

A. I. Nº - 207140.0009/22-6
AUTUADO - RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13/09/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0156-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Ajustes realizados pelo Autuante em sede de informação fiscal reduziram o valor originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. Indeferido pedido de diligência. Afastadas as nulidades arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 1.939.725,69, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01.- 007.001.002: Procedeu a recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho a outubro e dezembro de 2018, fevereiro, abril, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2019.

O autuado impugna o lançamento fls. 64/70. Afirma que é pessoa jurídica de direito privado dedicada à atividade de comércio atacadista, importação e armazenamento de gêneros alimentícios, cereais e leguminosas beneficiados, carnes e derivados (bovinos, aves, suínos, pescados, frutos do mar, bufalinos e capivaras) e industrialização de produtos à base de carnes e seus derivados, conforme seu contrato social (Doc. 01).

Diz que no exercício da sua atividade empresarial, vende mercadorias e emite notas fiscais, o que torna a sociedade o sujeito passivo de obrigações principal e acessória do ICMS. Durante o período fiscalizado de 01/01/2018 a 31/12/2019, recolheu o ICMS conforme determina a lei do Estado da Bahia, sendo surpreendida com a notificação do presente Auto de Infração, no qual apontou a infração que reproduz.

Contudo, afirma que o auto de infração lavrado já nasceu nulo quanto à base legal fundamentada e improcedente quanto a eventuais valores a recolher. Isso porque, conforme será mais bem detalhado no mérito da impugnação, não se levou em conta diversos fatos, a saber: (i) pagamento realizado (a maior que o cobrado) e não identificado; (ii) autuação sobre desconhecimento de operação; (iii) tributação de mercadoria devolvida; (iv) tributação sob percentual de MVA a maior que ainda não estava vigente; (v) notas fiscais faturadas e pagas em um mês e o auditor cobrou em mês subsequente; (vi) tributação de mercadoria com ICMS-ST já destacado na nota e, por final, (vii) cobrança de débito parcelado anteriormente à lavratura do auto.

Portanto, frisa que a infração apontada será devidamente vergastada, a fim de que não haja qualquer pagamento indevido, devendo a autuação ser totalmente anulada e, subsidiariamente, julgada improcedente.

Destaca, de forma sucinta e direta, todas inconsistências dos fundamentos do Auto de Infração ora impugnado.

1 – Notas de devolução de mercadoria de antecipação parcial

Aqui, afirma que a fiscalização já incorreu em erro ao exigir o ICMS referente às notas de devolução por desacordo com o pedido, divergência da especificação, fora do padrão, entre outros. A título de exemplificativo, são destacadas as notas nº 276198, 216020, 99397, 3226 e 620669 (doc. 03), logo, a devolução de compra visa a anulação dos efeitos da aquisição.

Como se não bastasse, aponta que, da planilha do auditor é possível notar que também houve casos nos quais o próprio fornecedor emitiu a nota de devolução em face da Impugnante e o auditor persistiu em cobrar, a exemplo das notas nº 446188 e 6435 (Doc. 04). Além disso, os produtos devolvidos estão sujeitos à antecipação parcial, não havendo fundamento para cobrança do ICMS em face do contribuinte. À vista disso, indevida a cobrança realizada pela autoridade fiscal.

2 – Diferença de MVA

Por conseguinte, da cobrança realizada através do Auto de Infração, é possível notar que o auditor aplicou MVA sob bases que ainda não estava vigente. Por exemplo, em 31/01/2018 foi emitida a nota fiscal nº 1184586 sob o MVA de 24,76%, enquanto o Autuante aplicou 41,77%, que estaria vigente apenas, a partir de 01/02/2019, conforme Decreto nº 18.085 de 21/12/2017.

Destarte, o auditor também se equivocou ao levar em consideração a data de entrada do produto no estoque da empresa e não a data de emissão das notas fiscal para o cálculo do ICMS. A título de exemplo, a nota fiscal nº 429171 foi emitida em 25/01/2018 com MVA de 18,05%, tendo o Autuante calculado em 34,15% calculando como data de emissão 02/02/2018, a fim de se valer do Decreto nº 18.085/2017.

Diante desse quadro, diz que são colacionadas à impugnação, a título de amostragem – diante do grande número de notas inseridas na autuação – as notas fiscais com as datas de faturamento devidas (janeiro) (Doc. 05), DAEs (Doc. 06) e comprovantes de pagamento (Doc. 07), demonstrando que inexistiu qualquer equívoco, bem como inexistiu ausência de recolhimento de ICMS, como capitulado na infração.

Com a finalidade de facilitar a análise por esta Junta Fiscal, aduz que, também foi elaborado em arquivo Excel (Doc. 08) as notas fiscais mencionadas no parágrafo anterior, a fim de demonstrar, com clareza e precisão, os erros inerentes à planilha anexa ao Auto de Infração ao comparar os cálculos realizados pelo auditor e os pagamentos por ela efetuados.

Na sequência, também demonstra que, em outros diversos casos, a contribuinte utilizou o MVA vigente em dezembro de 2017, haja vista que as notas foram emitidas em dezembro de 2017 (Doc. 09), emitiu os DAEs (doc.10) e realizou os pagamentos (Doc.11), mas o Auditor insistiu em calcular com o MVA vigente em janeiro de 2018, sendo por isso as diferenças encontradas na planilha do fiscal. Dessa forma, mais um equívoco inerente ao Auto de Infração impugnado.

3 – Desconhecimento de operação

Neste ponto, diz demonstrar em tópico separado, apenas para fins de melhor entendimento, que da planilha anexa ao Auto de Infração é possível notar a cobrança do ICMS-ST de produtos de operações que não foram realizadas.

A título de exemplo, colaciona a nota fiscal nº 100005 (Doc. 12), bem como, a tela que demonstra o desconhecimento da operação (Doc. 13). Portanto, não há que se falar em descumprimento da legislação vigente, tampouco qualquer cobrança adicional através do Auto de Infração impugnado.

4 – Operações em que o fornecedor realizou o recolhimento do ICMS/ST

Noutro giro, afirma que a defesa tem o condão de demonstrar a esta Junta de Julgamento, operações incluídas na planilha do Auditor, nas quais o fornecedor recolheu o ICMS-ST e destacou na nota. Isto é, ao adquirir os produtos, a contribuinte já pagou pelo ST destacado na nota, não havendo qualquer razão para novo recolhimento.

Com a finalidade de demonstrar tal arbitrariedade, afirma que são colacionadas as notas de nº 485832, 458434, 474205, 50748 e 503592 (Doc. 14) nas quais o ST está destacado na nota e, ainda assim, a autoridade fiscal alega o cometimento de infração de ausência de recolhimento do tributo.

5 – Débitos a maior incluídos em parcelamento

Aqui, são exemplificadas operações nas quais a contribuinte efetuou o cálculo do imposto devido e incluiu em parcelamento. Entretanto, o fiscal insiste em cobrar novamente o débito, inclusive, em valor final abaixo do incluído pela impugnante no parcelamento.

A título de exemplo são juntadas as notas fiscais 120173 e 120651 (Doc. 15) acompanhada de cálculos (Doc. 16) demonstrando que os débitos lançados pelo auditor foram de R\$ 13.894,12 e R\$ 30.804,91, enquanto a memória de cálculo da empresa incluída no parcelamento foi de R\$ 19.613,73 e R\$ 43.485,97.

6 – Débitos parcelado

Por fim, diz que demonstra que a empresa sempre busca a regularidade de todos os seus atos, e não poderia ser diferente em face da SEFAZ/BA. Nesse diapasão, foi realizado parcelamento no valor de R\$ 8.014.542,78 em 02/12/2020 (Doc. 17), tendo adimplido todas as parcelas devidamente. Ocorre que grande parte dos débitos incluídos na autuação estão inseridas no parcelamento e, indubitavelmente, gozam da suspensão da exigibilidade. Prova disso é, por exemplo, a nota fiscal nº 46743 de 26/04/2019 incluída no parcelamento (Doc. 18) sob montante de R\$ 11.947,99, tendo o auditor realizado a cobrança novamente do mesmo, agora em valor de R\$ 8.463,80. Isto é, parcelou o débito, inclusive em montante acima do que entendeu devido o Autuante.

Logo, pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA, a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal. Por sua vez, o art. 142 do Código Tributário Nacional vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

Destaca, ainda, que o art. 20 do RPAF/BA, expressamente, determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato. Outrossim, diz que resta patente as ofensas aos princípios da legalidade e do devido processo legal. Diante de tais constatações, conforme dispõe o art. 18, IV, “a”, do RPAF-BA/99, deve ser reconhecido como nulo o presente lançamento, sequer sendo possível adentrar ao mérito da lide. Consequentemente, afirma que a fundamentação legal da suposta infração, nada diz com a real base da cobrança ora em análise.

Ante o exposto, requer a esta Junta de Julgamento fiscal que: *a*) seja julgado nulo o presente Auto de Infração, haja vista os inúmeros erros inerentes à autuação, relativas a tributação indevida, tributação de débito já pago, cobrança de débito parcelado, cálculo realizado em desacordo com a legislação vigente, dentre outros apontados; e *b*) Caso seja superada a nulidade total do presente Auto de Infração, o que não se espera diante dos inúmeros equívocos na fundamentação da fiscalização, requer a improcedência da autuação.

O Autuante presta informação fiscal fls. 76/82. Reproduz a acusação fiscal e resumidamente, os argumentos defensivos. Diz que o impugnante argui a nulidade do lançamento tributário com base no argumento de falta de fundamentação legal. Afirma que a defesa alega que a Fiscalização não teria levado em conta diversos fatos, conforme a seguir transcritos: pagamentos realizados (pelo contribuinte) a maior que o cobrado (na autuação); autuação sobre operação não reconhecida pelo contribuinte; tributação (cobrança) sobre operação cuja mercadoria teria sido devolvida; tributação com utilização de MVA ainda não vigente; notas fiscais (operações) pagas no mês anterior e cobradas no mês subsequente; tributação do ICMS-ST em operações já tributadas pelo fornecedor e cobrança de operações com o ICMS-ST já recolhido em parcelamento.

No entanto, não esclareceu em sua tese, o porquê do seu entendimento de que o Auto de Infração não teria fundamentação legal, ante a tipificação da infração que consta da peça exordial, conforme reproduz.

Constata a luz do reproduzido, que não procede a arguição de nulidade do lançamento tributário, haja vista que se encontra respaldado pela legislação tributária, de forma que devem ser rejeitados os argumentos suscitados.

Sobre as notas fiscais de devolução de mercadorias, aduz que o patrono contesta a inclusão na autuação das Notas Fiscais nº 276198, 216020, 99397, 3226 e 620669 (doc. 03) e das notas de devolução de compra nº 446188 e 6435 (doc. 04).

Comenta que da análise do Doc. 03, restou verificado que a NF 276198 trata da devolução parcial da NF nº 222065 de 16/02/19; a NF 216020 refere-se à devolução parcial da NF 629 de 12/02/18; a NF 230447 diz respeito à devolução da NF 99397 de 14/05/18; a NF 24550 cuida da devolução parcial da NF 3226 de 11/08/18; a NF 253115 é relativa a devolução da NF 42647 de 01/10/18; e a NF 266487 é referente à devolução da NF 620669 de 20/12/18.

Com efeito, constata que houve operações de devolução parciais e totais, conforme comprovadas com o doc. 03, não obstante, a legislação tributária estadual não autoriza a redução do valor do ICMS-ST naqueles casos apontados pela defesa. De fato, o contribuinte deve recolher o ICMS normal e o antecipado integralmente e lançar no Registro de Apuração, no campo “*Outros Créditos*” os valores correspondentes à devolução, conforme consta estabelecido no art. 299, § 1º do RICMS/BA, que transcreve.

Aponta que tal procedimento foi adotado pelo contribuinte corretamente, conforme cópias dos Registros de Apuração do ICMS, anexados e, portanto, não tem nenhuma procedência o apelo do defensor em abater da autuação as notas fiscais de aquisição cujas mercadorias foram devolvidas. Nesse caso, deve ser mantida a exigência integral do ICMS-ST recolhido a menor.

No que diz respeito ao doc. 04, que cuida das Notas Fiscais nº 4.461.888 de 10/12/18 e 6435 de 04/04/19, relativas a devolução de vendas efetuadas pela Autuada, verifica que razão assiste à Defesa, portanto foram excluídas da autuação.

Sobre a alegação de erro na aplicação da MVA, em que protesta contra os percentuais de MVA aplicados no mês de janeiro de 2018, diz que no levantamento fiscal foi utilizada a MVA de 41,76%, quando o percentual correto seria de 24,17%. Alega que a MVA maior, só entraria em vigência a partir de 01/02/2019, conforme Decreto nº 18.085 de 21/12/2017.

Sobre esta questão, afirma que, de fato, razão assiste à autuada, devendo as MVA de 34,15, (alíquota 12%) e 41,77% (alíquota 7%) serem alteradas para 24,76 e 18,05%, respectivamente.

Noutra vertente, aponta que a alegação de que a data de referência para a aplicação da MVA seria a do documento fiscal e não a data da entrada da mercadoria no estabelecimento, conforme consta do levantamento fiscal, não deve prosperar, haja vista a falta de fundamentação legal ou regulamentar que lhe dê qualquer respaldo. Na verdade, a incidência do ICMS nasce simultaneamente, com a ocorrência do fato gerador. Nesse sentido, no caso de inexistência de Protocolo ou Convênio que imponha a incidência do imposto na saída do estabelecimento remetente, a apuração do imposto devido por antecipação tributária ocorre no momento da entrada no estabelecimento destinatário, de acordo com as regras vigentes quando daquela operação. Assim sendo, deve ser considerada improcedente a argumentação do representante da autuada.

No que diz respeito a operações em que alega desconhecimento, afirma que a autuada argumenta que a Nota Fiscal nº 10.005 de 27/02/2019 (Doc. 12), deveria ser excluída da autuação, pois consta do ambiente nacional, o registro de evento “*Desconhecimento da Operação*”, portanto não caberia qualquer autuação acerca daquele documento fiscal.

Nesse caso, informa que procede a alegação da defesa, devendo a referida operação ser excluída do levantamento fiscal e da autuação.

A defesa aponta operações com ICMS-ST pago pelo remetente, pugnando contra a inclusão na autuação de operações com destaque do ICMS-ST nas notas fiscais nº 485832, 458434, 474205, 508748 e 503592 (doc. 14), afirmando que não teria ocorrido a infração imputada em relação àquelas aquisições.

Sobre este argumento, comenta que decerto as notas fiscais apresentadas pela defesa contêm o destaque do ICMS-ST, entretanto não foi trazida aos autos, a comprovação do efetivo pagamento do tributo, mediante documentos de arrecadação GNRE. Ademais, não consta firmado nenhum acordo interestadual que preveja a obrigação tributária do fornecedor de reter e recolher o ICMS-ST ao Estado da Bahia, de forma que caberia ao remetente das mercadorias o ressarcimento do imposto recolhido indevidamente.

Sobre débitos recolhidos a maior pela autuada, aduz que consta da impugnação que no levantamento fiscal foram incluídas notas fiscais nº 120173 de 30/01/2019 e 120651 de 12/02/19, (doc. 15), cujos débitos já teriam sido incluídos no processo de parcelamento, tendo o contribuinte calculado e recolhido valores superiores ao que foi autuada pela Fiscalização.

Neste caso, diz que de fato, observa que o levantamento fiscal foi realizado com base em todas as operações sujeitas ao pagamento do ICMS-ST, com a ressalva dos equívocos já apontados pelo autor da peça defensiva.

Esclarece que após a totalização do débito respectivo, foram deduzidos os recolhimentos, Autos de Infração e Denúncias Espontânea, donde foram autuadas as diferenças apuradas. No presente caso, diz que foi identificado que foram calculados no levantamento fiscal, valores de débito inferiores ao efetivamente devido, cabendo, portanto, a retificação para maior dos valores autuados, por lei, está limitada, no entanto, ao valor do Auto de Infração em lide. Pelo exposto, a reclamação do patrono procede, porém, com efeito de majorar a exigência fiscal no mês de fevereiro de 2019.

No que tange a arguição de débitos recolhidos em processo de parcelamento, a defesa alega que a nota fiscal nº 46743, de 26/04/2019, foi incluída no parcelamento e, mesmo assim, constava do levantamento fiscal.

Sustenta que esse caso é análogo ao item anterior. Não foi observado pelo Autuado que após a totalização do débito respectivo foram deduzidos os recolhimentos, Autos de Infração e Denúncias Espontâneas, donde foram autuadas apenas as diferenças apuradas. Assim sendo, não procedem as alegações suscitadas.

Conclui a respeito dos itens improcedentes, que tratam das operações de entradas por devoluções de vendas, cabe a exclusão na autuação das notas fiscais nº 4.461.888 de 10/12/18 e 6435 de 04/04/19, (Doc. 04).

No que tange ao item 3.2, que diz respeito à aplicação da MVA no mês de janeiro de 2018, constatou que as MVA de 34,15 (alíquota 12%) e 41,77% (alíquota 7%), passaram a ter vigência a partir de 01/02/2018. Portanto, procede a alteração para 24,76 e 18,05%, respectivamente.

Em referência ao item 3.3, diz que efetivamente, a operação relativa à nota fiscal nº 10005 de 27/02/2019 não foi reconhecida pela impugnante, conforme declaração de “Desconhecimento” registrada no ambiente nacional de notas fiscais eletrônicas. Nesse caso, deve ser excluída da autuação. Em sentido contrário, os itens 3.4 a 3.7 da defesa devem ser rejeitados pelas razões já expostas. Assim, face as alterações acatadas, o Auto de Infração deve ser julgado procedente em parte, no valor de R\$ 1.750.281,17.

Ao tomar ciência da informação fiscal o Autuado volta a se manifestar fls.165/167. Diz que já qualificada, através de seu representante legal devidamente constituído nos autos, vem apresentar

manifestação a informação fiscal, na forma do RPAF baiano vigente, no qual discorrerá sobre as razões justificadoras do seu pleito, conforme segue.

Evitando repetir fundamentos já apresentados na impugnação, diz ser possível verificar que, de acordo com a informação fiscal apresentada, a planilha atualizada enviada pelo Autuante dispõe de informações como data de pagamento, valor pago e o que foi parcelado. Ocorre que, diante do curto prazo para as inúmeras ilegalidades praticadas, a empresa indicou equívocos mediante amostragem, não havendo tempo hábil para fazer o levantamento de todas as inconsistências. Assim, com o objetivo de se imiscuir da cobrança indevida, o auditor fiscal não realizou uma auditoria completa e só corroborou com os débitos especificadamente indicados. Nesse sentido, reitera a total improcedência da autuação com documentos complementares.

Em relação às operações realizadas com o fornecedor “SUINCO”, são colacionadas aos autos, as guias emitidas com inscrição estadual da Contribuinte e recolhidas pelo fornecedor, conforme comprovantes de pagamentos e as notas fiscais demonstrando a substituição destacada na nota.

Quanto à planilha do auditor fiscal que sustenta a autuação ilegal, anexa o mesmo arquivo com grifos exemplificando, mais uma vez, as cobranças indevidas.

Aponta quantidades divergentes entre nota fiscal e a planilha fiscal. No que se refere à quantidade de produtos indicada nas notas fiscais e a apontada na informação fiscal, é juntado a título exemplificativo, a nota fiscal nº 253516 demonstrando que a mesma tem 4 (quatro) itens, enquanto na planilha fiscal tem 5 (cinco) itens. Consequentemente, eleva-se o valor da operação, o crédito ICMS e o valor do ICMS ST a pagar. *Printa* parte da planilha a que se refere.

A respeito da base de cálculo ICMS *versus* Valor da operação, afirma que são juntadas notas fiscais demonstrando que o Autuante utilizou a base de cálculo do ICMS e não o valor da operação para fazer o cálculo do ICMS ST. Dessa forma, destaca que a contribuinte complementou e atualizou a planilha com pagamentos a maior, débitos parcelados, cobranças indevidas, alíquotas não vigentes, dentre outras irregularidades.

Entretanto, diz que são tantas as irregularidades – em verdade, todas as apontadas como infrações da contribuinte – que se mostra inequívoca a anulação e, subsidiariamente, a improcedência do auto, razão pela qual também reitera todos os termos da impugnação.

Ante o exposto, requer a esta Junta de Julgamento fiscal que: *a)* seja julgado nulo o presente Auto de Infração, haja vista os inúmeros erros inerentes à autuação, relativos à tributação indevida, tributação de débito já pago, cobrança de débito parcelado, cálculo realizado em desacordo com a legislação vigente, dentre outros apontados; *b)* caso seja superada a nulidade total do presente Auto de Infração, o que não se espera diante dos inúmeros equívocos na fundamentação da fiscalização, requer-se a improcedência da autuação.

O Autuante presta nova informação fiscal fls. 171/174. Afirma que vem apresentar sua contestação à Manifestação do Autuado, conforme a seguir exposto.

Registra o Impugnante que as diversas irregularidades apontadas pela Fiscalização teriam impossibilitado a defesa em relação a sua totalidade, de forma que teria apresentado apenas uma amostragem que no seu entendimento, deveria ser suficiente para tornar o Auto de Infração totalmente improcedente.

Sobre o fornecedor SUINCO, diz que a Fiscalização aponta indevidamente, que não teria recolhido o ICMS devido por Substituição Tributária, no entanto conforme pretende demonstrar com a Guia de Recolhimento Estadual e a indicação na Nota Fiscal do ICMS-ST, o imposto teria sido pago.

Em relação à nota fiscal nº 253516, sustenta que tinha 4 (quatro) itens e que na planilha do levantamento fiscal constam 5 itens, fato que teria aumentado indevidamente a exigência fiscal.

Em relação à apuração do ICMS-ST devido, aduz que em algumas notas fiscais, o Autuante teria considerado indevidamente a base de cálculo, em vez do valor da operação.

Ressalta, ainda, que teria complementado e atualizado a planilha com pagamentos a maior, débitos parcelados, cobranças indevidas, alíquotas não vigentes, dentre outras supostas irregularidades e requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Sobre o pedido de improcedência, afirma que o defendente não esclarece a sua tese, sobre a apresentação de defesa por amostragem, devido ao alegado curto prazo que foi concedido, tendo em vista que o período de 60 (sessenta) dias concedido para a defesa foi utilizado plenamente, além de mais 10 (dez) dias, para apresentação de Manifestação à Informação Fiscal. Portanto, diz que deve ser rejeitado de o pedido do defensor, por falta de fundamentação do quanto alegado.

A respeito das operações com ICMS-ST pago pelo remetente, explica que a autuada contesta a inclusão na autuação das operações com o fornecedor Suinco - Cooperativa de Suinocultores Ltda., CNPJ 06.067.949/0003-57, estabelecido no Estado de Minas Gerais, cujas notas fiscais continham o destaque do ICMS-ST.

Sobre este argumento, diz que as notas fiscais apresentadas pela defesa contêm o destaque do ICMS-ST, entretanto, não foram trazidos aos autos a comprovação do efetivo pagamento do tributo, mediante documentos de arrecadação GNRE. Ademais, não consta firmado nenhum acordo interestadual que preveja a obrigação tributária do fornecedor de reter e recolher o ICMS-ST ao Estado da Bahia, de forma que poderia o remetente das mercadorias requerer o ressarcimento do imposto recolhido indevidamente. Além disso, o contribuinte não possui inscrição estadual como contribuinte substituto deste Estado, conforme extrato cadastral que colaciona.

Por conta dessas razões, assevera que os documentos fiscais do fornecedor SUINCO não comprovam a satisfação da obrigação tributária devida ao Estado da Bahia, de modo que não podem ser acatados como prova de recolhimento do ICMS-ST.

Sobre a alegação de nota fiscal no levantamento fiscal com 01 item a mais, frisa que razão assiste à defesa em relação à Nota Fiscal 253516, registrada no levantamento com data de 09/07/2018. Neste caso, deve ser excluído o ICMS-ST lançado no valor de R\$ 6.431,37.

No que tange a erro na apuração da base de cálculo da ST, sob alegação de que no levantamento fiscal, a apuração da base de cálculo da substituição tributária teria considerado a base de cálculo em vez de utilizar o valor da operação, aponta que a defesa não relacionou, quais operações teriam ocorrido com os fatos por ele alegados. Assim, não há como contestar as alegações da defesa, que devem ser rejeitadas.

Sobre os recolhimentos do ICMS-ST por parcelamentos, informa que no caso, vale ressaltar que todos os parcelamentos foram considerados na autuação com a rubrica “*Denúncia Espontânea*” no levantamento fiscal, após a apuração mensal do ICMS-ST devido, juntamente com os recolhimentos realizados normalmente, além dos autos de infração relativos ao ICMS-ST. Nessa trilha, não de ser descabidas as alegações da Defesa.

Concluindo a respeito dos itens improcedentes, explica que em relação ao item 2.3, restou verificado que, efetivamente, houve um acréscimo indevido de um item em relação à Nota Fiscal nº 253516, registrada no levantamento em 09/07/2018, relativo ao item “*Contra File S/Capa Di Prima Resf. Mataboi*”, no valor de R\$ 52.946,12. Este item foi excluído da exigência fiscal do ICMS-ST, no valor de R\$ 6.431,37.

Assim, face às alterações acatadas, o Auto de Infração deve ser julgado procedente em parte, no valor de R\$ 1.743.849,81, conforme demonstrativos que seguem anexos.

O Autuado volta a se manifestar fls. 187/189. Diz que na forma do RPAF baiano vigente, no qual discorrerá sobre as razões justificadoras do seu pleito, conforme segue.

Evitando repetir fundamentos já apresentados na impugnação e na manifestação complementar, diz verificar que, de acordo com a informação fiscal apresentada, a planilha atualizada enviada pelo Autuante dispõe de informações como data de pagamento, valor pago e o que foi parcelado.

Ocorre que, mais uma vez, com o objetivo de se imiscuir da cobrança indevida, o Auditor Fiscal não realizou uma auditoria completa e só corroborou com os débitos especificadamente indicados.

Nesse sentido, reitera a total improcedência da autuação com documentos complementares.

Em relação às operações realizadas com o fornecedor “SUINCO”, relaciona comprovantes de pagamentos e guias emitidas com a inscrição estadual da RJ Alimentos, no intuito de comprovar que o recolhimento foi para o Estado da Bahia (doc. 01).

Sobre as notas de devolução de mercadoria, diz colacionar notas fiscais de devolução referente a produtos que constam na planilha do Auto de Infração, demonstrando que não houve recolhimento a menor do ICMS relativo à antecipação tributária referentes as aquisições de carnes bovinas, suínas e aves no período de 01/01/2018 a 31/12/2018 (doc. 02).

Sobre o ICMS pago a maior pela Requerente, aduz que em complementação a este item, também já foram apresentados comprovantes de operações, nas quais recolheu ICMS a maior do que o fiscal está cobrando (doc. 03).

Entretanto, são tantas as irregularidades – em verdade, todas as apontadas como infrações da contribuinte – que se mostra inequívoca a anulação e, subsidiariamente, a improcedência do auto, razão pela qual também reitera todos os termos da impugnação.

Ante o exposto, requer a esta Junta de Julgamento fiscal que: a) seja julgado nulo o presente Auto de Infração; b) caso seja superada a nulidade total do presente Auto de Infração, o que não se espera diante dos inúmeros equívocos na fundamentação da fiscalização, a improcedência da autuação.

O Autuante presta nova informação fiscal fls. 194/197. Aponta que a Impugnante diz que a Diligência Fiscal não teria realizado uma auditoria completa e só teria corroborado os débitos [equívocos] especificadamente indicados [pela Defesa]. Aduz que, nesse sentido, o Auto de Infração deveria ser julgado totalmente improcedente.

A defesa reitera a alegação de que o fornecedor SUINCO teria recolhido o ICMS devido por Substituição Tributária, conforme pretende demonstrar com a indicação de DAEs que seriam referentes às Notas Fiscais nº 503592 de 09/02/19; 508748 de 25/02/19; 458434 de 26/10/18; 474205, de 05/12/18 e 485832, de 29/12/18, conforme demonstrativo de fl. 188 e Doc. 01 do CD de fl. 189-A do PAF.

Aduz que a autuada contesta a inclusão na autuação das operações com o fornecedor SUINCO – Cooperativa de Suinocultores Ltda., CNPJ 06.067.949/0003-57, estabelecido no Estado de Minas Gerais, que teria realizado o recolhimento do ICMS-ST.

Esclarece que da análise do doc. 01, CD anexado, não foram comprovados os recolhimentos relativos às notas fiscais nº 503592 de 09/02/19 e 508748 de 25/02/19. Em relação à nota fiscal nº 458434 de 26/10/18, não cabe a verificação, tendo em vista que não houve a exigência tributária do ICMS-ST no mês de outubro de 2018.

No que diz respeito às notas fiscais nº 474205 de 05/12/18 e 485832 de 29/12/18, os respectivos recolhimentos, nos valores de R\$ 3.851,87 e R\$ 11.260,47, já constavam do levantamento fiscal inicial.

Por tais razões, devem ser rejeitados todos os argumentos da defesa em relação a este item.

Sobre as notas fiscais de devolução, explica que em relação à Nota Fiscal nº 42647 de 05/10/18, não cabe a verificação, haja vista que não houve exigência tributária no mês de outubro de 2018.

No tocante à Nota Fiscal nº 629 de 21/02/18, restou constatado que houve a devolução parcial de mercadorias mediante a emissão pela autuada da Nota Fiscal nº 216020 de 26/02/18.

Não obstante, o próprio contribuinte realizou o estorno do débito do ICMS-ST no valor de R\$ 7.712,18, referente à devolução da respectiva mercadoria, no mês de fevereiro de 2018.

Nessa trilha, no levantamento fiscal devem constar todos os débitos e todos os recolhimentos para a apuração da diferença devida. Assim, havendo a entrada da mercadoria o ICMS-ST é devido e deve ser recolhido; havendo a devolução, é cabível o ressarcimento com o lançamento do estorno do débito respectivo. Ante o exposto, são descabidas as alegações da Defesa.

No que tange aos valores recolhidos a maior, assevera que foram considerados devidamente na revisão fiscal. Sustenta que o Auto de Infração é um ato administrativo e como tal, goza de presunção de veracidade e legitimidade, cabendo ao administrado o ônus de demonstrar supostos vícios nele contido.

Ressalta que apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões suscitadas pela Defesa, necessárias à solução da controvérsia, de modo que deve ser negado provimento à Manifestação da autuada em relação à parte improcedente.

Assim sendo, face às alterações acatadas em suas contestações anteriores, o Auto de Infração deve ser julgado procedente em parte, no valor de R\$ 1.729.727,91, conforme demonstrativos que seguem anexos.

O Autuado foi intimado da última informação fiscal fls. 204/205 e permaneceu silente.

Registro a presença do Dr. Danilo Brito de Castro Dourado, OAB/BA nº 59.765, que na sessão de julgamento realizou a sustentação oral.

VOTO

Preliminarmente, o defendente requereu a nulidade do presente Auto de Infração, alegando inúmeros erros inerentes à autuação. Enumerou os fatos apontados em seu entendimento, como irregularidades, concluindo que se mostra inequívoca a decretação de nulidade da exigência fiscal.

Após a análise dos elementos constantes do processo, concluo pela rejeição das nulidades arguidas, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável indicado no campo próprio do Auto de Infração; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que obteve as peças necessárias à sua defesa, bem como, foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Apesar de equívocos apontados pelo impugnante no levantamento fiscal, observo que não lhe causou qualquer prejuízo, visto que tais equívocos foram devidamente saneados pelo Autuante, quando respaldados nas provas apresentadas, ficando evidente pela descrição dos fatos e enquadramento legal, que o Autuado entendeu as irregularidades que lhe foram imputadas e se defendeu citando fatos inerentes ao lançamento fiscal.

Ademais, nos termos do Art. 18, § 1º do RPAF/99, as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação, não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

No caso presente, o próprio Autuante cuidou de purgar os vícios apontados na defesa, quando baseados em provas e em consonância com a legislação de regência.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterà a identificação, o endereço

e a qualificação do autuado. No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação. Dessa forma, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas direta ou indiretamente pelo impugnante.

No mérito, o Autuado foi acusado de recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

O defendente listou fatos, que em seu entendimento seriam equívocos constantes do levantamento fiscal: (i) pagamentos realizados (pelo contribuinte) a maior que o cobrado (na autuação); (ii) autuação sobre operação não (re)conhecida pelo contribuinte; (iii) tributação [cobrança] sobre operação cuja mercadoria teria sido devolvida; (iv) tributação com utilização de MVA ainda não vigente; (v) notas fiscais (operações) pagas no mês anterior e cobradas no mês subsequente; (vi) tributação do ICMS-ST em operações já tributadas pelo fornecedor e cobrança de operações com o ICMS-ST já recolhido em parcelamento.

Em sede de informação fiscal, o Autuante explicou, que analisando detalhadamente as alegações defensivas chegou à seguinte conclusão:

1 - Sobre a tributação de operações cujas mercadorias teriam sido devolvidas, após análise, disse ter verificado tratar-se de devoluções parciais, cuja natureza estava devidamente expressa no campo *informações complementares* dos documentos que comprovavam as referidas devoluções. Explicou que, embora tenham ocorrido as citadas devoluções, a legislação tributária estadual não autoriza a redução do valor do ICMS-ST, no caso de devoluções parciais.

Neste caso, o procedimento correto é o contribuinte recolher o ICMS normal e o ICMS antecipado, integralmente e lançar no livro Registro de Apuração no campo “*Outros Créditos*”, os valores correspondentes à devolução, conforme estabelece o art. 299, § 1º do RICMS/BA.

Identificou que este procedimento foi adotado pelo defendente conforme cópias do livro Registro de Apuração do ICMS anexadas, portanto, não tem procedência a alegação defensiva requerendo abatimento desses valores do lançamento fiscal.

Sobre as devoluções, acolheu os argumentos defensivos apenas, no que diz respeito as notas fiscais nº 4.461.888 de 10/12/18 e 6435 de 04/04/19, relativamente a devolução total das vendas, excluindo da autuação.

2 - Concordou com a alegação da defesa sobre a ocorrência de erro na aplicação da MVA, no mês de janeiro de 2018. Ajustou o levantamento fiscal, e as MVAs de 34,15, (alíquota 12%) e 41,77% (alíquota 7%) foram alteradas para 24,76% e 18,05%, respectivamente.

3 - Rejeitou a alegação defensiva sobre a data de referência para a aplicação da MVA, visto que ante a inexistência de Protocolo ou Convênio que imponha a incidência do imposto na saída do estabelecimento remetente, a apuração do imposto devido por antecipação tributária ocorre no momento da entrada no estabelecimento destinatário.

4 - Sobre desconhecimento da nota fiscal nº 10.005 de 27/02/2019, acatou a alegação da defesa, e a excluiu do levantamento fiscal.

5 - Relativamente a alegação de operações cujo ICMS-ST teria sido pago pelo remetente, disse que embora as citadas notas fiscais apresentassem destaque do ICMS-ST, não foi trazida aos autos, a comprovação do efetivo pagamento do tributo, mediante documentos de arrecadação GNRE, portanto o recolhimento em favor do estado da Bahia não foi comprovado.

6 - No que diz respeito a débitos recolhidos a maior pela autuada, explicou que o levantamento fiscal foi realizado com base em todas as operações sujeitas ao pagamento do ICMS-ST. Informou que, primeiro calculou e totalizou no período, todas as operações da empresa com incidência do ICMS/ST. Em seguida, foram deduzidos todos os recolhimentos realizados pelo defendente: em Autos de Infração, Denúncias Espontâneas e o imposto regularmente recolhido mensalmente. Daí foram autuadas as diferenças apuradas.

Ao tomar ciência dos ajustes realizados pelo Autuante, o defendente mostrou-se inconformado e voltou a se manifestar no processo. Apensou novos documentos referentes a recolhimentos de operações realizadas com o fornecedor "SUINCO", reiterou as operações de devolução e repetiu a alegação de que teria recolhido ICMS a maior do que o fiscal estaria cobrando na presente exigência fiscal. Reclamou do prazo para coligir mais provas, de que não teria cometido a infração em lide.

Em nova manifestação o Autuante ponderou conforme segue: a respeito do fornecedor SUINCO de que teria recolhido o ICMS devido por Substituição Tributária, referentes às Notas Fiscais citadas pela defesa, disse que da análise da cópia dos documentos fiscais incluídos no CD, não foram comprovados os recolhimentos relativos às notas fiscais nº 503592 e 508748. Em relação à nota fiscal nº 458434 de 26/10/18, não houve a exigência tributária do ICMS-ST no mês de outubro de 2018. No que diz respeito às notas fiscais nº 474205 e 485832, os respectivos recolhimentos nos valores de R\$ 3.851,87 e R\$ 11.260,47, foram considerados no levantamento fiscal inicial. Rejeitou todos os argumentos da defesa em relação a este item.

Sobre as notas fiscais de devolução, explicou mais uma vez, que o próprio contribuinte realizou o estorno do débito do ICMS-ST referente à devolução da respectiva mercadoria, no seu livro Registro de Apuração de ICMS, no mês de fevereiro de 2018, em sua escrita fiscal.

No que tange aos valores recolhidos a maior, frisou mais uma vez, que tais valores foram considerados na revisão fiscal.

Declarou que o Auto de Infração deve ser julgado procedente em parte, conforme demonstrativos ajustados e anexados ao processo.

Examinando os elementos constantes do processo, especialmente os documentos apensados pelo defendente em suas manifestações, acolho as conclusões do Autuante considerando estarem em consonância com a legislação que rege a matéria, com as provas apresentadas pela defesa e registros na EFD do Autuado.

Ressalto que não pode ser acatada a tese defensiva, de que não houve uma revisão completa do levantamento fiscal, limitando-se o Autuante a avaliar apenas, as razões apontadas como exemplo, na sua impugnação.

Observe que cabe ao Autuado elaborar sua defesa com todos os elementos necessários e suficientes para comprovar suas alegações. Não faz sentido sua justificativa de que haveria necessidade de trazer mais provas a seu favor, considerando que foi respeitado o prazo regulamentar para produção de sua defesa, 60 (sessenta) dias, além do prazo concedido para suas manifestações fiscais.

Ademais, há que se levar em conta o que prevê o artigo 123 do RPAF/99, acerca de que a defesa do contribuinte deve ser realizada dentro do prazo de sessenta dias, a contar da intimação da lavratura do Auto de Infração, e deverá ser acompanhada das provas que o mesmo tiver. Portanto, pelas razões dadas e pelos elementos constantes do processo, não há reparo a ser realizado no último demonstrativo ajustado pelo Autuante.

Cabe salientar por importante, que o Autuado foi intimado da última informação fiscal fls. 204/205 e permaneceu silente.

Neste cenário, declaro a subsistência parcial da infração, nos termos do demonstrativo ajustado pelo Autuante fls. 198/202, no valor de R\$ 1.729.727,91.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207140.0009/22-6, lavrado contra **RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.729.727,91**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “d”, do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a” item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR