/15	2.468,96	1.184,76	1.169,43
NOV/15	8.511,23	7.250,16	2.848,61
DEZ/15	9.520,25	6.866,23	5.106,27
TOTAL	159.457,37	139.174,63	11.742,25

Por tudo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado para excluir da infração 2, os valores dos lançamentos com CFOPs 5927 (acolhido pela JJF e não excluído) e 5949. Assim, os valores remanescentes são de R\$ 2.105,44 da infração 1 (julgado pela JJF) e R\$ 11.742,25 da infração 2, com montante de R\$ 13.847,69.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor histórico de **R\$ 13.847,69**, 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, 03 de maio de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS