

PROCESSO - A. I. Nº 140780.0025/21-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - COOPERATIVA DOS PRODUTORES DE PALMITO DO BAIXO SUL DA BAHIA – COOPALM
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0216-04/22-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0240-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. **a)** NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DESTAQUE DO IMPOSTO; **b)** FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA EXPORTAÇÃO. Nas razões recursais o recorrente comprova, infração 01, que o mesmo faz jus ao Selo de Identificação da Participação da Agricultura Familiar (SIPAF) desde 26/10/2018, enquadrando-se no que dispõe o inciso X, art. 270 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS). Assim, apenas as competências de Abril/18, Maio/18 e de 01/10/2018 a 25/10/2018 não poderão ser contempladas pelo benefício do SIPAF, por se tratar de um ato constitutivo, conforme Parecer Jurídico da PGE/PROFIS de nº 2022110401-0 de 01/03/2023, sendo que nas emissões de notas fiscais com os produtos palmito, com CFOP 6.923 (Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem) e CFOP 6.118 (Venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem), constam notas fiscais de remessa (6.923) e de venda (6.118) que estão com base de cálculo diferentes, conforme demonstra nos autos, pois a operação de *Venda à ordem* está expressa no art. 340 do RICMS/BA. Através de diligência proferida nesta instância, o autuante apresentou informação de que, não houve o crédito presumido lançado, ou seja, o recorrente não escriturou o seu débito e, em contrapartida, também não escriturou o crédito presumido estando de acordo com a legislação. Fazendo com que não exista ICMS a recolher, entre as diferenças de base de cálculo, nas operações com os produtos palmito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida à arguição preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, exarada através de Acórdão JJF nº 0216-04/22-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/06/2021, composto por duas infrações, pelas constatações a seguir:

Infração 01 - 002.001.003 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, no valor de R\$ 222.781,70.

Foi acrescentado que: “O contribuinte emitiu em 2018 diversas NF-es de saídas de palmito, sem destaque do ICMS devido e com o CFOP 6923, entretanto as NF-es das vendas correspondentes estavam com Base de

Cálculo inferior às NF-es de Remessa (CFOP 6923) e também algumas das NF-es de vendas indicadas nas NF-es de remessa (CFOP 6923) não foram localizadas ou já tinham sido utilizadas”.

Infração 02 - 002.001.003 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, no valor de R\$ 4.632,00.

Foi acrescentado que: “O contribuinte emitiu para destinatário em Botucatu/SP, NF-e de saída de guaraná semente sem destaque do ICMS devido usando CFOP 6502 sendo que a provável exportação não foi confirmada, conforme Demonstrativos e cópia da NF-e e anexos”.

A referida JJF exarou decisão pela Procedência da autuação a seguir transcrita:

VOTO

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.

Ademais, constato que as infrações encontram-se devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas contêm diversas informações, que demonstra claramente a apuração do crédito tributário.

No caso da infração 01, respaldada através da planilha 06 verifica-se claramente que foram indicadas as notas fiscais de saídas emitidas pelo sujeito passivo, de mercadorias tributadas normalmente, no caso palmito- CFOP 6923 - remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, sem destaque do imposto, em correspondência como as NF-es de vendas CFOP 6118 - Vend. Prod. e ao Dest.p/Conta Adq.st., estabelecendo as diferenças exigidas no presente lançamento.

Observe ainda que diferentemente do arguido pelo sujeito de que ficou impedido de exercer seu direito de defesa em razão da quantidade de notas envolvidas verifico que na referida planilha, a exemplo do exercício de 2018 encontram-se elencadas apenas 06 (seis) notas fiscais com CFOP 6923 e (03) três notas fiscais com CFOP 6118, não havendo qualquer dificuldade em fazer as devidas averiguações.

Na infração 02, conforme se verifica à fl. 27, diz respeito a uma única nota fiscal, a de número 27663, CFOP 6502- Remessa Merc. Adq.Rec. Ter. p/Exportação, sem a apresentação da efetiva exportação.

Ditos demonstrativos foram enviados ao autuado, através de mensagem DT-e, com Data de Ciência Tácita em 05/07/2021, conforme atesta o documento de fl. 20.

Dessa forma, rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa.

No mérito, observo que o contribuinte na apresentação da defesa apenas nega o cometimento das infrações não se reportando, especificamente, sobre qualquer documento fiscal objeto da autuação, contrariando o disposto no art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, que assim estabelece; “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”. Como tais provas se referem a documentos e livros que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir as infrações, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu.

Assim, considerando o teor dos art. 142 e 143, do RPAF, que rezam que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Dessa forma as infrações são totalmente subsistentes, tendo em vista que o autuado não apontou qualquer equívoco, por acaso existente, acompanhado das devidas comprovações, nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, e que deu respaldo ao presente lançamento.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade da multa, saliento que a multa aplicada, encontra-se prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF-BA.

Quanto ao pedido de dispensa da multa de 60%, cumpre observar que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para tal apreciação.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão acima proferida, o sujeito passivo protocolou Recurso Voluntário.

Traz a confirmação que o referido recurso é tempestivo e faz uma síntese dos fatos.

Suscita preliminar de nulidade diante da falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a referida infração. Cita o art. 142 do CTN e art. 18 do RPAF/BA. Afirma que o lançamento deve ser claro, de modo a provar o fato gerador, além de indicar o sujeito passivo e a própria obrigação tributária.

Diz que a falta de relatórios em Excel ou TXT impede a realização dos confrontos necessários para exercer seu direito de defesa.

Transcreve o art. 18 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), onde destaca o inciso II que trata sobre a preterição do direito de defesa e diz ser confirmada a ausência de elementos suficientes para determinar a infração e o infrator.

Quanto ao mérito, afirma que não houve a falta de recolhimento do imposto nas competências autuadas, isto porque o Autuante não considerou que as operações de venda de palmito autuadas estão amparadas pelo aproveitamento de crédito presumido de ICMS, sem repercussão na arrecadação do tributo. Pois afirma que a Cooperativa possui o **Selo de Identificação da Participação da Agricultura Familiar (SIPAF)**, outorgado pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário e pela Secretaria de Agricultura, Irrigação e Reforma Agrária, faz *jus* ao **legítimo aproveitamento de 100% de crédito presumido do ICMS**, para fins de compensação com o tributo devido, conforme dispõe o inciso X, art. 270 do Decreto nº 13.780/2012 (RICMS/2012).

Aponta que, na remota hipótese de ser mantida a acusação, deve ser afastada a cobrança do ICMS e mantido apenas a exigência da multa, diante da ausência de repercussão fiscal na operação, pois o montante exigido pela fiscalização foi apurado de forma equivocada, visto que a recorrente afirma que não foram considerados os saldos credores de ICMS existente no período.

Pede o Provimento do Recurso Voluntário, pela nulidade total do auto de infração.

Em sessão de julgamento do dia 24/02/2023 está 2ª CJF converteu o presente PAF em diligência à PGE/PROFIS (fl. 120) a fim de evidenciar sobre o SIPAF ser um ato declaratório, ou seja, alcança períodos anteriores à sua concessão?

Em resposta ao questionamento da diligência, às fls. 123 a 127, a PGE/PROFIS se manifestou através do Processo PGE nº 2022110401-0, no qual analisa a definição da natureza da Cooperativa e confirma a concessão do benefício ao tipo de natureza e atividades da Recorrente. Discorre sobre a Portaria SDR nº 35/2021 e do inciso X, art. 270 do RICMS e conclui que: *“Em face do expendido, entendemos que a concessão do selo é um ato de natureza constitutiva, produzindo efeitos somente após a publicação do seu deferimento”*.

O auto de infração foi a mim distribuído em 13/07/2023, onde, em sessão de pauta suplementar do dia 29/08/2023, o PAF foi convertido em nova diligência, desta vez à INFAZ DE ORIGEM (fls. 131 e 132) para que o autuante se manifestasse se na escrita fiscal do sujeito passivo houve lançamento do crédito presumido que trata o inciso X, art. 270 do RICMS/BA sobre as operações que tratam o auto de infração, ou seja, se houve crédito presumido dos valores do ICMS não destacados e não escriturados.

Na informação fiscal pós diligência, às fls. 137 a 138 frente e verso, o autuante afirma que:

- a) as Notas Fiscais relacionadas nos respectivos Demonstrativos (2018 e 2019) **sem** o destaque do ICMS, considerando que a operação era com o CFOP 6.923 – Remessa de Mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem ou em operações com armazém geral ou depósito fechado, porém, no momento da emissão das Notas Fiscais da **efetivação das vendas**, efetuadas com o CFOP 6.118 – Venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário, em venda à ordem, o sujeito passivo reduziu, sem nenhuma justificativa legal ou regulamentar, as bases de cálculos das efetivas saídas das mercadorias ficando evidente que as respectivas diferenças apontadas, não foram tributadas caracterizando claramente a classificação de **saídas de mercadorias tributadas como não tributadas**.
- b) o sujeito passivo também emitiu diversas Notas Fiscais relacionadas nos respectivos Demonstrativos (2019)

sem o destaque do ICMS devido, considerando que tais operações foram de efetivas saídas tributáveis de mercadorias, e que foram emitidas com os CFOP's: 5.101 – Venda de produção do estabelecimento e 6.101 – Venda de produção do estabelecimento, caracterizando assim a falta de recolhimento do ICMS devido em tais operações, evidenciando claramente a classificação de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas.

E finaliza afirmando:

“Conforme demonstrativos ora anexados, da EFD – Registros Fiscais da Apuração do ICMS – Operações Próprias, fica evidenciado o uso do Estorno de Débito ou Crédito Presumido nos meses em questão, entretanto tal uso não tem nenhuma repercussão na autuação conforme demonstrado acima – só há crédito presumido quando há ICMS destacado nas NF-e e regularmente lançados.

(...)

Entendemos que não procede a afirmação de que “...diante da legitimidade de tal aproveitamento de crédito, a suposta diferença de base de cálculo entre a NF-e de venda e a NF-e de remessa não resultaria na falta de recolhimento do imposto, pelo fato do crédito presumido “anular a operação da incidência do ICMS.” (grifo nosso); nem o pedido de afastar a cobrança do ICMS devido com a permissão apenas da incidência da multa.”

Registrada a presença o advogado Dr. Thales Maia Galiza na sessão de videoconferência, que na oportunidade exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, inciso I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. A 4ª JF proferiu Acórdão de nº 0216-04/22-VD, julgou Procedente o Auto de Infração em lide.

Inicialmente, com relação a preliminar de nulidade do Auto de Infração sob alegação de falta de elementos suficientes para determinar a infração, observo que a infração foi descrita de forma clara, que os demonstrativos e notas fiscais anexadas aos autos, às fls. 05 a 28, robustecem o entendimento das infrações, nos quais foram relacionadas as notas fiscais com CFOP 6.923 e 6.118, em conformidade com o disposto nos artigos 39 a 41 do RPAF/BA.

Constato ainda que o defendente apresentou razões de mérito em seu Recurso Voluntário, argumentando ser indevido tal cobrança, devido ao fato da Recorrente fazer jus ao aproveitamento de crédito presumido de ICMS conforme art. 270, inciso X do RICMS/BA, demonstrando que entendeu e se defendeu do que foi acusado, portanto não ficou caracterizado preterição do direito de defesa. E da mesma forma, o auto de infração contém elementos suficientes para determinar, com segurança a infração e o infrator, nos termos do art. 142 do RPAF/BA.

No mérito, o defendente diz que o Autuante não considerou que as operações de venda de palmito estão amparadas pelo aproveitamento de crédito presumido de ICMS, não sendo possível haver repercussão na arrecadação do tributo. Adiciona ainda que: *“Deste modo, diante da legitimidade de aproveitamento de 100% do crédito presumido imposto, a suposta diferença de base de cálculo entre a NF de venda e a NF de remessa não resultaria na infração de **falta de recolhimento do imposto**, devendo ser julgada improcedente a presente autuação”.*

Pois bem, o Autuado é acusado de deixar de recolher o ICMS em decorrência de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, nos meses de abril, maio e outubro de 2018 e janeiro, março, junho, agosto a outubro e dezembro de 2019 (infração 01) e por deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis com os produtos de Guaraná Semente (infração 02). Salientando apenas que a infração 02 não foi motivo de defesa nem na impugnação como no recurso voluntário. De volta ao alegado na infração 01, vale salientar que o mesmo faz jus ao **Selo de Identificação da Participação da Agricultura Familiar (SIPAF)** desde 26/10/2018, enquadrando-se no que dispõe o inciso X, art. 270 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS):

“Art. 270. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS para fins de compensação com o tributo

devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher, em opção ao aproveitamento de quaisquer outros créditos vinculados às referidas operações ou prestações:

X - aos fabricantes organizados em cooperativas ou associações, cujos produtos possuam Selo de Identificação da Participação da Agricultura Familiar - SIPAF, expedido pelo Governo Federal ou do Estado da Bahia, no valor equivalente a 100% (cem por cento) do imposto incidente no momento da saída de seus produtos, observado o § 3º

Recorte do DOE de 26/10/2018 comprovando a publicação do benefício:

Cooperativa Dos Produtores de Palmito do Baixo Sul da Bahia - COOPALM, inscrita no CNPJ sob o nº07.158.412/0001-01 e portadora da DAP jurídica SDW0715841200012504181102.

IDENTIFICAÇÃO DA CONCESSÃO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO
0002	Palmito de Pupunha Cultivável em conserva - Rodela 280 g
0003	Palmito de Pupunha Cultivável em conserva - inteiro 300 g
0005	Palmito de Pupunha Cultivável em conserva - inteiro 1,8 Kg
0006	Palmito de Pupunha em conserva Coopalm - Picado 300 g
0007	Palmito de Pupunha em conserva Coopalm - Picado 1,8 Kg
0008	Palmito de Pupunha em conserva Coopalm - inteiro 270 g
0009	Palmito de Pupunha Cultivável em conserva - inteiro 90 g
0010	Palmito de Pupunha Cultivável em conserva - inteiro 150 g
003113	Palmito de Pupunha Cultivável em conserva - inteiro 270 g
003114	Palmito de Pupunha Cultivável em conserva - Picado 300 g
003115	Palmito de Pupunha Cultivável em conserva - Rodela 90 g
003116	Palmito de Pupunha em conserva - Picado 1,8 Kg
003117	Palmito de Pupunha em conserva Coopalm - Rodelas 270 g
003118	Palmito de Pupunha em conserva Coopalm - inteiro 1,8 Kg
003119	Palmito de Pupunha em conserva Coopalm - inteiro 300 g

GABINETE DO SECRETÁRIO, em 26 de outubro de 2018.

JEANDRO LAYTYNHER RIBEIRO

Secretário de Desenvolvimento Rural em Exercício

Deste modo, conforme exposto acima, apenas as competências de Abril/18, Maio/18 e de 01/10/2018 a 25/10/2018 não poderão ser contempladas pelo benefício do SIPAF, por se tratar de um ato constitutivo, conforme Parecer Jurídico da PGE/PROFIS de nº 2022110401-0 de 01/03/2023. Para melhor entendimento destaco trecho do Parecer:

“Assim sendo, sem dúvida alguma, a autorização de utilização de uso do SIPAF é um ato evidentemente constitutivo do direito das mercadorias circularem com tal designação, direito constituído e aplicável apenas quando já existente o ato de publicação da autorização.

Ou seja, as operações de comercialização de produtos com a rotulação do SIPAF, demandam a publicação da autorização, não se podendo retroagir para alcançar operações de vendas já concluídas, sem a existência de tal ato constitutivo.”

O auto de infração em lide, na infração 01, acusa o recorrente de não recolher ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, mais especificamente nas emissões de notas fiscais com os produtos palmito, com CFOP 6.923 (Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem) e CFOP 6.118 (Venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem). Onde as notas fiscais de remessa (6.923) e venda (6.118) estão com base de cálculo diferentes. De forma que pode ser observado com o exemplo abaixo:

- Nota Fiscal-e nº 26.422 de 14/04/2018 com chave de acesso 2918 0407 1584 1200 0101 5505 5000 0264 2210 4846 1556, destinatário Bonduelle do Brasil, onde consta o CFOP 6.118, 2.400 caixas, valor unitário R\$ 112,80 e valor total dos produtos R\$ 270.720,00.
- Nota Fiscal-e nº 26.423 de 14/04/2018 com chave de acesso 2918 0407 1584 1200 0101 5505 5000 0264 2311 4745 2889, destinatário Aurora Bebidas e Alimentos, onde consta o CFOP 6.923, 2.400 caixas, valor unitário R\$ 150,00 e valor total dos produtos R\$ 360.000,00.

Lembrando que a operação de *Venda à ordem* está expressa no art. 340 do RICMS/BA.

Deste modo, foi cobrado pelo auditor fiscal o valor do ICMS incidente sobre a diferença da base de cálculo do imposto, entre a nota de remessa e a nota de venda. Pois, ficou demonstrado na

operação que houve uma atualização no valor do produto entre a venda ao adquirente originário (Bonduelle do Brasil – CFOP 6.118) e a simples remessa ao destinatário do produto (Aurora Bebidas e Alimentos – CFOP 6.923).

Para as competências, a partir de 26/10/2018, não há o que se falar na cobrança do não recolhimento do ICMS visto que o Autuado faz jus ao crédito presumido de que trata o art. 270, inciso X do RICMS/BA, não trazendo prejuízo ao erário.

Em diligência, o autuante apresentou na sua informação fiscal a informação de que, não houve o crédito presumido lançado, ou seja, o recorrente não escriturou o seu débito e, em contrapartida, também não escriturou o crédito presumido que trata o inciso X, art. 270 do RICMS/12. Fazendo com que não exista ICMS a recolher, entre as diferenças de base de cálculo, nas operações com os produtos palmito.

Deste modo, o entendimento deste Relator é pela manutenção da cobrança do ICMS referente ao período anterior a 26/10/2018 e afastamento da cobrança de obrigação principal (recolhimento do ICMS) dos demais períodos. Quanto a infração 02, por não ser objeto do presente recurso, julgo pela manutenção integral.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, consequentemente, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, conforme o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VL LANÇADO	VL JULG-CJF	MULTA
30/04/2018	09/05/2018	42.853,20	42.853,20	60%
31/05/2018	09/06/2018	8.035,20	8.035,20	60%
31/10/2018	09/11/2018	36.288,00	36.288,00	60%
31/01/2019	09/02/2019	2.987,42	0,00	-----
31/03/2019	09/04/2019	35,98	0,00	-----
30/06/2019	09/07/2019	323,59	0,00	-----
31/08/2019	09/09/2019	35,21	0,00	-----
30/09/2019	09/10/2019	38.880,00	0,00	-----
31/10/2019	09/11/2019	36.305,60	0,00	-----
31/12/2019	09/01/2020	57.037,50	0,00	-----
TOTAL		222.781,70	87.176,40	

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 140780.0025/21-9, lavrado contra **COOPERATIVA DOS PRODUTORES DE PALMITO DO BAIXO SUL DA BAHIA – COOPALM**, devendo ser intimado recorrente para efetuar do recolhimento do imposto no valor de **R\$ 91.808,40**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS