

A. I. N° - 102148.0065/22-3
AUTUADO - PET NORTE COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES
INFAZ - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/03/2024

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0026-04/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/09/2022 refere-se à cobrança de ICMS no valor total de R\$ 442.419,00, acrescido da multa de 100% prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 005.008.001: *“Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.”*

O autuado, apresenta impugnação, fls. 444 a 452, em 06/09/2016, e após falar sobre a tempestividade de sua apresentação faz uma síntese dos fatos dizendo que foi autuada pela suposta prática de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Em razão da suposta infração, está sendo cobrado ICMS supostamente não recolhido equivalente a R\$ 442.419,00, já acrescido de multa de 100%.

Ocorre que razão não assiste para a autuação em questão, muito menos para a aplicação da referida multa, tendo em vista que a Notificada não cometeu a suposta infração, o que restará minuciosamente demonstrado como passa a expor.

Abre tópico denominado “Da Nulidade da Quebra do Sigilo Bancário na Forma Realizada”, afirmando que, conforme se verifica no Auto de Infração, o procedimento administrativo foi instaurado após a obtenção perante as instituições bancárias de informações sigilosas referentes às movimentações financeiras realizadas pela empresa. Entretanto, é ilegal a abertura de processo administrativo com base em informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito e débito, em função do direito ao sigilo das informações bancárias. A própria LC 105/2001 que autoriza tal prática determina em seu art. 6º, conforme redação que transcreveu.

Entende que de acordo com o dispositivo citado, apenas pode haver a obtenção das informações bancárias quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Neste caso, verifica-se a ilegalidade do ato praticado em função de a obtenção das informações bancárias da empresa ter ocorrido antes de instaurado o processo administrativo. Ou seja, houve a quebra do sigilo bancário da Impugnante e, após a análise das informações obtidas, o fisco instaurou o processo administrativo e autuou a empresa. Informa que o Tribunal de Justiça de São

Paulo tem entendimento pacífico da ilegalidade do ato praticado, conforme Ementa que copiou.

Conclui assim que se verifica a total nulidade do Auto de Infração ora impugnado, em virtude da ilegalidade da forma adotada pelo fisco para a autuação da Impugnante.

No tópico “Da Provável Cobrança em Duplicidade” diz que além dos vícios insanáveis supracitados, tem-se que, conforme se verifica no Auto de Infração, este foi lavrado de forma concomitante ao Auto de Infração nº 1021480067/22-6, o qual apura ICMS supostamente não recolhido sobre operações de venda não escriturada nos Livros Fiscais próprios.

Observa que, tanto o presente auto quanto o Auto de Infração nº 1021480067/22- 6 apuram o período compreendido entre março a setembro de 2020. O mesmo ocorre com o Auto de Infração nº 1021480064/22-7. Ou seja, é provável que todas as movimentações financeiras consideradas no presente auto de infração correspondam às supostas operações não escrituradas apuradas no Auto de nº 1021480038/21-8, o que, fatalmente, ensejará em cobrança em duplicidade.

Em seguida acrescente que: *“Ainda que se ignore as nulidades apontadas acima, é imprescindível considerar, também, que a Autuada, conforme comprova o Contrato Social anexo, é empresa que atua no ramo de comércio de insumos agropecuários e afins, os quais, de acordo com o RICMS/BA, em seu art. 264, inciso XVIII, cumulado com o Convênio ICMS 100/97, sofrem isenção de ICMS, vigente no período apurado no presente Auto de Infração”.*

Assim, resta demonstrada a total improcedência da infração em discussão, uma vez que a grande maioria das mercadorias comercializadas pela Autuada está acobertada pela isenção, o que inviabiliza totalmente a cobrança de ICMS e, conseqüentemente, a multa pelo não recolhimento.

Corroborar para a improcedência do Auto de Infração o fato de que as mercadorias que não são isentas são tributadas pelo regime da substituição tributária parcial, o que torna evidente a impossibilidade de adotar como base de cálculo do ICMS todos os valores apresentados pelas instituições financeiras, sem subtrair destes o valor recolhido a título de antecipação parcial.

Ou seja, a cobrança do ICMS na forma pretendida, sem considerar que o tributo, ou, ao menos parte deste, já foi pago antecipadamente pelo substituto tributário, caracteriza cobrança em duplicidade sobre a mesma operação. Como exemplo, cita-se a venda pela Autuada de rações para animais domésticos, onde todo o ICMS devido já foi pago pelo remetente da mercadoria.

Diante dos fatos e dispositivos acima transcritos, constata-se claramente que os produtos comercializados pela Autuada, quando não isentos de ICMS, sofrem tributação na origem, não havendo, portanto, qualquer condição de procedência do Auto de Infração na forma em que foi lavrado.

Observa, ainda, que, de acordo com as apurações anexas, referentes às vendas com cartões de crédito e débito no período compreendido pelo Auto ora impugnado, a Autuada possui um débito de ICMS de R\$ 122.852,66, referente ao período de janeiro a julho de 2019, e um crédito de ICMS no valor de R\$ 79.688,69, apurado no período de janeiro a agosto de 2020.

Na mais remota hipótese de ser considerado como devido o ICMS apurado no presente auto de infração, devem ser considerados os valores apontados acima, os quais, se compensados, ter-se-á, ainda, um débito da Autuada no montante de R\$ 43.163,97 (quarenta e três mil, cento e sessenta e três reais e noventa e sete centavos).

Observa também, que o Auto em tela não está considerando que parte do ICMS, quando devido, é recolhido na entrada dos produtos. De acordo com as planilhas anexas, o Fisco está deixando de subtrair do suposto valor devido o ICMS recolhido na entrada da mercadoria, o qual é objeto de abatimento quando do pagamento do diferencial da alíquota interna.

Desta forma, é inevitável a dedução dos valores apontados no levantamento contábil anexo, a fim de creditar o ICMS destacado nas notas fiscais de entrada, o que se requer desde já.

Reclama da exigência da multa de 100%, uma vez que suas mercadorias sofrem isenção, por

serem insumos agropecuários, além de que tais produtos, quando não isentos, seguem o regime da substituição tributária, sendo pago antecipadamente.

Desse modo, não havendo falta de recolhimento do ICMS sobre as aquisições realizadas pela Autuada, resta improcedente a aplicação da multa de 100%, razão pela qual requer, desde já, a sua exclusão.

Ainda que assim não entenda, restará demonstrado que a multa de 100% é ilegal, desarrazoada, violando-se os princípios da proporcionalidade, capacidade contributiva, não-confisco e da segurança jurídica, conforme se depreende do disposto na Lei nº 9.430/1996, em seu art. 61, os acréscimos moratórios, onde se inclui a multa, estão limitados ao percentual de 20% sobre o valor do débito, e registra também as determinações constantes no art. 3º do Decreto-Lei nº 1.569/1977, cujo teor transcreveu.

Ressalva que embora o dispositivo acima refira-se a créditos federais, deve o mesmo ser aplicado por analogia aos créditos estaduais, norteados a incidência dos encargos a serem cobrados dos contribuintes. Assim, verifica-se claramente o direito de redução dos encargos aplicados aos supostos débitos de ICMS.

Transcreve trecho do Acórdão relativo ao Recurso Extraordinário nº 754.554 Goiás, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, que dispõe sobre a limitação dos acréscimos aplicados sobre os débitos tributários de ICMS, e arremata que em suas razões de fundamentação, o Min. Celso de Mello determina expressamente que a multa incidente sobre o tributo eventualmente inadimplido não pode ultrapassar o percentual de sua própria alíquota. Ou seja, no caso de ICMS, em sendo a alíquota de 17% (dezessete por cento), não podem os encargos ultrapassarem este percentual.

Cita decisões reiteradas dos Tribunais sobre o tema e assevera que na mais remota hipótese de prevalecer o entendimento de que não houve o recolhimento do ICMS antecipação parcial, deve ser reduzida a multa aplicada para o percentual de 10% sobre o valor não recolhido.

Finaliza solicitando que seja declarada a nulidade do Auto de Infração nº 1021480065/22-3, em razão da quebra de sigilo bancário realizada em desconformidade com a LC 105/2001. Caso sejam superadas as nulidades apontadas, requer que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração, em função de o processo administrativo não estar considerando o fato de que a empresa comercializa, em sua grande maioria, produtos com isenção concedida pelo art. 264 do RICMS, os quais devem ser excluídos dos cálculos de apuração de suposto débito de ICMS.

Se não em função das isenções supracitadas, requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração, face à duplicidade de autuação envolvendo o mesmo fato gerador e mesmo período de apuração, através do presente Auto de Infração e os de nºs 1021480067/22-6 e 1021480064/22-7.

Requer que sejam considerados os documentos anexos, pertinentes ao cotejamento das operações de venda realizadas por meio de cartão de crédito e débito no período apurado no auto de infração, os quais demonstram que a Autuada possui um débito de ICMS de R\$ 122.852,66, referente ao período de janeiro a julho de 2019, e um crédito de ICMS no valor de R\$ 79.688,69, apurado no período de janeiro a agosto de 2020, resultando em saldo devedor da Autuada de R\$ 43.163,97 (quarenta e três mil, cento e sessenta e três reais e noventa e sete centavos), devendo este valor ser considerado no julgamento de mérito, se ultrapassados os argumentos anteriores.

O auditor ao prestar a Informação Fiscal, fls. 563 a 570, inicialmente faz um histórico da autuação esclarecendo que a autuação resultou da fiscalização autorizada pela Ordem de Serviço nº 504087/21, acostada às fls. 7 e 8, na qual determinou a realização, dentre outros roteiros, o AUDIF - 201 – Auditoria do Conta-Corrente do ICMS, redundando na Infração 005.008.001 – Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, cujo valor histórico foi na importância de R\$ 442.419,00 (quatrocentos e quarenta e dois mil quatrocentos e dezenove reais), portanto sem considerar os acréscimos moratórios e a multa.

Observa que o contribuinte apurava o imposto pelo regime do Simples Nacional até o exercício de 2018, tendo sido excluído, conforme consta no Portal de Sistemas – SEFAZ (PSS), Relatório dos Períodos do Simples Nacional. Para comprovar, foi emitido tal Relatório no dia 08/08/2022, e anexado ao PAF à fl. 9.

No dia 17/06/2021, o contribuinte foi intimado a apresentar o Livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, tendo o contribuinte feito a leitura no dia 18/06/2021, conforme cópia dos documentos anexados às fls. 10 e 11, deste PAF.

No dia 13/05/2022, o contribuinte foi intimado a apresentar Notas Fiscais Fatura e de Venda ao Consumidor, conforme fls. 12 e 13, tendo feita a leitura no dia 24/05/2022.

No dia 30/12/2021, o contribuinte foi intimado a enviar as Escriturações Fiscais Digitais (EFDs) dos exercícios de 2019 e 2020, com prazo de 30 (trinta) dias para atender o pleito, conforme fls. 17 e 18. O contribuinte fez a leitura de tal documento no dia 13/01/2022.

No dia 08/08/2022, o contribuinte também foi intimado a enviar as Escriturações Fiscais Digitais (EFDs) dos exercícios de 2019, 2020 e 2021, com prazo de 10 (dez) dias para atender o pleito, conforme fls. 19 a 22. Na oportunidade, o contribuinte foi intimado a comunicar de forma escrita, com prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o que prevê o § 3º, do Art. 226, do RICMS-BA, Decreto nº 13780/2012, ou seja, a escrituração do estoque do exercício de 2018 e os cálculos do crédito que julgasse ter direito.

No dia 21/06/2022, foi feita a arrecadação do Livro de Ocorrência, conforme Termo lavrado à fl. 24, deste PAF.

Como a fiscalização se prolongou e não pôde ser concluída no prazo inicial, posto que o contribuinte não havia sido excluído ainda do regime de apuração do Simples Nacional, foi Lavrado o Termo de Encerramento, o qual está acostado à fl. 26, deste PAF.

As planilhas que consubstanciaram a infração lavrada referentes ao **exercício de 2019** estão anexadas às fls. 30 (Resumo Geral da infração), 31 (Resumo do cálculo da proporcionalidade entre mercadorias tributadas e não tributadas com base nas Notas Fiscais dos Fornecedores), 32 a 78 (Cálculo da proporcionalidade – informações sobre as mercadorias tributadas), 79 a 118 (Cálculo da proporcionalidade – informações sobre as mercadorias não tributadas), 119 a 159 (planilha com as operações de saídas realizadas através de emissão de Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica), 160 a 202 (Planilha com as operações de Saídas através de emissão de Notas Fiscais Eletrônicas), 203 (cópia do Relatório de Informações TEF – Anual, operações ocorridas em 2019, conforme INC – Informações do Contribuinte emitido através do Portal de Sistemas SEFAZ). Em tal exercício, só foram autuados os meses de janeiro a julho, uma vez que nos demais (agosto a dezembro) não houve base de cálculo (os valores de TEF foram menores do que as saídas com Notas Fiscais).

As planilhas que consubstanciaram a infração lavrada referentes ao **exercício de 2020** estão anexadas às fls. 205 (Resumo Geral da infração), 206 (Planilha resumo com as Saídas com Notas Fiscais Eletrônicas), 207 a 277 (planilha com as operações de saídas realizadas através de emissão de Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica), 278 (Planilha resumo com as Saídas com Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas), 279 a 321 (Planilha com as operações de Saídas através de emissão de Notas Fiscais Eletrônicas), 322 (Resumo do cálculo da proporcionalidade entre mercadorias tributadas e não tributadas com base nas Notas Fiscais dos Fornecedores), 323 a 409 (Planilha com as Notas Fiscais de mercadorias tributadas), 410 a 437 ((Planilha com as Notas Fiscais de mercadorias não tributadas) e 438 (cópia do Relatório de Informações TEF – Anual, operações ocorridas em 2020, conforme INC – Informações do Contribuinte emitido através do Portal de Sistemas SEFAZ). Em tal exercício, só foram autuados os meses de janeiro a agosto, uma vez que nos demais (setembro a dezembro) não houve base de cálculo (os valores de TEF foram menores do que as saídas com Notas Fiscais).

Em seguida passa a se reportar aos argumentos trazidos na peça defensiva, inicialmente em relação a nulidade arguida da “QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO NA FORMA REALIZADA”,

afirmando que o Art. 6º, da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, tem um teor muito evidente, uma vez que “As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”. (Grifei)

Assim, o conectivo ou, que é uma conjunção alternativa, implica que se pode escolher uma das orações presentes. Desse modo, ao normatizar o direito da fiscalização de ter acesso às informações das operadoras de cartão de crédito ou de débito se “houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso”, permitiu à fiscalização usar aqueles dados toda vez que houver um procedimento fiscal em movimento. Como a Secretaria da Fazenda emitiu a Ordem de Serviço nº 503137/21 para auditar o contribuinte em comento, não houve qualquer ilegalidade, posto que o procedimento fiscal estava em curso quando os registros de instituições financeiras do contribuinte foram usados. Desse modo, não há o que se admitir a nulidade do Auto de Infração em lide.

Sobre a “PROVÁVEL COBRANÇA EM DUPLICIDADE” informa que o AI nº 1021480065/22-3 teve como infração tipificada 005.008.001 (“Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito e, valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito”), enquanto a infração do Auto de Infração nº 1021480067/22-6 foi tipificada como 002.001.002 (Deixou de recolher nos prazos regulamentares IMCS referente às operações não escrituradas nos Livros fiscais próprios), cujo débito foi apurado através das Notas Fiscais Eletrônicas de Saídas (NF-es) e das Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas (NFC-es) e cujo crédito foi calculado com base nas Notas Fiscais de Entradas.

Portanto, são bases de cálculo diferentes, uma vez que, enquanto a base de cálculo do Auto de Infração em lide (AI nº 1021480065/22-3) refere-se às operações de saídas de mercadorias que não tiveram emissão de notas fiscais (TEF SEM NF-es: Notas Fiscais Eletrônicas e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas), conforme está indicada nos resumos da apuração às fls. 30 (para o exercício de 2019) e 205 (para o exercício de 2020) deste PAF; a autuação no AI nº 1021480067/22-6 teve como base de cálculo o valor consignado nas notas fiscais de consumidor eletrônica somadas às notas fiscais eletrônicas (portanto, as Notas Fiscais que foram emitidas), mas que não foram tributadas pelo contribuinte.

Quanto ao Auto de Infração mencionado pelo contribuinte à fl. 446, informa que tal lavratura refere-se ao contribuinte JOB PRODUTOS VETERINÁRIOS LTDA., Insc. Est. 124.868.380, não estando vinculada à Insc. Est. 139.707.571, que é o fulcro da defesa do contribuinte e de nossa informação fiscal.

Desse modo, não houve incoerência nem duplicidade.

Sobre a “ISENÇÃO”, o contribuinte alega que está acobertado pela isenção prevista no inciso XVIII, do Art. 264, do RICMS-BA, combinado com a Cláusula terceira do Convênio ICMS 100/97, posto que atua no ramo de comércio de insumos agropecuários e afins. Ao consultar o citado artigo, observa-se que o benefício concedido se limita às “saídas internas com insumos agropecuários ...”, ou seja, o benefício alcança apenas às operações de saídas para o segmento agropecuário. Entretanto o contribuinte em foco, tem como Atividade Econômica Principal 4789004 – Comércio varejista de animais e de artigos e alimentos para animais de estimação, diverso do que prevê a legislação para obter o benefício da isenção.

Desse modo, a isenção prevista na legislação acima mencionada não acoberta as operações do contribuinte em foco.

Sobre a APURAÇÃO SOBRE O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA conforme consta na planilha às fls. 32 a 78, deste PAF, para o exercício de 2019, todos os Códigos da Situação

Tributária (CST) das vendas dos fornecedores para a Casa Rural (portanto, as aquisições feitas pela Casa Rural e oferecem a tributação), ou seja, a maneira de apurar a tributação das mercadorias autuadas, são: CST 000 – Tributado Integralmente; CST 101 Simples Nacional com permissão de Crédito; CST 102 Simples Nacional sem permissão de Crédito; e CST 020 Redução de Base Cálculo.

E conforme consta na planilha às fls. 323 a 409 deste PAF, para o exercício de 2020, todos os Códigos da Situação Tributária (CST) das vendas dos fornecedores para a Casa Rural (portanto, as aquisições feitas pela Casa Rural e oferecem a tributação), ou seja, a maneira de apurar a tributação das mercadorias autuadas, são: CST 000 – Tributado Integralmente; CST 101 Simples Nacional com permissão de Crédito; CST 102 Simples Nacional sem permissão de Crédito; CST 020 Redução de Base Cálculo; CST 400 Nacional, cuja produção tenha sido feita em conformidade com os processos produtivos básicos de que tratam o Decreto-Lei nº 288/67, e as Leis nºs 8.248/91, 8.387/91, 10.176/01 e 11.484/07 - Tributada integralmente; CST 090 Nacional, exceto as indicadas nos códigos 3, 4, 5 e 8 – Outros; e CST 900 – Simples Nacional - Outras.

Sobre os créditos pleiteados diz que, conforme pode ser verificado às fls. 19 a 22, deste PAF, o contribuinte foi intimado através do Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), no dia 08/08/2022, para que atendesse ao que prevê o inciso III, do Art. 226, do RICMS-BA, Dec. nº 13780/2012, ou seja, o contribuinte foi intimado a apresentar o estoque e os cálculos do crédito.

Entretanto o contribuinte não apresentou o inventário, seja na etapa fiscalizatória seja na Defesa, não atendendo ao que prevê o inciso III, do Art. 226, do RICMS-BA. O livro de inventário tem que obedecer ao que prevê ao Art. 225, do citado regulamento.

Além do contribuinte não ter apresentado o Livro de Inventário e, concomitante, os cálculos do crédito, trata-se de uma infração em que a base de cálculo foi apurada com fundamentado no fato do contribuinte não ter emitido Nota Fiscal de Saída, não cabendo crédito, razão pela qual, não reconhece o crédito requerido pelo contribuinte.

Quanto ao argumento de que a multa aplicada de 100% é ilegal, desarrazoada, violando-se os princípios da proporcionalidade, capacidade contributiva, não-confisco e da segurança jurídica” informa não ter competência legal para discutir, nessa instância, esta questão, razão pela qual não se posicionará.

Finaliza opinando pela manutenção da autuação na íntegra, ou seja, a Infração 01 – 005.008.001 no valor histórico de R\$ 442.419,00.

Na apresentação da defesa o sujeito passivo, dentre outros argumentos, assevera que:

- (i) a empresa comercializa, em sua grande maioria, produtos com isenção concedida pelo art. 264 do RICMS, o que inviabiliza totalmente a cobrança de ICMS sobre estas operações;
- (ii) o presente Auto de Infração foi lavrado de forma concomitante ao Auto de Infração nº 1021480067/22-6, o qual apura ICMS supostamente não recolhido sobre operações de venda não escriturada nos Livros Fiscais próprios.
- (iii) de acordo com o cotejamento das operações de vendas realizadas por meio de cartão de crédito e débito no período autuado apurou o valor de R\$ 122.852,66, conforme demonstrativo de fl.460.

Considerando que o autuante ao prestar a Informação Fiscal, em relação ao argumento trazido no item (i) se pronunciou no sentido de que a defendente tem como atividade econômica principal 4789004 - comércio varejista de animais e de artigos e alimentos para animais de estimação, portanto, não alcançada pela isenção, que se restringe exclusivamente às “saídas internas com insumos agropecuários, pois o benefício fiscal de que cuida o artigo 265 alcança toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final.

Em relação ao item (ii) diz que exigência relativa no AI nº 1021480067/22-6 teve como base de cálculo o valor consignado nas notas fiscais de consumidor eletrônica e as notas fiscais eletrônicas, regularmente emitidas pelo sujeito passivo, porém, não escrituradas, portanto, não

oferecidas a tributação, portanto, não haveria duplicidade de exigência.

Na sessão de Julgamento realizada em 11/07/2023 foi observado a inexistência de qualquer pronunciamento por parte do autuante em relação a alegação defensiva relacionada ao item (iii). Por outro lado, para comprovar a sua insurgência o sujeito passivo anexou ao PAF apenas um demonstrativo sintético, denominado “RESUMO APURAÇÃO”, fl.459.

Ante aos fatos relatados, decidiram os membros desta Junta de Julgamento pela conversão do processo em diligência para que fossem tomadas as seguintes providências:

Autuante: Intimasse o contribuinte a apresentar:

1. demonstrativo analítico relativo às operações indicadas no demonstrativo de fl. 459, acompanhado das devidas comprovações, concedendo-lhe o prazo de 20 (vinte) dias;
2. comprovasse de que as mercadorias por ele consideradas “isentas” obedeceram ao disposto no Conv. ICMS 100/97.

Sendo apresentados os documentos acima solicitados, nos itens 1 e 2, efetuasse as devidas análises e se posicionasse a respeito, fazendo as alterações pertinentes, se fosse o caso, ressaltando que no caso do item 2, se comprovado, apurasse a proporcionalidade, através **das saídas**, considerando ditas operações.

O autuante também deveria esclarecer se as notas fiscais de saídas que serviram para apuração do débito relacionado ao AI 1021480067/22-6 foram consideradas no demonstrativo de fl. 30.

O autuante, às fls. 671 a 682, inicialmente informou que, em atendimento ao solicitado por esta Junta de Julgamento intimou o contribuinte no dia 28/09/23, concedendo o prazo de 20 (vinte) dias.

Acrescentou que iria se ater ao exame da documentação apresentada pela Defesa em decorrência da Intimação supra e, por último, daria a sua opinião.

1º EXAME: sobre os créditos apontados pela Defesa do Contribuinte à fl. 447, tema que a Relatora afirmou que não houve qualquer pronunciamento por parte do autuante, afirmou que já havia se pronunciado na sua Informação Fiscal datada de 02/05/2023, tendo concluído que: *trata-se de uma infração em que a base de cálculo foi apurada com fundamentado no fato do contribuinte não ter emitido Nota Fiscal de Saída, não cabendo crédito, razão pela qual, não reconheço o crédito requerido pelo contribuinte*”.

Disse renovar o seu entendimento afirmando que o contribuinte não manifestou a que se referem aqueles créditos, na ordem de R\$ 79.688,69, uma vez que o indicou e apresentou uma planilha à fl. 459, sobre a qual não consta documentos e explicações.

Frisou que para gozar do crédito previsto na legislação o contribuinte teria que atender as seguintes condições previstas no RICMS- BA, do Decreto nº 13.780, de 16/03/2012, cujo teor transcreveu. Diante da obrigatoriedade da legislação acima apontada, embora regularmente intimado, o contribuinte não atendeu o que prevê o art. 226, ou seja, não apresentou à fiscalização o Livro de Registro de Inventário relacionando as mercadorias, matérias- primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, produtos manufaturados e produtos em fabricação se existentes no estoque; muito menos o que prevê a alínea c, do inciso 111, do mesmo artigo; bem como o que prevê os parágrafos 22 e 3º do citado artigo.

Em síntese, o contribuinte não apresentou o Livro de Inventário relacionando os itens que comercializava no último dia útil do mês anterior ao mês em que produziu os efeitos da exclusão do Simples Nacional, não elencou as mercadorias sujeitas ao ICMS e, como consequência, não calculou o crédito através da aplicação da alíquota vigente na data da aquisição sobre o preço mais recente do item; não comunicou à inspetoria da circunscrição; nem apurou o estoque no prazo de 60 dias, momento em que comunicaria à inspetoria fazendária do domicílio do contribuinte.

Além disso, como a autuação teve como fato gerador a falta de emissão de Nota Fiscal de Saída,

não cabe o crédito, haja vista o que prevê o art. 31, da Lei 7014, de 04/12/96, Lei do ICMS. Nesse sentido, o Auto de Infração nº 1021480067/22-6, PAF SIPRO Nº 122283/2022-7, lavrado em nome do mesmo contribuinte (Insc. Est. 139.707.571) e para os exercícios de 2020 e 2021, teve como débito apurado as Notas Fiscais Eletrônicas e as Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas (uma vez que não apurou e não recolheu o imposto), quando foi oferecido o crédito, posto que o fiscal utilizou as Notas Fiscais de Entrada disponibilizadas pelo Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), atendendo ao que prevê o Art. 31, da lei 7014/96.

Informou que tal PAF já foi julgado em primeira instância, conforme Ementa e voto que copiou, e diz supor que o mesmo está aguardando Distribuição para julgamento em segunda instância.

Em seguida diz que em atendimento a intimação o contribuinte apresentou uma “relação de produtos não tributados, conforme documento anexo, sem cabeçalho, com várias colunas, dentre as quais, uma com datas, outra com números, uma outra com nomes, mais uma outra com números, uma outra com abreviaturas, mais uma outra com números, e uma última também com números, conforme fls. 588 a 646. O contribuinte apresentou também, em papel, o Livro de Registro de Apuração do ICMS dos meses de janeiro a julho de 2019 e de janeiro a agosto de 2020, conforme fls. 647 a 670, deste PAF. Diante dos documentos apresentados, não foi possível analisar qualquer tipo de comprovação concernente a produtos não tributados, isentos e tributados, razão pela qual mantém a autuação, não atendendo ao que prevê o Art. 226, do RICMS- BA, já analisado anteriormente.

Sobre a “isenção” copiou o inserido na sua Informação Fiscal sobre o tema, e acrescenta que mesmo intimado, o contribuinte não conseguiu reunir provas para elidir a autuação, ou seja, não comprovou que as vendas do estabelecimento em foco foram apenas para clientes voltados para a atividade da Agropecuária, ficando confirmado que os clientes adquirem os produtos da PET Norte para o uso e consumo apenas. Do mesmo modo que o item 1, também o item 2 da citada Diligência não foi possível analisar qualquer tipo de comprovação, uma vez que não há elementos que possam indicar que as mercadorias comercializadas estavam isentas, ou seja, gozavam do benefício previsto no inciso XVIII, do Art. 64, cumulado com o previsto no Convênio ICMS 100/97. Por exemplo, observando-se uma amostra das Notas Fiscais emitidas pelo contribuinte e disponibilizadas pelo SPED da SEFAZ, mesmo considerando que o estabelecimento tem como atividade econômica o CNAE 4789004 - Comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação, portanto, incompatível com vendas para o segmento da Agropecuária, verifica-se o seguinte resultado: para o exercício de 2019: NF-es nºs 87; 99; 128; 129; 172; 224; e 463 (documentos anexos). Para o exercício de 2020, NF-es nºs 721; 734; 838; 916; 968; 1.216; 1.225; 1.421; 1.713; 1.720; e 2116 (documentos anexos). Apresenta um quadro com oito Notas Fiscais Eletrônicas com os seus respectivos elementos, onde se demonstra que o contribuinte deu saída de suas mercadorias apenas para adquirentes que não têm como atividade a AGROPECUÁRIA, CNAE 4692-3/00.

Ressaltou que o critério para escolher as Notas Fiscais que apontou foi pelos valores dos itens mais altos, cujos produtos estariam vinculados ao suposto benefício. Ao fazê-lo, verificou que em nenhuma delas consta a Inscrição Estadual do adquirente, inclusive em algumas das Notas Fiscais Eletrônicas consta somente o CPF.

Conclui que após exame acima dos diversos elementos que tratam do crédito e da isenção apresentados pela Defesa nesta Diligência, em cumprimento à solicitação feita pela ^a JJF, do CONSEF, pode constatar que razão não assiste ao defendente, e, opina pela manutenção da autuação na íntegra, ou seja, que a Infração 01 - 005.008.001 deve ser mantida no valor histórico total de R\$ 442.419,00.

O sujeito passivo se manifestou às fls. 711 a 718, fazendo um resumo do contido no Relatório da diligência, e em seguida passou a se manifestar asseverando que os fundamentos contidos na defesa prévia, aliados às provas trazidas ao processo administrativo, tem-se que razão não assiste ao agente autuante, principalmente no seu novo opinativo, para a procedência da autuação, tendo

em vista que a Notificada não cometeu a suposta infração, conforme passa a relatar.

Reitera que o procedimento administrativo foi instaurado após a obtenção perante as instituições bancárias de informações sigilosas referentes às movimentações financeiras realizadas pela empresa, o que é ilegal, para a abertura de processo administrativo, conforme art. 6º da LC 105/2001.

Observa-se que, tanto o presente auto quanto o Auto de Infração nº 102148.0067/22-6, apuram o período compreendido entre março a setembro de 2020. O mesmo ocorre com o Auto de Infração nº 102148.0064/22-7. Ou seja, é provável que todas as movimentações financeiras consideradas no presente auto de infração correspondam às supostas operações não escrituradas apuradas nos autos de infrações supracitados, o que, fatalmente, ensejará em cobrança em duplicidade.

Sobre este aspecto, o agente atuante não trouxe nenhum dado ou documento capaz de afastar a conclusão acima, visto que diversas das operações devidamente escrituradas ou com emissão de notas fiscais tiveram pagamento realizado por meio de cartão de crédito e débito, de modo que, não tendo o agente fiscal demonstrado a exclusão do relatório TEF das operações que tiveram suas notas fiscais emitidas, é inevitável a conclusão de que está havendo autuação/cobrança em duplicidade, de modo a forçar o julgamento dos PAFs em conjunto, deduzindo os valores computados em cada um deles.

Demonstrou a Autuada, ainda, que é empresa que atua no ramo de comércio de insumos agropecuários e afins, os quais, de acordo com o RICMS/BA, em seu art. 264, inciso XVIII, cumulado com o Convênio ICMS 100/97, sofrem isenção de ICMS, vigente no período apurado no presente Auto de Infração.

O agente autuante entende que o direito de isenção em tela está condicionado à comprovação da destinação dada ao insumo agropecuário. No entanto, com o devido respeito e licença, tal entendimento não deve prosperar, uma vez que há o reconhecimento expresso de que o art. 20 do RICMS/Ba concede isenção aos insumos agropecuários, ainda que seja em sentido amplo.

Sobre o condicionamento em discussão, não há que se falar em necessidade de o vendedor do insumo agropecuário comprovar qual a destinação que foi dada ao produto pelo comprador final, uma vez que a natureza de insumo agropecuário é inerente ao produto, de forma que a norma regulamentadora não deixa margem de discricionariedade para que se verifique qual a destinação que será dada à mercadoria pelo consumidor final.

Ademais, a prova de cumprimento da condição estabelecida na regulamentação estadual, É IMPOSSÍVEL DE SER PRODUZIDA, não havendo, sequer, meios formais para a sua consolidação, vez que a Autuada vende o insumo agropecuário, emitindo a nota fiscal de saída em favor deste, onde não há campo destinado ao registro de qualquer informação neste sentido, sendo impossível exigir do comprador final a comprovação de como se deu o uso do insumo.

Ou seja, é importante observar a inexistência de regulamentação acerca da forma de comprovação da condição em comento, não podendo tal omissão do Estado representar a não fruição do benefício expressamente concedido no art. 20 do RICMS/Ba. Além disso, entende que se deve observar que a Autuada possui outras operações de mercadorias isentas de ICMS, conforme artigo 265 do RICMS, segundo o qual as mudas e plantas são isentas. Nesse sentido apresenta levantamento dos valores de créditos que entende fazer jus.

Sendo assim, há de ser reconhecido o direito de isenção suscitado na defesa, para que seja julgada improcedente a autuação, deduzindo-se do valor apurado no auto em tela a quantia de R\$ 101.837,65.

Corroborar para a improcedência do Auto de Infração o fato de que as mercadorias que não são isentas são tributadas pelo regime da substituição tributária parcial, o que torna evidente a impossibilidade de adotar como base de cálculo do ICMS todos os valores apresentados pelas instituições financeiras, sem subtrair destes o valor recolhido a título de antecipação parcial. Ou seja, a cobrança do ICMS na forma pretendida, sem considerar que o tributo, ou, ao menos parte

deste, já foi pago antecipadamente pelo substituto tributário, caracteriza cobrança em duplicidade sobre a mesma operação. Como exemplo, cita-se a venda pela Autuada de rações para animais domésticos, onde todo o ICMS devido já foi pago pelo remetente da mercadoria.

Sobre tal fato o agente fiscal não trouxe nenhum argumento ou documento capaz de afastar o direito de crédito.

Em sendo assim, inevitável é o reconhecimento do direito de crédito suscitado na defesa prévia, onde a Autuada registrou que, de acordo com as apurações anexadas, referentes às vendas com cartões de crédito e débito no período compreendido pelo Auto ora impugnado, a empresa possui um débito de ICMS de R\$ 122.852,66, referente ao período de janeiro a julho de 2019, e um crédito de ICMS no valor de R\$ 79.688,69, apurado no período de janeiro a agosto de 2020.

Na mais remota hipótese de ser considerado como devido o ICMS apurado no presente auto de infração, devem ser considerados os valores apontados acima, os quais, se compensados, ter-se-á, ainda, um crédito em favor da Autuada no montante de R\$ 43.163,97. Observa também, que o Auto em tela não está considerando que parte do ICMS, quando devido, é recolhido na entrada dos produtos.

Assim, entende que de acordo com as planilhas anexadas, o Fisco está deixando de subtrair do suposto valor devido o ICMS recolhido na entrada da mercadoria, o qual é objeto de abatimento quando do pagamento do diferencial da alíquota interna. Tal planilha e demais documentos que a respalda não foram elididos pelo agente fiscal.

Requer a Autuada que seja declarada a nulidade do Auto de Infração nº 102148.0065/22-3, em razão da quebra de sigilo bancário realizada em desconformidade com a LC 105/2001. Caso sejam superadas as nulidades apontadas, requer que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração, em função de o processo administrativo não estar considerando o fato de que a empresa comercializa, em sua grande maioria, produtos com isenção concedida pelo art. 264 do RICMS, os quais devem ser excluídos dos cálculos de apuração de suposto débito de ICMS.

Se não em função das isenções supracitadas, requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração, face à duplicidade de autuação envolvendo o mesmo fato gerador e mesmo período de apuração, através do presente Auto de Infração e os de nºs 1021480067/22-6 e 1021480064/22-7.

Requer, ainda, o julgamento improcedente deste Auto, em virtude de que a cobrança e pagamento do ICMS na forma pretendida pelo Fisco ensejará nítida bi-tributação, uma vez que o ICMS, quando devido, foi pago, ainda que parcialmente, de forma antecipada, o que deve ensejar o creditamento quando do pagamento do diferencial da alíquota interna, conforme valores apurados na planilha anexada.

Solicita que sejam considerados os documentos anexos, pertinentes ao cotejamento das operações de venda realizadas por meio de cartão de crédito e débito no período apurado no auto de infração, os quais demonstram que a Autuada possui um débito de ICMS de R\$ 122.852,66, referente ao período de janeiro a julho de 2019, e um crédito de ICMS no valor de R\$ 79.688,69, apurado no período de janeiro a agosto de 2020, resultando em saldo credor em favor da Autuada de R\$ 43.163,97, devendo este valor ser considerado no julgamento de mérito, se ultrapassados os argumentos anteriores.

Por fim, que seja reconhecido o direito de isenção suscitado na defesa, referente à comercialização de plantas, previsto expressamente no art. 265 do RICMS, para que seja julgada improcedente a autuação, deduzindo-se do valor apurado no auto em tela a quantia de R\$ 101.837,65.

O autuante às fls. 750 a 762, inicialmente faz um resumo dos argumentos apresentados pelo contribuinte e passa a se manifestar reiterando os seus argumentos relativos ao arguido sigilo bancário.

Quando à alegada cobrança em duplicidade diz já ter se posicionado à fl. 567, quando da

Informação Fiscal datada de 02/05/2023, cujo teor reproduziu. Conclui não haver incoerência nem duplicidade, por se tratar de fatos geradores para cálculo do imposto diferentes; e, como consequência, lavraturas específicas para cada tipo de infração.

Em relação à ISENÇÃO REFERENTE AOS INSUMOS AGROPECUÁRIOS, reitera o seu entendimento anteriormente externado e mantém a sua autuação também por essa ótica.

Sobre A ISENÇÃO DE ICMS DE OUTRAS OPERAÇÕES diz que alínea *i*, do inciso I, do Art. 265, do RICMS-BA, Decreto nº 13.780, de 16/03/12 (e suas atualizações, que, neste caso, tal benefício foi concedido pela Alteração nº 1 – Decreto nº 13.780, de 02/04/12, DOE de 03/04/12, com efeitos a partir de 01/04/12), prevê o benefício da isenção do ICMS para plantas ornamentais e suas mudas. Entretanto, tal isenção não se aplica a autuação em foco, uma vez que a infração se fundamentou nas movimentações de saídas de mercadorias sem acobertamento de notas fiscais. Diante disso, mantenho a minha autuação também por essa ótica.

OPERAÇÕES COM MERCADORIAS CUJA APURAÇÃO DO IMPOSTO É PELO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Para início desse exame, é preciso comentar que o contribuinte afirmou que as mercadorias que operou teria sido através do regime de antecipação parcial, bem como pelo regime da substituição tributária. Nesse sentido, o contribuinte poderia ter sido mais claro, uma vez que, tais regimes são excludentes, ou seja, se a apuração é pelo regime da antecipação parcial, tal regime não encerra a fase de tributação. Mas se a apuração é pelo regime da Antecipação Tributária, não há mais incidência do imposto na venda dos itens comercializados. Para apurar pelo regime da Antecipação Tributária é necessário que a mercadoria conste no Anexo I, do RICMS-BA. Os demais itens que a PET NORTE Comércio Ltda. comercializa, se adquiridas nas demais unidades federativas, em regra, cabe a Antecipação Parcial.

Contudo, como já informara anteriormente, cito às fls. 568 e 569 deste PAF, as mercadorias adquiridas, que foram levadas em conta para efeito do cálculo do imposto, tiveram como Código da Situação Tributária (CST), para o exercício de 2019, itens que foram tributados integralmente (CST 000), itens provenientes de estabelecimentos cujo regime de apuração do imposto vincula-se ao Simples Nacional mas com permissão de crédito (CST 101), itens cujo fornecedor das aquisições feitas pela PET NORTE Comércio Ltda. foram de estabelecimentos com regime de apuração do imposto realizado pelo Simples Nacional mas sem permissão de Crédito (CST 102) e mercadorias cujas naturezas das operações permitiram a Redução de Base de Cálculo (CST 020).

Para o exercício de 2020, além dos indicados para o exercício de 2019, foram usadas as operações com o CST 400 (Nacional, cuja produção tenha sido feita em conformidade com os processos produtivos básicos de que tratam o Decreto-Lei nº 288/67, e as Leis nºs 8.248/91, 8.387/91, 10.176/01 e 11.484/07, tributada integralmente), o CST 090 (Nacional, exceto as indicadas nos códigos 3, 4, 5 e 8 – Outros) e o CST 900 – Simples nacional – Outras.

Só tais situações tributárias (CSTs) serviram de base para o cálculo da proporcionalidade, cujo percentual foi aplicado no faturamento do contribuinte, cujos valores foram obtidos no TEF (Transferência Eletrônica de Fundos), o qual está disponível no Portal de Sistemas SEFAZ (PSS).

Já os cálculos propriamente ditos, para o exercício de 2019, estão contidos nos demonstrativos à fl. 28 – Resumo do cálculo do imposto com base na TEF em operações sem emissão de notas fiscais (NF-es e NFC-es); à fl. 30 – Demonstrativo analítico do cálculo do imposto; à fl. 31 – Cálculo da Proporcionalidade com base nas aquisições (mercadorias tributadas e não-tributadas); fls. 32 a 78, Cálculo da Proporcionalidade para as Mercadorias Tributadas; fls. 79 a 118 – Cálculo da Proporcionalidade para as Mercadorias Não Tributadas; fls. 119 a 159, as operações de saídas acobertadas por notas fiscais eletrônicas emitidas para consumidor final (NFC-es); fls. 160 a 202, as operações de saídas acobertadas através de notas fiscais eletrônicas (NF-es).

Para o exercício de 2020, à fl. 205, consta o Demonstrativo analítico do cálculo do imposto com

base na TEF em operações sem emissão de notas fiscais (NF-es e NFC-es); à fl. 322, o resumo do Cálculo da Proporcionalidade com base nas notas fiscais emitidas pelos fornecedores; às fls. 207 a 277, o demonstrativo das operações de saídas com notas fiscais eletrônicas (NF-es); às fls. 279 a 321, o demonstrativo das operações de saídas de mercadorias através de notas fiscais de consumidor eletrônicas (NFC-es); às fls. 323 a 409, o Demonstrativo das Mercadorias Tributadas; e às fls. 410 a 437, o Demonstrativo das Mercadorias Não Tributadas.

Desse modo, as mercadorias que serviram de base cálculo para determinar a proporcionalidade foram apenas as que apuraram o imposto sem encerramento da fase de tributação (ou seja, não se levou em consideração nenhuma mercadoria cujo Código de Situação Tributária – CST - fosse por Substituição Tributária, ou mesmo isenta), razão pela qual não procede o argumento do contribuinte de que as saídas não deveriam ser tributadas, pelo fato de que o autuante considerou somente:

- a) para o cálculo da proporcionalidade, apenas as mercadorias tributadas;
- b) essa proporcionalidade incidiu no faturamento de mercadorias de natureza de operação de vendas sem nota fiscal (já que se excluiu do total do TEF os valores das notas fiscais eletrônicas e das notas fiscais de consumidor eletrônicas);
- c) a partir daí, aplicou-se a alíquota, encontrando o imposto.

Assim, o valor do imposto reclamado não pode ser considerado sem base legal, já que não estavam sob a condição do regime de apuração de antecipação tributária ou isentas.

Além disso, como já dissera à fl. 569, não existe no Portal de Sistemas SEFAZ (PSS), na opção INC Fiscal, subitem Relação de DAES, nenhum recolhimento nos códigos de Receita 2.175 (ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL) e 1.145 (ICMS – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA) do contribuinte em lide para os exercícios fiscalizados, 2019 e 2020.

Diante desses elementos mantem a autuação referente também a esse tema.

SOBRE O CRÉDITO NO VALOR DE R\$ 79.688,69. Transcreve o conteúdo da sua Informação Fiscal bem como o relato contido em sua Diligência, às fls. 672 a 679, e mantém a autuação também por esse prisma.

Finaliza dizendo não assistir razão ao contribuinte e opina pela manutenção da autuação na íntegra, ou seja, que a Infração 01 – 005.008.001 deve ser julgada procedente integralmente no valor histórico total de R\$ 442.419,00.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter omitido saídas tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões.

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade da referida infração sob o argumento de suposta quebra de seu sigilo bancário, tendo em vista não ter havido instauração do processo administrativo ou autorização judicial permissiva. Razão não assiste ao sujeito passivo pois a remessa dos dados da movimentação de vendas por parte das administradoras de cartão de crédito é uma obrigação prevista em lei (Lei Complementar nº 105/2001, em especial em seu artigo 6º, bem como nas disposições do artigo 35-A da Lei Estadual nº 7.014/96 e Art. 824-W, do RICMS/BA-97), e tem como finalidade informar o faturamento da empresa, base de cálculo de vários tributos, consubstanciando em uma informação fiscal, que não se confunde com a sua movimentação bancária, esta sim, protegida pela Constituição.

Ademais, observo que a acusação em discussão está posta de maneira clara e devidamente demonstrada de forma analítica, cujas planilhas elaboradas foram entregues ao autuado, mediante recibo, lhe possibilitando os mais amplos meios de defesa. A descrição dos fatos foi efetuada de

maneira compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos da multa aplicada relativamente a irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Assim, deixo de acolher o pedido de nulidade do Auto de Infração apresentados pela defesa.

No mérito, o sujeito passivo assevera que, o presente Auto de Infração foi lavrado de forma concomitante ao Auto de Infração nº 1021480067/22-6, o qual apura ICMS supostamente não recolhido sobre operações de venda não escriturada nos Livros Fiscais próprios.

Observa que os referidos Auto de Infração apuram o período compreendido entre março a setembro de 2020, sendo provável que todas as movimentações financeiras consideradas neste auto de infração correspondam às supostas operações não escrituradas apuradas no Auto de nº 1021480038/21-8, o que, fatalmente, ensejará em cobrança em duplicidade.

Inicialmente destaco que apesar do sujeito passivo citar na peça defensiva o Auto de nº 1021480038/21-8, como esclarecido pelo autuante, o mesmo se refere a outro contribuinte, com Inscrição Estadual nº 124.868.380.

Assim é que a infração deste Auto de Infração está fundamentada no § 4º do artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10, que prevê *in verbis*: “Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar: I - saldo credor de caixa; II - suprimento a caixa de origem não comprovada; III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes; IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas; V - pagamentos não registrados; VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por: a) instituições financeira”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Como bem esclareceu o autuante a base de cálculo do presente Auto de Infração em lide refere-se às operações de saídas de mercadorias que não tiveram emissão de notas fiscais conforme está indicada nos resumos da apuração às fls. 30 (para o exercício de 2019) e 205 (para o exercício de 2020) deste PAF; enquanto que a exigência relativa no AI nº 1021480067/22-6 teve como base de cálculo o valor consignado nas notas fiscais de consumidor eletrônica e as notas fiscais eletrônicas, regularmente emitidas pelo sujeito passivo, porém, não escrituradas, portanto, não oferecidas à tributação.

Em suma, o presente auto de infração diz respeito a operações omitidas pelo sujeito passivo, sendo exigido o imposto por presunção legal (consoante o disposto no § 4º, VI, “b” do art. 4º, da Lei 7.014/96), enquanto que as objeto do Auto de Infração nº 1021480067/22-6, as operações acobertadas por documentos fiscais de vendas emitidos pelo próprio contribuinte e não registradas na escrita fiscal, não havendo qualquer correlação entre ambos lançamentos.

Para dirimir esta questão o processo foi convertido em diligência, no sentido de se certificar se aquelas notas fiscais objeto do Auto de Infração nº 1021480067/22-6 foram decorrentes de vendas com cartão de crédito e não foram consideradas neste Auto de Infração, porém tal informação não foram trazidas aos autos

Alegou também o impugnante que a empresa comercializa, em sua grande maioria, produtos com isenção concedida pelo art. 264 e 265 do RICMS, o que inviabiliza totalmente a cobrança de ICMS sobre estas operações, assim como opera com mercadorias cujo imposto foi pago antecipadamente pelo substituto tributário, o que, no seu entender caracteriza cobrança em duplicidade.

No que diz respeito às mercadorias que estariam beneficiadas pela isenção, de acordo com o disposto no art. 264, inciso XVII sob o argumento de que atua no ramo de atividade de comércio de insumos agropecuários, o autuante na Informação Fiscal afirmou que a defendente tem como atividade econômica principal 4789004 - comércio varejista de animais e de artigos e alimentos para animais de estimação, portanto, não alcançada pela isenção, que se restringe exclusivamente às “saídas internas com insumos agropecuários, pois o benefício fiscal de que cuida o artigo 265 alcança toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final.

Assim é que, também para dirimir quaisquer dúvidas, o processo foi convertido em diligência para que o sujeito passivo fosse intimado a apresentar comprovações de que as mercadorias por ele consideradas “isentas” obedeceu ao disposto no Conv. ICMS 100/97.

Ocorre que mesmo regularmente intimado o contribuinte não trouxe provas de ter havido, durante o período autuado qualquer venda destinada a contribuintes que exercessem a atividade agropecuária-CNAE 4692-3/00, inclusive, o autuante, também responsável pela realização da diligência, após ressaltar que o estabelecimento tem como atividade econômica o CNAE 4789004 - Comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação, portanto, incompatível com vendas para o segmento da Agropecuária, efetuou um levantamento através das Notas Fiscais emitidas pelo contribuinte, disponibilizadas pelo SPED da SEFAZ, confirmando que as saídas realizadas pelo defendente se deram exclusivamente para adquirentes que não exercem a atividade agropecuária-CNAE 4692-3/00. Observou inclusive a existência de notas fiscais emitidas para destinatários sem Inscrição Estadual, constando apenas o CPF.

Assim, comungo com o entendimento do autuante pelo fato do contribuinte ter como atividade econômica principal o “comércio varejista de animais e de artigos e alimentos para animais de estimação” e não foram trazidos aos autos provas de que as mercadorias, efetivamente, foram destinadas à alimentação animal ou ao emprego na fabricação de ração animal, condição estabelecida no art. 264, inciso XVII, que prevê a isenção do ICMS para as saídas internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, conforme abaixo reproduzido:

“Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

(...)

XVIII - as saídas internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, exceto os previstos nos incisos LIII e LIV do caput do art. 268 deste Decreto, observadas as seguintes disposições:

a) o benefício fiscal de que cuida este inciso alcançará toda a etapa de circulação da mercadoria, desde a sua produção até a destinação final;

b) o benefício fiscal não se aplica no caso de operação que não preencha os requisitos estabelecidos ou que dê ao produto destinação diversa da prevista como condição para gozo do benefício, caso em que o pagamento do imposto caberá ao contribuinte em cujo estabelecimento se verificar a saída;

c) a manutenção de crédito somente se aplica às entradas em estabelecimento industrial das matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação daqueles produtos;”

No que diz respeito as mercadorias abarcadas pela isenção prevista no art. 265, I, alínea “i) plantas ornamentais e suas mudas, assim como aquelas cujo imposto foi pago antecipadamente pelo substituto tributário, observo que tal peculiaridade foi observada na auditoria pois, como anteriormente dito, a presente acusação é decorrente da falta de recolhimento do imposto constatada pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito.

Para efeito de verificação da existência ou não da presunção de omissão de saídas no caso em tela, deve ser feita entre as informações repassadas pelas administradoras de cartões de débito e de crédito através dos “Relatório Diário Operações TEF”, onde consta o movimento detalhado das operações de vendas diárias com tais cartões, em cotejo com as informações constantes nas notas

fiscais de consumidor eletrônica (NFC-e) e as notas fiscais eletrônicas emitidas, (NF-es) em que a forma de pagamento seja feita por meio de cartões de crédito ou débito.

No caso presente observo que a fiscalização elaborou demonstrativo analítico das saídas através de (NFC-e) e NF-es), para cada exercício, cujos totais mensais foram comparados com os informadas pelas Administradoras de cartões de débito/crédito – TEF, estabelecendo as diferenças, sendo que foi aplicado o disposto na Instrução Normativa nº 56/07, no sentido de excluir da base de cálculo do ICMS os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária.

No caso, foram apurados os percentuais de mercadorias tributadas normalmente para os exercícios de 2019 e 2020, percentuais estes que foram aplicadas para a apuração da base de cálculo, conformes se verifica no demonstrativo de fls. 30 e 205.

Ressalto que ditos percentuais foram apurados através das notas fiscais de entradas elencadas nos demonstrativos de fls. 32 a 78, que se referem a mercadorias tributadas, fls. 79 a 118, mercadorias não tributadas (exercício de 2019) e fls. 323 a 409, mercadorias tributadas e 410 a 437, não tributadas (exercício de 2020).

Sendo que de acordo com informações prestadas pelo autuante o levantamento referente a mercadorias tributadas levou em consideração os seguintes códigos de situação tributária-CST: 000 – Tributado Integralmente; 101 - Simples Nacional com permissão de Crédito; 20- Redução de Base Cálculo; e 900 – Simples Nacional – Outros. Assim, todas as Notas Fiscais, inclusive as de CST 900, foram de vendas de mercadorias adquirida ou recebida de terceiros, não havendo encerramento da fase da tributação na compra.

Neste caso, caberia ao defendente apontar objetivamente as mercadorias que teriam sido classificadas equivocadamente como tributadas normalmente pela fiscalização, já que nos citados demonstrativos constam todas as informações necessárias a identificação das mesmas, pois encontram-se inseridas a sua descrição e respectivas NCMS.

Assim, como não foram apresentadas quaisquer provas capazes de desconstituir os lançamentos atinentes à infração sob análise, esta é subsistente, tendo em vista que a declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, o que não ocorreu no presente caso, já que o sujeito passivo limitou-se a apresentar um demonstrativo sintético, fl. 459, elaborado pela contabilidade, denominado RESUMO APURAÇÃO, indicando os valores que entende serem devidos, totalizando R\$ 122.852,66, desacompanhado de quaisquer documentos comprobatórios, mesmo tendo sido intimado a fazê-lo, através de diligência requerida por este órgão julgador.

No que diz respeito ao pedido formulado pelo sujeito passivo de abater do débito ora exigido supostos créditos, no valor total de R\$ 79.688,69 referente ao período de janeiro a agosto de 2020, reitero que o presente lançamento diz respeito a presunção de omissão de mercadorias tributáveis, Portanto, trata-se de uma presunção legal, inexistindo qualquer previsão legal para concessão de quaisquer crédito, mesmo porque inexistem nos autos provas de que o contribuinte não se apropriou dos referidos créditos anteriormente.

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 aplicada cumpre observar que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, este Junta de Julgamento Fiscal não tem competência

para tal apreciação.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 102148.0065/22-3, lavrado contra **PET NORTE COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 442.419,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR