

PROCESSO	- A. I. N° 272041.0013/21-8
RECORRENTE	- VIVIANI GRASSI ALMEIDA ALVARENGA EIRELI
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0133-04/22-VD
ORIGEM	- DAT SUL / INFAS EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 17/08/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO CJF N° 0239-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovado pelo fiscal autuante inclusão indevida de operações que não foram destinadas à comercialização. Item parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração lavrado em 30/09/2021, exige ICMS valor total de R\$ 121.408,65 pela constatação da seguinte infração:

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

O autuado através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 38 a 43, sustenta que não cabe antecipação parcial sobre as mercadorias relacionadas no demonstrativo do fiscal autuante, a exemplo de “CONSERVADORA - 80 LITROS - 17D”, “HIPOCLORITO DE SODÍO 60 KG”, “EOS-CE15-Cortina De Ar Eos 150cm Sem Controle”, “RIBBON DE RESINA 110X74 MTS P/ IMPR. COD.”, “AVENTAL KP C/C FITILHO 70 X 120 X 300 BRANCO”, “BOTA BRANCA PVC CANO CURTO C/FORRO N 42”, “FITA ADESIVA IMPRESSA ACRÍLICA 45 MICRAS”, “TERMÔMETRO JUMBO P/JARDIM 92225”, “CAIXA ISOTERM 037 KG PARA ALIMENTOS”, entre outras [Doc. 04], Informa a empresa autuada não é revendedora de tais mercadorias, posto que tem como atividade econômica principal: comércio atacadista de pescados e frutos do mar 146.34-6-030, conforme se constata no Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral da Receita Federal (Doc. 05).

Afirma que a fiscalização não se atentou ao fato de que diversas mercadorias, a exemplo de: “PEIXE INTEIRO FRESCO ARIACO”, “CAMARAO SETE-BARBAS SEM CASCA E SEM CABECA”, “POLVO”, “PEIXE INTEIRO FRESCO - GUIABA”, “ANEIS DE LULA”, “LULA”, “PEIXE BEIJUPIRÁ”, “PEIXE SIRIGADO”, “ARRAIA”, “PEIXE VERMELHO”, “PEIXE GAROUPE”, entre outras, elencadas no demonstrativo do fiscal se tratam de mercadorias isentas, conforme se comprova nas Notas fiscais em anexo (Doc. 06) e conforme prevê o artigo 265, II, alínea “J” do RICMS/BA. Suscita nulidade e roga para princípio da reserva legal, devido aos vícios que possuem.

Em atenção ao mérito do PAF lavrado, provas inquestionáveis dos equívocos do autuante ao lavrar o Auto de infração em apreço, cuja segregação do montante exigido deve ser realizada por esta Junta de Julgamento Fiscal, uma vez que restou comprovado que as mercadorias da empresa autuada são para exportação (Doc. 07), e por via de consequência, a ação fiscal será improcedente, não subsiste a exigência do pagamento de ICMS por antecipação parcial, sobre tais mercadorias. Transcreve decisões deste CONSEF, que no seu entender corrobora a sua tese.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal, fl. 279, salienta que a autuada possui o CNAE 47.22-9-02 – Peixaria. Informa que o governo do Estado retirou a isenção de ICMS para pescados importados e comprados em indústria de outros estabelecimentos. Assim, a partir do mês de junho de 2016 o produto passou a ser taxado em 18%. Acrescenta que os itens relativos ao ativo fixo e uso/consumo, como os exemplificados às fls. 34 a 37 do PAF foram excluídos da nova planilha de

antecipação parcial que elaborou, fls. 282 a 283, alterando o valor a ser exigido para R\$ 63.729,05.

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

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

VOTO

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

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

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

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

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

Diante disso, não acolho as nulidades arguidas.

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

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

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

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

"Art. 265. São isentas do ICMS:

II – as saídas internas de:

(.....)

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

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

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

Assim sendo acolho as retificações efetuadas pelo autuante e concluo pela subsistência parcial da infração no valor de R\$ 63.729,05, conforme demonstrativo de débito anexado à fl. 281.

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

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

Os patronos da recorrente apresentam Recurso Voluntário, às fls. 513/516, onde requereu, de início, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos advogados da Autuada/Recorrente e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição.

Salienta que a autuação decorre do fato que a empresa comprovou através das Notas Fiscais anexadas a defesa que as mercadorias arroladas pela autoridade fiscal se tratam de mercadorias destinadas ao exterior (exportação direta), alcançadas, portanto, pela imunidade conforme prevê o artigo 155, § 2º, X, “a” da CF/1988 (reproduz).

Pontua que a JJF entendeu devido ao crédito de ICMS por antecipação parcial em razão da incerteza da exportação das mercadorias constantes no demonstrativo da autoridade fiscal, sem, contudo, considerar de forma parcial as mercadorias comprovadas através das Notas Fiscais em anexo. Sustenta que não cabe a cobrança de antecipação parcial sobre mercadorias destinadas à exportação, sendo assim, devem ser excluídas do demonstrativo do fiscal todas as mercadorias comprovadamente exportadas. Acosta jurisprudência do CONSEF (A-0114-04/20-VD e a-0018-02/21NF-VD).

Pede e requer a Nulidade ou Improcedência total do Auto de Infração.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Dra. Thaiane Silva Andrade – OAB/BA nº 71.103, que exerceu o seu direito de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado visando modificar a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado por *recolhimento a menor de ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização*, referente ao exercício de 2019, no valor de R\$ 121.408,65.

A JJF decidiu pela manutenção parcial do Auto de Infração, pois na revisão feita pelo autuante, na informação fiscal, excluiu os itens relativos de aquisições destinadas ao ativo fixo e ou consumo, face ao reconhecimento da empresa que possui o CNAE 47.22.9.02 - Peixaria, portanto, pois

sustentam que os itens indicados não foram destinados à comercialização, não sendo cabível a presente exigência em relação aos itens apontados pelo defendant, sendo reduzido a autuação de R\$ 121.408,65 para R\$ 63.729,05.

Os patronos da recorrente repetem as alegações impugnativas, **primeiro**, solicitando que as intimações fossem endereçadas ao escritório dos advogados e, **segundo**, afirma que comprovou através das Notas Fiscais anexadas de que as mercadorias são destinadas ao exterior (exportação direta), alcançando a imunidade conforme prevê o artigo 155, § 2º, X, “a” da CF/1988.

Para primeira alegação, vejo que nada abstém ao órgão competente da SEFAZ atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade dos atos processuais, uma vez que a situação prevista para intimação está disciplinada no art. 108 do RPAF/99.

Na segunda alegação, observo que a autuação são operações de aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, sendo que o contribuinte também realiza operações internas e, no momento das aquisições não se sabe a sua destinação, portanto, é obrigado o recolhimento do ICMS devido por antecipação, conforme prevê o art. 12-A da Lei nº 7014/96. E, caso haja mesmo exportação de operações subsequentes é assegurado ao contribuinte a manutenção do crédito, mesmo que a mercadoria venha a ser exportada não se retira a obrigação de pagar o ICMS relativo nas aquisições interestaduais dessas mercadorias que foram comercializadas, tanto no mercado interno como interestadual ou internacional. A única hipótese da retirada do imposto devido, seria se a mercadoria já viesse vinculada, por conta e ordem, para exportação, no qual tiraria o vínculo do pagamento da antecipação parcial.

Destaco também, que o contribuinte teve nova oportunidade, nesta fase recursal para apresentar provas capazes de elidir a autuação e, não somente, só contrariar o imposto remanescente devido.

E sem mais delongas, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272041.0013/21-8**, lavrado contra **VIVIANI GRASSI ALMEIDA ALVARENGA EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 63.729,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS