

A. I. N° - 279459.0047/23-3
AUTUADO - SEARA ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19/11/2024

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0200-03/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendente não destacou o ICMS relativo às operações tributadas pelo imposto. Os cálculos foram refeitos, mediante revisão realizada pelo Autuante, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/12/2023, refere-se à exigência de R\$ 14.211.075,86 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 002.001.003: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2019 a dezembro de 2022.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 98 a 117 do PAF. Informa que é pessoa jurídica de direito privado constituída sob a forma de sociedade empresária limitada e que tem por objeto social a industrialização e comercialização de produtos alimentícios, entre outras atividades, sujeitando-se ao pagamento do Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços – ICMS.

Reproduz a descrição da Infração e transcreve os dispositivos infringidos e da multa aplicada, afirmando que o lançamento de ofício não tem as mínimas condições de subsistir, pois, a ação fiscal padece de nulidade insanável, tendo em vista que não demonstrou especificamente qual a infringência praticada pelo contribuinte; isso porque a Autoridade fiscal efetuou o lançamento de ofício baseado em fundamentos legais genéricos, sem subsumir os fatos à capitulação legal correspondente.

No mérito, afirma que o crédito tributário deve ser extinto na medida em que a própria Autoridade Fiscal reconheceu que a Autuado recolheu o tributo exigido aos cofres públicos de forma antecipada e no montante de R\$ 11.793.481,60, isto é, no momento da entrada das mercadorias no estabelecimento do Impugnante (períodos 2020 a 2022).

Diz que a Fiscalização desconsiderou sem qualquer justificativa os valores recolhidos do ICMS a título de antecipação parcial (período 2019), especificamente em relação às mercadorias fiscalizadas e que não foi considerado no trabalho fiscal (doc. 05).

Também alega que se desconsiderou, sem qualquer justificativa, o fato de centenas de notas fiscais abrangidas no lançamento se referirem a mercadorias que foram recebidas em devolução. Ao contrário da acusação fiscal, tais notas fiscais foram objeto de retorno, adentrando no estabelecimento do Impugnante com a respectiva nota fiscal de entrada conforme robusto acervo comprobatório (doc. 06).

Dentro desse contexto, passa a expor as razões pelas quais o crédito tributário exigido não reúne as mínimas condições de subsistir.

Comenta sobre a tempestividade da defesa e argui a nulidade do lançamento alegando precariedade da motivação e imprecisão.

Da leitura do campo “Infração 01”, diz que se verifica que o texto da acusação fiscal se restringiu à uma frase para descrever a infração cometida pelo Impugnante, afirmando, genericamente, que teria deixado de recolher ICMS, sem “especificar” os fundamentos de tal entendimento.

Observa que a Autoridade Fiscal aponta como fundamento para a exigência dispositivos legais genéricos à tributação pelo ICMS, não havendo uma discriminação exata da suposta conduta infratora por parte do Autuado.

Afirma que é de extrema dificuldade entender qual é a real motivação da autuação, simplesmente porque não se pode identificar da peça inquisitiva qualquer informação clara e analítica que demonstre quais são as supostas inconsistências vislumbradas pela fiscalização para se exigir o valor pretendido.

Alega que da leitura do lançamento fiscal resta claro que não tem condições de entender o porquê lhe está sendo imputado o cometimento da infração em voga, já que a Autoridade Fiscal resume a infração em única frase e “lança” dados sem explicá-los e correlacioná-los com a infração em epígrafe.

Por força do dever de motivação, diz cumpria à Autoridade Fiscal mencionar no auto de infração o fundamento jurídico específico que sustentasse a desconsideração dos recolhimentos efetuados pelo Impugnante. Mas também não o fez.

Ressalta que em relação ao lançamento, devem constar os fundamentos, os motivos, as provas e a legislação pertinente ao fato imponível, que levou a fiscalização a cominar a exigência do imposto e da penalidade.

Diz que esse cuidado com a descrição minuciosa da infração é imprescindível para que o sujeito passivo conheça as acusações que lhe são imputadas para que possa exercer seu direito de rebatê-las adequadamente.

Cita e transcreve o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal e diz que a sua inobservância acarreta prejuízo substancial ao sujeito passivo tributário e macula irremediavelmente o Auto de Infração de nulidade absoluta.

Diz que é exatamente o que ocorre no caso dos presentes autos, o Autuante se precipita ao exigir o pagamento de imposto a partir de motivação precária e sem observar os preceitos do art. 39 e incisos do RPAF-BA, Decreto 7.629/99.

Destaca que essa situação ora vivenciada (ausência de informações claras e a analíticas a respeito do lançamento fiscal) tem sido recorrente em seu desfavor. Em outro recente lançamento fiscal (AI 2794590022/21-4), lavrado pela mesma Autoridade Autuante, houve a conversão do julgamento em diligência em 2 (duas) ocasiões para esclarecimentos sobre o lançamento diante da inexistência das informações.

Nesse ponto, cita o entendimento exarado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF-BA, no sentido de que é nulo o procedimento fiscal quando não é demonstrado como o Autuante encontrou os valores exigidos por ocasião do lançamento. ACÓRDÃO CJF Nº 0379-12/18.

Diante desse cenário, pergunta, como pode se defender devidamente sem saber exatamente em qual situação sua conduta se encaixa, ante a total imprecisão dos dispositivos normativos que amparam a autuação?

Conclui que em virtude da impossibilidade de se identificar a suposta conduta irregular, torna-se inviável o exercício do direito de defesa, não sendo difícil reconhecer a nulidade do presente lançamento vez que lhe falta demonstração objetiva acerca dos fatos autuados.

A respeito do tema, transcreve o art. 18 do RPAF-BA, e afirma que se depreende que a descrição dos fatos, a capitulação da infração, a determinação da matéria tributável, e o cálculo do montante do tributo devem estar perfeitamente explicitados no lançamento, com vista a assegurar o contraditório e a ampla defesa do contribuinte, sob pena de ser declarado nulo.

Frisa que a devida fundamentação da Notificação Fiscal não gera efeitos apenas ao contribuinte, mas sim à legalidade do próprio processo administrativo, uma vez que a escassez de seus elementos fáticos ou demonstração das condutas infracionais impossibilita o próprio ato de validação do lançamento pelos Julgadores. Cita o entendimento da Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF-BA, ACÓRDÃO JJF Nº 0172-05/08.

Conclui que a falta de adequado balizamento dos procedimentos adotados prejudica o prosseguimento da exigência. É imprescindível que a Autoridade Fiscal, considerando a vinculação de seus atos, descreva com clareza a infração imputada ao contribuinte, bem como apresente de forma analítica a metodologia de cálculo que culminou na autuação da empresa, visto que o direito tributário é regrado pela tipicidade fechada para identificação do fato imponível.

Pelas razões acima aduzidas, alega que há a necessidade de ser decretada a nulidade da presente autuação, uma vez que carece da descrição dos elementos fáticos e quantitativos, sob pena de afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Na remota hipótese de não ser reconhecida a nulidade da presente autuação pelos motivos acima expostos, ainda que não seja possível determinar com assertividade qual é a infração imputada, visando mitigar qualquer possibilidade de preclusão da matéria, apresenta a seguir seus argumentos de mérito levando em conta o valor do crédito tributário efetivamente constituído e a possível fundamentação legal para lançamento nestes termos.

Partindo-se da premissa que, durante os períodos de 2019 a 2022, teria deixado de recolher o ICMS Próprio em relação a operações de saída com “Pizzas” (posição NCM 19059090), procedeu-se com a lavratura do presente auto e que ensejou a cobrança ora discutida.

Ainda que o lançamento fiscal se mostre formalmente adequado, afirma que os valores em exigência foram devidamente quitados, conforme reconhecido pelo próprio Autuante na planilha “prejuízo ao erário” anexada ao lançamento fiscal (Doc. 04 – planilha fiscal “prejuízo ao erário”).

Diz que a planilha do Autuante é autoexplicativa. No período de 2020 a 2022, o Impugnante recolheu o montante de R\$ 11.793.481,60 (onze milhões, setecentos e noventa e três mil e quatrocentos e oitenta e um reais e sessenta centavos) a título de imposto pago na antecipação tributária das entradas das mercadorias autuadas.

Ressalta que, da composição dos valores de (a) créditos ordinários, somados aos (b) valores recolhidos na entrada das mercadorias autuadas (pizzas), o próprio Autuante indica ter apurado valores já recolhidos/dispêndidos aos cofres baianos no montante de R\$ 11.793.481,60.

Diz que o Autuante aponta que os valores devidos a título de ICMS próprio (objeto de cobrança desta autuação), devidos por ocasião da saída das mercadorias autuadas, é de R\$ 11.577.073,09, chegando-se à teratológica situação em que o contribuinte, ao ter adiantado valores aos cofres do Estado da Bahia, é chamado para pagar novamente os mesmos valores.

Entende que se fosse situação contrária, ou seja, em que o contribuinte deveria ter recolhido pela entrada, mas tendeu a recolher os valores por ocasião das subseqüentes saídas, seria compreensível eventual questionamento fiscal, visto que, durante determinado lapso de tempo, os cofres baianos ficaram desfalcados em relação aos valores que já deveriam ter sido recolhidos. Mas no caso concreto a situação é absolutamente contrária.

Afirma que é fato incontroverso que pagou valores de ICMS antes mesmo do vencimento. Isso, em medida alguma, poderia acarretar questionamento, mas tão somente um encontro de contas.

Diz que os cálculos do Autuante, por si só, já são suficientes para infirmar a certeza e liquidez dos créditos tributários ora em exigência. Portanto, tais fatos admitidos pelo Autuante no lançamento fiscal não dependem de prova pelo Impugnante, consoante prevê o art. 374, inciso III, do CPC.

Comenta sobre a aplicação subsidiária do CPC e diz que o tema foi debatido perante o Plenário do STF, em julgamento da ADI 5492. Assim, adotando-se o entendimento exarado pelo STF sobre o tema, entende que devem prevalecer os comandos normativos no sentido de que os fatos incontroversos independem de prova, de modo que não há razões para se produzir prova acerca de informação que se mostra incontroversa.

Quanto a esse ponto, pede e espera que seja levado a efeito o imposto já recolhido, no montante de R\$ 11.793.481,61, sob pena de cobrança em indevida, em duplicidade (“*bis in idem*”).

Acrescenta que os valores indicados pelo próprio Autuante como recolhidos antecipadamente se referem tão somente ao período de 2020 a 2022, sendo que a atuação em apreço trata dos períodos de 2019 a 2022.

Ou seja, diferentemente de tal período cujo levantamento já foi promovido pelo Autuante (2020 a 2022), relativamente ao período de 2019, remanesce o interesse do Impugnante em produzir prova acerca dos valores recolhidos antecipadamente.

Explica: Tal como nos demais períodos já referidos, no período de 2019 procedeu com o pagamento do imposto exigido por meio da sistemática da antecipação, porém parcial. Entretanto, referidos recolhimentos foram desconsiderados pelo Autuante, conforme se verifica de sua planilha analítica (doc. 04 – planilha “prejuízo ao erário”).

Afirma que tais valores devem ser considerados na medida em que todas as mercadorias autuadas (pizzas –posição NCM 19059090) foram devidamente levadas a tributação no período de 2019, quando menos, via sistemática da antecipação parcial no momento da Entrada no seu estabelecimento.

Informa que no período de 2019 não era detentor de regime especial e, portanto, os recolhimentos a título de ICMS eram individualizados, isto é, efetuados por nota fiscal de entrada em seu estabelecimento. Esse levantamento individualizado por nota acaba por dificultar a apresentação de todo o acervo nessa ocasião.

Em que pese a apresentação exemplificativa, em prol da verdade material, do acervo probatório ora apresentado diz que é possível atestar que houve a entrada de “pizzas” no estabelecimento autuado por meio da Nota Fiscal nº 881795, emitida em 06/2019 (Doc. 05 – Recolhimentos efetuados a título de Antecipação Parcial).

Em face dessa entrada, por exemplo, afirma que houve o recolhimento do ICMS Antecipação Parcial no montante de R\$ 1.883,17, conforme DAE e respectivo comprovante de recolhimento para esse documento fiscal.

Diz que essa antecipação parcial do ICMS ocorreu para todo o período de 2019. Por exemplo, por meio da Nota Fiscal nº 881798 houve a entrada de produtos “pizzas”, ora autuadas, e naquela ocasião houve a antecipação parcial do imposto montante de R\$ 1.319,34.

Acrescenta que o acervo probatório permite fazer a correlação entre os valores recolhidos por antecipação parcial especificamente em relação às mercadorias autuadas (“pizzas”, posição NCM 19059090).

Diz que esses valores recolhidos a título de antecipação parcial podem ser conferidos individualmente (por mercadoria) na anexa planilha demonstrativa (Doc. 05 – Recolhimentos efetuados a título de Antecipação Parcial).

Informa que a planilha elucida que em 4 (quatro) operações de entrada no estabelecimento da Impugnante no período de 06/2019 houve o recolhimento do montante de R\$ 3.157,75 a título de ICMS Antecipação Parcial do ICMS em face das mercadorias autuadas (“pizzas” na posição NCM 19059090).

Assim como para os recolhimentos efetuados reconhecidos pelo Autuante (período de 2020 a 2022), os recolhimentos efetuados a título de antecipação (ainda que parcial) do ICMS em face das

mercadorias autuadas (“Pizzas”) no período de 2019 também devem ser considerados para dedução do débito fiscal lançado.

Também alega que o saldo remanescente da autuação abrange operações relativas às Notas Fiscais de saídas para clientes que não se concretizaram, pois, as mercadorias não foram entregues aos clientes. Isso porque, na maioria dos casos, tratam-se de mercadorias que retornaram mediante operação de devolução.

Registra que entre as causas que caracterizam a operação de retorno de mercadoria, encontram-se diversas hipóteses tais como a recusa de recebimento, a falta de localização do endereço do destinatário, a falta de padrão da mercadoria nas especificações exigidas, a impossibilidade de entrega em razão do estabelecimento do destinatário estar fechado ou inacessível, dentre outras circunstâncias.

Afirma que em tais hipóteses, ao receber a mercadoria em retorno, seja por qualquer motivo, emite nova nota fiscal por ocasião da entrada com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário. Noutras situações, a não concretização das operações está comprovada mediante “Protocolo de Recusa”, ou mediante informação constante do próprio portal nacional da nota fiscal eletrônica.

Nesse sentido elabora relação das notas fiscais de entrada e de demais documentos comprobatórios da não concretização das operações presumidas pela Autoridade Fiscal nos períodos de 2019 a 2022 (Doc. 06 - acervo probatório – devolução das mercadorias):

Diz que as mercadorias que retornaram perfazem o montante de aproximadamente R\$ 11.873.093,97 (onze milhões oitocentos e setenta e três mil e nove e três reais) e que foram indevidamente levadas à tributação pela Autoridade Fiscal.

Afirma que as anexas planilhas demonstrativas evidenciam que centenas de notas fiscais autuadas foram, de fato, objeto de devolução e indevidamente consideradas no presente lançamento tributário.

Considerando-se eventual valor remanescente da autuação, as operações de devoluções em face das notas fiscais autuadas acima exemplificadas são suficientes para julgar extinto integralmente o presente auto de infração (Doc. 06 - acervo probatório – devolução das mercadorias).

Subsidiariamente, caso esse Órgão Julgador entenda pela necessidade de converter o julgamento em diligência fiscal para que o Autuante preste esclarecimentos sobre os fatos narrados e admitidos no trabalho fiscal, na ocasião, requer-se seja, após manifestação fiscal, outorgado prazo em tempo hábil (60 dias) ao Impugnante para apresentação de suas eventuais razões complementares de defesa.

Diz que o pedido se mostra razoável e justificável para assegurar ao Impugnante o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório em face de eventual manifestação do Autuante em relação ao lançamento fiscal.

Pelo exposto, requer seja decretada a total improcedência da exigência fiscal, cancelando-se o presente Auto de Infração, tendo em vista:

- a) Nulidade insanável do auto de infração diante do cerceamento do exercício da ampla defesa e da precariedade da motivação (art. 5º, LV, da CF; art. 142 do CTN; art. 39 e incisos do Decreto 7.629/99; Súmula nº 1 do CONSEF), pois a ação fiscal foi edificada sobre infração fiscal resumida em única frase e a partir de fundamentação legal genérica, sem subsunção dos fatos à capitulação legal correspondente;
- b) No mérito, seja decretada a improcedência da acusação fiscal, cancelando-se integralmente o Auto de Infração ora impugnado em razão do:
 - b.1) Reconhecimento pelo Autuante dos pagamentos do imposto no montante de R\$ 11.793.481,60 para os períodos de 2020 a 2022 (doc. 04 - vide planilha “prejuízo ao erário”

anexado ao lançamento fiscal), fatos e valores que devem serem considerados, tal como incontroversamente pairam nos autos, inclusive para evitar o enriquecimento ilícito;

b.2) Sejam considerados no lançamento fiscal os valores recolhidos do ICMS a título de antecipação parcial (período 2019) especificamente em relação às mercadorias fiscalizadas (doc. 05), ignorado no trabalho fiscal e em sua planilha analítica.

b.3) Sejam, da mesma forma, excluídas do lançamento fiscal as operações presumidas de saída pela Autoridade Autuante que não se concretizaram. As mercadorias fiscalizadas foram objeto de comprovadas devoluções ao Impugnante (Doc. 06).

- c) Subsidiariamente, na hipótese de conversão do julgamento em diligência fiscal, requer seja, após manifestação fiscal, outorgado prazo em tempo hábil (60 dias) para apresentação de suas eventuais razões complementares de defesa.

Por fim, manifesta desde já seu interesse na realização de sustentação oral na ocasião do julgamento da presente Impugnação administrativa.

Também requer que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas, exclusivamente, na pessoa de seu advogado Fabio Augusto Chilo (OAB/SP nº 221.616), sob pena de nulidade.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 140 a 142 dos autos. Diz que o Contribuinte, planejando recolher menos imposto em suas operações comerciais, adotou fazer a antecipação tributária pelas entradas das mercadorias e, por consequência não tributar as saídas da mercadoria "pizza" com NCM 19059090 bem como, não efetuar a retenção do ICMS contribuinte substituto.

Demonstrando uma desordem no tratamento tributário o Defendente seguiu o RICMS tributando as saídas da mercadoria "pizza" com NCM 1902.1900 mas, inexplicavelmente, não tributa as saídas dessa mercadoria com NCM 1905.9090.

Dessa forma, flagrantemente infringiu ao RICMS ao não tributar as saídas da mercadoria "pizza" com NCM 19059090.

Ressalta que toda legislação relativa à essa infração está bastante detalhada nas páginas 4 a 7 desse PAF e, em reforço coloca anexo às páginas 4 e 5, fls. 152/153.

Diz que esse tratamento tributário diverso ao que reza o RICMS importou um grande prejuízo ao erário no valor de R\$ 3.256.713,42.

Com relação às devoluções da mercadoria, informa que concorda com a defesa e procedeu à revisão dos débitos que passaram a ter novos valores conforme fls. 140/141 do PAF.

Diz que o Defendente, equivocadamente, levantou como devoluções as notas fiscais de saídas que foram motivo de devolução, quando o correto seria levantar as notas fiscais de entradas de devolução com CFOPs 1202 e 1411.

Informa o débito total que era de R\$ 14.211.075,87 teve uma redução no valor de R\$ 551.798,79, tendo o débito passado para R\$ 13.659.277,08, conforme detalhado abaixo.

Exercício de 2019 = R\$ 2.634.002,78 passou para R\$ 2.548.377,91

Exercício de 2020 = R\$ 3.467.545,15 passou para R\$ 3.382.805,40

Exercício de 2021 = R\$ 3.726.251,97 passou para R\$ 3.628.784,59

Exercício de 2022 = R\$ 4.383.275,97 passou para R\$ 4.099.309,18.

TOTAIS: R\$ 14.211.075,87 R\$ 13.659.277,08

Anexa planilhas com todo detalhamento do levantamento por notas fiscais das devoluções ocorridas da mercadoria "pizza" com NCM 1905.9090. DVD fls. 143 a 150.

De modo facilitar o acesso do contribuinte às planilhas de débitos revisadas em virtude da inclusão das devoluções de mercadorias, diz que enviou todas pelo DT-e, conforme anexo à fl. 151 do PAF.

Em reforço ao argumento apresentado, coloca em anexo a diversas notas fiscais emitidas por um contribuinte do mesmo segmento do Autuado, onde poderá ser atestado que a mercadoria pizza com NCM 1905.9090 foi tributada com imposto normal e com a retenção do ICMS contribuinte substituto, ou seja, esse contribuinte seguiu fielmente ao que manda RICMS-BA, diferentemente do Autuado, fls. 154 a 159.

Destaca que para as saídas das pizzas com NCM 1902.1900 o Autuado procedeu corretamente a tributação das saídas, bem como, fez a retenção do ICMS contribuinte substituto.

Diz que a defesa, com a intenção de criar mais argumentos, apela para a indicação da antecipação parcial, quando se sabe que esse tributo não tem relação alguma com a substituição tributária.

Registra que as mercadorias que estão na substituição tributária não fazem parte da antecipação parcial e, caso tenha havido algum recolhimento indevido, logicamente ele foi abatido na apuração mensal do ICMS, como manda a legislação desse tributo.

Diz que o Contribuinte deve entender que não pode trocar de método de recolhimento do imposto que venha infringir ao RICMS, e que provoque prejuízo ao erário no valor de R\$ 3.256.713,42.

Também afirma que o Defendente deve rever seus procedimentos de tributação de forma evitar no futuro criação de um outro passivo fiscal.

Conclui pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Às fls. 168 a 172 o Defendente apresenta manifestação à Informação Fiscal, ressaltando que o Autuante reconhece que houve o pagamento do imposto ao Estado da Bahia, porém, desconsidera tais montantes.

Afirma que demonstrou os seguintes pontos em sua Impugnação:

- (i) Preliminarmente, a exigência fiscal padece de nulidade insanável, tendo em vista que não demonstrou especificamente qual a infringência praticada pelo Contribuinte, isso porque o Autuante efetuou o lançamento de ofício baseado em fundamentos legais genéricos, sem subsumir os fatos à capitulação legal correspondente.
- (ii) No mérito, afirma que o crédito tributário deve ser extinto na medida em que o próprio Autuante reconheceu que o Impugnante recolheu o tributo exigido aos cofres públicos de forma antecipada e no montante de R\$ 11.793.481,60, isto é, no momento da entrada das mercadorias no estabelecimento Impugnante (período 2020 a 2022).
- (iii) Desconsiderou-se sem qualquer justificativa os valores recolhidos do ICMS a título de antecipação parcial (período 2019), especificamente em relação às mercadorias fiscalizadas e que não foi considerado no trabalho fiscal.
- (iv) Desconsiderou-se também, sem qualquer justificativa, o fato de centenas de notas fiscais abrangidas no lançamento se referirem a mercadorias que foram devolvidas. Ao contrário da acusação fiscal, tais notas fiscais foram objeto de retorno, adentrando no estabelecimento do Impugnante com a respectiva nota fiscal de entrada conforme robusto acervo comprobatório.

Menciona que a Autoridade Fiscal sustenta que o Impugnante teria infringido o RICMS ao não tributar as saídas da mercadoria “pizza” com NCM1905.9090, o que teria importado grande prejuízo ao erário no montante de R\$ 3.256.713,42.

Também cita que o Autuante reconheceu a necessidade de revisão do débito em razão das devoluções, deduzindo o débito do montante principal de R\$ 14.211.075,87 para R\$ 13.659.277,08, importando redução de R\$ 551.798,79.

Destaca que a Autoridade Fiscal faz juízos críticos que não lhe competem e não representam a realidade dos fatos, tais como "*contribuinte planejando recolher menos imposto (...)*"; "*demonstrando uma desordem no tratamento tributário (...)*".

Também destaca que o Autuante não se manifestou com relação à (i) nulidade insanável do auto de infração; (ii) reconhecimento pela própria autoridade autuante acerca do recolhimento do imposto no montante de R\$ 11.793.481,60, de modo a inexistir prejuízo ao erário; (iii) valores recolhidos do ICMS a título de antecipação parcial (período 2019), especificamente em relação às mercadorias fiscalizadas e que não foi considerado no trabalho fiscal.

Sob esse aspecto, afirma que demonstrou que é de extrema dificuldade entender qual é a real motivação da autuação, simplesmente porque não se pode identificar da peça inquisitiva qualquer informação clara e analítica que demonstre quais são as supostas inconsistências vislumbradas pela fiscalização para se exigir o valor pretendido.

Pelas razões acima aduzidas, alega que há a necessidade de ser decretada a nulidade da presente autuação, uma vez que carece da descrição dos elementos fáticos e quantitativos, sob pena de afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Alega, ainda, que conforme já trazido em relatório de autuação fiscal e corroborado em sede de Informação fiscal, é certo que os valores em exigência foram devidamente quitados conforme reconhecido pela própria autoridade Autuante na planilha "prejuízo ao erário" anexada ao lançamento fiscal.

Diz que a planilha do Autuante é autoexplicativa. No período de 2020 a 2022, o Impugnante recolheu o montante de R\$ 11.793.481,60 (onze milhões, setecentos e noventa e três mil e quatrocentos e oitenta e um reais e sessenta centavos) a título de imposto pago na antecipação tributária das entradas das mercadorias autuadas.

Registra que o Autuante demonstra na planilha que o montante total de ICMS e ICMS-ST recolhidos na entrada é vultuoso. Porém, a despeito de todo esse recolhimento, a Autoridade Fiscal não fez o encontro de contas dos valores já pagos na entrada, o que acarretou a exorbitante cobrança no montante de R\$ 11 milhões.

Entende que a autuação possui o nítido interesse arrecadatório uma vez que a exigência do ICMS sobre o valor integral, sem considerar os pagamentos já realizados e o estorno do crédito na entrada — quando tais são incontroversos — acaba por aplicar penalidade de 60% sobre imposto que reconhecidamente já foi pago.

Afirma que já havia efetuado o recolhimento do ICMS antes mesmo da sua suposta exigência, ou seja, adiantou o recolhimento aos cofres públicos. Indaga se está sendo penalizado por ter pago antecipadamente o tributo.

Diz que significa dizer que o montante que seria devido a título de ICMS apenas na saída da mercadoria, com o recolhimento antecipado feito, ingressou nos cofres públicos adiantadamente, tendo possivelmente feito frente ao pagamento das despesas decorrentes das atividades do poder executivo.

Acrescenta que no período de 2019 procedeu com o pagamento do imposto exigido por meio da sistemática da antecipação, porém parcial. Entretanto, referidos recolhimentos foram desconsiderados pelo Autuante, conforme se verifica de sua planilha analítica acostada à Impugnação.

Ressalta que não subsiste a alegação fiscal de que caso tenha havido algum recolhimento indevido, logicamente ele foi abatido na apuração, porque não há prova alguma que demonstre tal abatimento. Há evidente necessidade de se considerar os valores que foram pagos a título de antecipação.

Além disso, requer seja acatada a manifestação fiscal no tocante à redução do débito pelas devoluções.

Reitera todos os fundamentos apresentados em sede de Impugnação, requerendo seja também reduzido o valor do débito na forma apontada na Informação fiscal, bem como seja julgado improcedente o lançamento fiscal.

Por fim, requer que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas, exclusivamente, na pessoa de seu advogado Fabio Augusto Chilo (OAB/SP nº 221.616), sob pena de nulidade, inclusive para sustentação oral.

O Autuante presta segunda Informação Fiscal à fl. 185, aduzindo que se manifesta pela manutenção das informações fiscais prestadas anteriormente neste PAF.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Paulo Ricardo Morais Silveira Júnior – OAB/SP – 451.784.

VOTO

O Defendente alegou que a ação fiscal padece de nulidade insanável, tendo em vista que não demonstrou especificamente qual a infringência praticada pelo contribuinte. Isso porque a Autoridade fiscal efetuou o lançamento de ofício baseado em fundamentos legais genéricos, sem subsumir os fatos à capitulação legal correspondente.

Afirmou que é de extrema dificuldade entender qual é a real motivação da autuação, simplesmente porque não se pode identificar da peça inquisitiva qualquer informação clara e analítica que demonstre quais são as supostas inconsistências vislumbradas pela fiscalização para se exigir o valor pretendido.

Concluiu que há necessidade de ser decretada a nulidade da presente autuação, uma vez que carece da descrição dos elementos fáticos e quantitativos, sob pena de afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Observe que o Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, pode ser efetuada verificação de livros, documentos, papéis e mercadorias.

Esses roteiros de fiscalização estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria de fiscal ser realizada através de contagem física ou análise fisco-documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

O ponto tratado pelo Defendente se refere à questão da formação do Auto de Infração e de todos os documentos que o acompanham, bem como a necessidade de que o PAF deve conter todos os elementos (demonstrativo e provas) que serviram de base para a ação fiscal.

No Auto de Infração contém um campo destinado à imputação, à infração, destinado à descrição do cometimento, o enunciado principal, determinando fulcro da autuação. Ainda contém um campo denominado “descrição dos fatos”, que se destina à especificação das circunstâncias que envolvem os fatos apurados, ou seja, neste campo são informados os dados acessórios ou prestadas as informações complementares que não deve apresentar divergência com aquele que constitui o enunciado principal constante no campo “infração”.

No caso em exame, foi indicado no campo referente à descrição da infração a informação: “*vide texto complementar*”. O mencionado texto encontra-se às fls. 04 a 07 do PAF, especificando os fatos apurados, a legislação pertinente e a conclusão de que, para a necessária comprovação, foram anexadas notas fiscais de saídas da mercadoria “pizza” onde poderão atestar a falta de tributação nas saídas dessa mercadoria.

A autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelo autuante, indicando os dados relativos ao número de cada nota fiscal objeto da autuação; 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.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que não concorda, se referindo ao levantamento fiscal.

Vale ressaltar que se houvesse erro na indicação de dispositivos da legislação tributária, o que no presente processo não foi constatado, não implicaria nulidade da autuação fiscal, conforme dispõe o art. 19 do RPAF-BA/99, considerando que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade em caso de erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O Defendente apresentou o entendimento de que, caso esse Órgão Julgador entenda pela necessidade de converter o julgamento em diligência fiscal para o Autuante prestar esclarecimentos sobre os fatos narrados e admitidos no trabalho fiscal e após manifestação fiscal, seja outorgado prazo em tempo hábil (60 dias) para apresentação de eventuais razões complementares de defesa.

Sobre esse pedido, observo que conforme previsto no art. 127 do RPAF-BA, “*o autuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal*”. No caso em exame, foi prestada Informação Fiscal, conforme fls. 140 a 142 dos autos, tendo sido analisadas as alegações defensivas. O Defendente foi intimado e apresentou manifestação acerca da referida Informação Fiscal.

Dessa forma, considero superado o pedido de diligência, com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2019 a dezembro de 2022.

De acordo com os esclarecimentos prestados pelo Autuante, o Autuado realizou operações de saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis (PIZZA NCM 1905.9090), nos exercícios de 2019 a 2022, conforme levantamento fiscal às fls. 13 a 20 do PAF.

Também foi informado que o Autuado não reteve o ICMS na condição de contribuinte substituto nas operações internas da mercadoria PIZZA, conforme prevê o art. 8º, § 8º da Lei 7.014/96.

Foi destacado o entendimento do Autuado de que em relação à mercadoria PIZZA com NCM 1905.9090 a substituição tributária tem que ser realizada através da antecipação tributária nas entradas da mercadoria, conseqüentemente, deixou de tributar nas saídas.

Assim, ao invés de recolher o imposto normal e da substituição tributária nas operações internas de saídas, preferiu fazer a substituição tributária pelas entradas, estornando o crédito do ICMS

referente às entradas, tratamento diverso das saídas que realizou com PIZZA NCM 1902.1900, que foi tributada nas saídas com o ICMS normal e efetuada a retenção nas operações internas.

O Autuado afirmou que o crédito tributário deve ser extinto na medida em que a própria Autoridade Fiscal reconheceu que foi recolhido o tributo exigido aos cofres públicos de forma antecipada, no montante de R\$ 11.793.481,60, isto é, no momento da entrada das mercadorias no seu estabelecimento (períodos 2020 a 2022).

Disse que a planilha do Autuante é autoexplicativa. No período de 2020 a 2022, foi recolhido o montante de R\$ 11.793.481,60 (onze milhões, setecentos e noventa e três mil e quatrocentos e oitenta e um reais e sessenta centavos) a título de imposto pago na antecipação tributária das entradas das mercadorias autuadas.

Alegou que no período de 2019 procedeu com o pagamento do imposto exigido por meio da sistemática da antecipação, porém parcial. Entretanto, referidos recolhimentos foram desconsiderados pelo Autuante, conforme se verifica de sua planilha analítica (doc. 04). Os valores recolhidos a título de antecipação parcial podem ser conferidos individualmente (por mercadoria) na anexa planilha demonstrativa (Doc. 05 – Recolhimentos efetuados a título de Antecipação Parcial).

Assim como para os recolhimentos efetuados reconhecidos pelo Autuante (período de 2020 a 2022), os recolhimentos efetuados a título de antecipação (ainda que parcial) do ICMS em face das mercadorias autuadas (“Pizzas”) no período de 2019 também devem ser considerados para dedução do débito fiscal lançado.

Esses foram os motivos da autuação e os argumentos da defesa atinente aos fatos apurados na ação fiscal, sintetizados para melhor entendimento das questões tratadas neste PAF.

De acordo com os dados cadastrais registrados nesta SEFAZ, o Autuado tem como atividade principal o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral e como uma das atividades secundárias a fabricação de alimentos e pratos prontos, estando na condição de contribuinte substituto tributário, obrigado a efetuar a tributação do ICMS próprio e a retenção do ICMS-ST nas operações de saídas internas subsequentes, o que não o fez, ensejando a lavratura do presente Auto de Infração para exigência do ICMS de responsabilidade própria correspondente às operações de vendas.

Quanto ao débito pela falta de retenção do ICMS ST, o Autuante informou que foi lançado mediante a lavratura do Auto de Infração nº 279459.0021/21-8.

Nos Resumos de débitos pelas saídas de pizzas sem tributação (fls. 13, 15, 17 e 21 do PAF) correspondentes aos exercícios de 2019 a 2022 foram apurados os valores a recolher, relativamente à Pizza NCM 1905.9090, totalizando R\$ 14.211.075,86. No levantamento fiscal “DEMONSTRATIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO PELA ADOÇÃO DE TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIVERSO DO PREVISTO NO RICMS” foram apurados os valores relativos aos “PAGAMENTOS ST NAS ENTRADAS” e “VALOR DO ESTORNO CRÉDITO EFD”.

Sobre o referido levantamento, o Defendente afirmou que a planilha do Autuante é autoexplicativa, apurou que no período de 2020 a 2022, demonstra que houve o recolhimento no montante de R\$ 11.793.481,60 (onze milhões, setecentos e noventa e três mil e quatrocentos e oitenta e um reais e sessenta centavos) a título de imposto pago na antecipação tributária das entradas das mercadorias autuadas. Porém, a despeito de todo esse recolhimento, a Autoridade Fiscal não fez o encontro de contas dos valores já pagos na entrada, o que acarretou a exorbitante cobrança.

Entendo que não é correto dispensar a apuração do imposto devido pelos métodos estabelecidos na legislação ou o seu recolhimento em qualquer época, de acordo com a decisão unilateral do contribuinte, tendo em vista que a legislação especifica a forma correta, e o contribuinte não

pode adotar método próprio ou convenções particulares no cumprimento de obrigações tributárias.

Vale salientar que o tributo é indisponível e a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. A autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério. É obrigada a exercitá-la sempre que no mundo fenomênico se configurar a situação na qual o lançamento é cabível, independentemente do contribuinte. Dessa forma, não se pode entender que houve a lavratura do Auto de Infração de forma ilegal e o lançamento do imposto não recolhido corretamente pelo Contribuinte implica aplicação de multa e acréscimos legais/moratórios incidentes e devidos em cada período de apuração.

Por outro lado, nesta fase processual não há possibilidade de a Junta de Julgamento Fiscal promover à compensação de imposto recolhido ou créditos acumulados. Portanto, em razão das peculiaridades do caso em exame, se foram recolhidos valores em cada mês de apuração do tributo, mesmo de forma incorreta, é possível que se realize a referida compensação quando da quitação do débito.

Como já mencionado anteriormente, foram apurados valores não debitados nas épocas próprias, foi exigido o imposto apurado com a lavratura do Auto de Infração, e em relação aos recolhimentos alegados pelo defendente, indicados em sua impugnação, tais valores podem ser objeto de compensação quando da quitação do débito, mediante requerimento próprio à Repartição Fazendária, que deve examinar as comprovações.

Em relação ao alegado recolhimento do ICMS a título de Antecipação Parcial (exercício de 2019), esse crédito fiscal poderia ser utilizado após o recolhimento do imposto, mediante lançamento em conta corrente fiscal. Se não foi lançado na época própria, o Defendente pode requerer a sua utilização extemporânea ou a compensação quando da quitação do débito apurado no presente lançamento.

O Defendente alegou, ainda, que sem qualquer justificativa, se desconsiderou o fato de centenas de notas fiscais abrangidas no lançamento se referirem a mercadorias que foram recebidas em devolução. Ao contrário da acusação fiscal, tais notas fiscais foram objeto de retorno, adentrando no estabelecimento do Impugnante com a respectiva nota fiscal de entrada. Disse que as mercadorias não foram entregues aos clientes, na maioria dos casos, tratam-se de mercadorias que retornaram mediante operação de devolução.

Com relação às devoluções de mercadorias, o Autuante informou que concorda com a defesa e procedeu à revisão dos débitos que passaram a ter novos valores conforme fls. 140/141 do PAF.

Disse que o Defendente, equivocadamente, levantou como devoluções as notas fiscais de saídas que foram motivo de devolução, quando o correto seria levantar as notas fiscais de entradas de devolução com CFOPs 1202 e 1411.

Informou o débito total que era de R\$ 14.211.075,87 teve uma redução no valor de R\$ 551.798,79, tendo o débito passado para R\$ 13.659.277,07, conforme detalhado à fl. 41 do PAF.

Na manifestação apresentada após a Informação Fiscal, embora o Impugnante não tenha acatado expressamente os novos demonstrativos elaborados pelo Autuante, não apresentou qualquer argumento novo, e não cabe a este órgão julgador promover a busca de outros elementos, por se tratar de documentos que estão na posse do Contribuinte.

Sempre que o autuado aponta fatos e dados divergentes daqueles apurados no levantamento fiscal originalmente efetuado, deve ser analisada a documentação do Contribuinte, sendo de responsabilidade do Autuante a análise dos argumentos apresentados e elaboração de demonstrativos apurando a existência ou não de débito remanescente. No caso em exame, após a informação fiscal, não foram aduzidos pelo Autuado, fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos e documentos.

Por tudo o quanto aduzido neste voto, afigura-se demonstrado o cometimento da infração imputada ao contribuinte e a insuficiência de elementos probatórios acostados aos autos pela Defesa. Nos moldes como foi apurada a infração, concluo que ficou caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem as matérias tratadas na autuação fiscal.

Acato os novos demonstrativos elaborados pelo Autuante e concluo pela subsistência parcial do presente Auto de Infração, conforme fls. 143, 145, 147 e 149 e resumo à fl. 141 do PAF.

O Defendente requer que as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas, exclusivamente, na pessoa de seu advogado Fabio Augusto Chilo (OAB/SP nº 221.616), sob pena de nulidade.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ-BA para receber correspondências.

Face 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 279459.0047/23-3, lavrado contra **SEARA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 13.659.277,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 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, 05 de novembro de 2024

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA