

A. I. Nº - 140780.0016/20-1
AUTUADO - MAISABOR COMERCIO E INDUSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MAGNO DA SILVA CRUZ
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ RECONCAVO

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0099-01/25-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) NOTA FISCAL DE AQUISIÇÃO SEM O CORRESPONDENTE MDF-e. Restou comprovado em simples consulta ao sistema Portal da NF-e que, entre as notas fiscais arroladas na autuação, apenas duas efetivamente não tinham o registro do MDF-e, portanto, sendo indevido o creditamento realizado pelo autuado. Infração parcialmente procedente. **b)** FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO REFERIDO CRÉDITO FISCAL. Acolhida a alegação defensiva de ocorrência do direito de a Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributária referente à parte do período autuado. Quanto à parte não alcançada pela decadência, a acusação fiscal que o autuado utilizou crédito fiscal destacado em NF-e de produtos com diferimento, sem a comprovação do DAE correspondente não se sustenta, haja vista que a exigência do referido documento de arrecadação nas operações com produtos com diferimento já não mais existia no período objeto da autuação. Infração insubsistente. **2. OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Não acolhida a arguição de ocorrência da decadência no período apontado pelo autuado. Alegação defensiva referente à Nota Fiscal 0422 restou comprovada, haja vista que tem como natureza da operação “Remessa para Industrialização por Terceiros”, inexistindo destaque do ICMS. Quanto às demais Notas Fiscais arroladas na autuação cabível a exigência fiscal por se tratar de venda. Decretada de ofício a redução da multa de 100% para 60%. Infração parcialmente procedente. **3. REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. a)** FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RETORNO DAS MERCADORIAS REMETIDAS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado coligiu aos autos as Notas Fiscais de Retorno que comprovam descaber a exigência fiscal. Infração improcedente. **b)** NULIDADE. O registro constante na complementação da infração de se tratar de falta de comprovação do retorno de mercadorias remetidas para vendas fora do estabelecimento, inquina de nulidade o lançamento. Existem diferenças relevantes quanto ao tratamento aplicável para cada situação, ou seja, no caso de remessa para industrialização há suspensão da incidência do imposto, sendo a nota fiscal de remessa emitida sem destaque do imposto, ao passo que a nota fiscal de venda fora do estabelecimento é emitida com

destaque, além de outros procedimentos de ajustes de estoques. Infração nula. **4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS OU SERVIÇOS SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO; b) MERCADORIAS OU SERVIÇOS TOMADOS.** Multa de 1%, calculada sobre o valor comercial das mercadorias e/ou serviços que tenham entrado ou tomado pelo estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/06/2020, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 295.747,81 em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 - 01.02.28 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, nos meses de março a junho, agosto a outubro e dezembro de 2018, fevereiro e março de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 70.857,10, acrescido da multa de 60%.

Consta que se trata de utilização indevida de créditos fiscais referentes as NFe de entradas interestaduais, sem o MDF-e correspondente. Conforme demonstrativos anexos 01 a 04.

Infração 02 - 01.02.42 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de fevereiro, março, maio, julho, setembro, outubro e dezembro de 2015, agosto e outubro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 88.803,48, acrescido da multa de 60%.

Consta como complementação que o autuado utilizou crédito fiscal destacado em NF-e de produtos com diferimento, sem a comprovação do DAE correspondente, conforme Demonstrativos anexos 05 e 06.

Infração 03 - 02.01.02 - Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, nos meses de fevereiro, setembro e outubro de 2015, janeiro, junho, outubro e novembro de 2016, agosto e dezembro de 2017, fevereiro e maio de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.050,35, acrescido da multa de 100%.

Consta adicionalmente se tratar de notas fiscais de saída não escrituradas, conforme demonstrativos anexos 07 a 14

Infração 04 - 02.01.26 - Deixou de recolher o ICMS de mercadorias enviadas para industrialização - conserto ou operações similares - sem o devido retomo ao estabelecimento de origem, nos meses de julho a setembro, novembro e dezembro de 2015, janeiro a agosto e outubro de 2016, abril de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 101.982,60, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente se tratar de falta de comprovação do retomo de mercadorias remetidas para industrialização em outro estabelecimento, conforme Demonstrativos 15 a 17.

Infração 05 - 02.01.26 - Deixou de recolher o ICMS de mercadorias enviadas para industrialização - conserto ou operações similares - sem o devido retomo ao estabelecimento de origem, nos meses de fevereiro, abril e julho de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.125,21, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente se tratar de falta de comprovação do retorno de mercadorias remetidas para vendas fora do estabelecimento, conforme demonstrativos anexos 18 a 21.

Infração 06 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, julho a dezembro de 2015, janeiro a novembro de 2016, janeiro, maio, agosto e outubro de 2017, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 10.969,83. Conforme demonstrativos anexos 22 a 27.

Infração 07 - 16.01. 06 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, março, abril, julho, setembro a novembro de 2018, janeiro, fevereiro, abril, julho a dezembro de 2019, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 8.959,24. Conforme demonstrativos anexos 28 a 31.

O autuado apresentou Defesa (fls. 68 a 76 – frente e verso). Demonstra a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre as infrações. Argui a ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário até o mês de junho de 2015, invocando, neste sentido, o artigo 150, § 4º, do CTN. Alega que tomou ciência em 07/07/2020, ocorrendo a decadência em todas as infrações.

No mérito propriamente dito, reporta-se sobre a infração 01, afirmando que não pode prosperar a pretensão do autuante, pois totalmente infundada, considerando o que determina os dispositivos legais que norteiam a existência e utilização do MDF-e, conforme extensa análise que apresenta, invocando e reproduzindo, neste sentido, o artigo 31 da Lei nº. 7.014/96, os artigos 309 e 310 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12 e o Ajuste SINIEF 21/2010.

Conclusivamente, pede a improcedência da infração 01.

Quanto à infração 02, alega que o direito de uso do crédito está previsto na Legislação Tributária da Bahia, no art. 31 e Parágrafo Único da Lei nº 7.014/96.

Alega também que os documentos fiscais que acobertaram o uso dos créditos glosados, atendem a todas as exigências legais e satisfazem às formalidades exigidas no artigo 31 da Lei nº 7.014/96, fato não contestado pelo autuante.

Diz que as aquisições efetuadas a produtores rurais, por acordo entre as partes, foram efetuadas incluindo o valor do tributo devido pela venda no montante pago pela aquisição dos produtos, ficando os mesmos responsáveis pelo seu recolhimento, assim como de relação às aquisições efetuadas a empresas produtoras e/ou comercializadoras, conforme relação.

Sustenta ter direito líquido e certo aos créditos questionados, e pede que a infração seja julgada improcedente.

No que tange à infração 03, consigna que a utilização de sistemas informatizados muitas vezes por oscilações da corrente elétrica leva a que arquivos sejam corrompidos, sendo que foi o que ocorreu no presente caso, em todas as notas fiscais arroladas pelo autuante na autuação.

Destaca que a Nota Fiscal n. 0422 de 21.10.2015 emitida em favor da empresa SANCAR COMERCIO E INDUSTRIA DE ALIMENTOS LTDA, em 21.10.2015, tendo como operação “*Remessa para Industrialização por Terceiros*” no valor de R\$ 28.080,00, operação esta cancelada através Nota Fiscal n. 430 de 28.10.2015, operações estas confirmadas pela SANCAR COMERCIO E INDUSTRIA DE ALIMENTOS LTDA, conforme Notas Fiscais de sua emissão de números 3.549 e 3.550, de 27.10.2015 e 28.10.2015, respectivamente, comprovando operação não efetivada e portanto sem repercussão na apuração do tributo que seria devido.

Alega, ainda, que no exercício de 2017 as notas fiscais arroladas na autuação dizem respeito a operações de Remessa e Retorno de produtos para venda fora do estabelecimento, ou seja, venda por meio de veículo, em que a mercadoria é disponibilizada através de uma nota fiscal denominada de Romaneio, como é o caso da Nota Fiscal n. 1696, que teve sua operação anulada, em face a problemas operacionais. Diz que da mesma forma ocorreu com a Nota Fiscal n. 1975.

Afirma que as notas fiscais apresentadas dizem respeito a sistema de vendas em veículos e têm a

emissão da empresa para ela mesma, portanto, não se configurando em operações de vendas, razão pela qual deve ser revisto pelo autuante ou Auditor Fiscal estranho ao feito mediante diligência, o que requer.

Conclusivamente, requer a improcedência da infração 03.

Quanto à infração 04, alega que sendo seu maquinário de pequeno porte e obsoleto, industrializava seus produtos em estabelecimento de terceiros, daí efetuar as operações de remessa para industrialização por encomenda emitindo as notas fiscais de remessa regularmente exigidas utilizando o CFOP 5.901.

Explica que no retomo dos produtos já industrializados, o estabelecimento industrializador, emite a nota fiscal competente de retorno de mercadoria remetida para industrialização por encomenda utilizando o CFOP 1.902.

Afirma que todas as operações apontadas pelo autuante como não havendo retorno, o que inquinaria a se considerar uma venda, são comprovadamente “*Remessa para Industrialização por Terceiros*”, no caso pela empresa SANCAR COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA, ocorrendo o retorno do produto já industrializado, inclusive com a especificação da perda de 20%, o que ocorre quando o café cru é torrado.

No respeitante à infração 05, alega que erroneamente o autuante buscou imputar à empresa a falta de recolhimento do ICMS sobre o envio de mercadorias para industrialização por terceiros, sem o devido retomo no exercício de 2019.

Alega, ainda, que no seu trabalho o autuante não observou que as notas fiscais que este afirma serem relativas à Remessa para Industrialização por Terceiro, na realidade, trata-se de Remessa p/Venda fora do Estabelecimento, CFOP - 5.904, sendo as notas fiscais aludidas as que discrimina no quadro que apresenta.

Conclusivamente, afirma que resta evidente o equívoco perpetrado pelo autuante e consoante as provas que acosta aos autos torna evidentemente elidida a infração, pelo que pugna pela sua improcedência.

Relativamente à infração 06, consigna que busca o autuante imputar à empresa irregularidade de escrituração de notas fiscais sobre entradas de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Alega que as notas fiscais a que alude o autuante foram objeto de análise ao tratar da infração 04, e dizem respeito a Retomo de Mercadorias Enviadas para Venda fora do estabelecimento quando foram devidamente comprovadas as suas origens e motivação, mencionando como exemplo a Nota Fiscal nº 3637 emitida por Sancar Comercio e Ind. de Alimentos Ltda, que diz ser de compra de equipamento usado e não se trata mercadoria ou bem sujeito a tributação.

No que concerne à infração 07, consigna que foi surpreendido por informação do seu contador, que existiam notas fiscais emitidas contra a empresa e que não tinham lhe chegado para a devida escrituração, tendo sido efetuada pesquisa para identificar a que notas fiscais se referiam.

Diz que foram identificadas notas fiscais emitidas pelas empresas J&J Comércio de Cereais Ltda; D Cafeira Ltda e Xavier Comércio de Café Ltda., tendo constatado fraude perpetradas pelas referidas empresas, e assim, no dia 14/05/2019 tomou as devidas providencias buscando resguardar-se, em cumprimento ao que determina o RICMS, no artigo 89.

Pontua que muito embora a determinação no RICMS é que seja efetuada a queixa na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em virtude de somente na capital do Estado ter tal órgão, cumpriu a determinação através a Delegacia de Polícia Territorial de Elísio Medrado, conforme Boletim de Ocorrência nº 19-00065.

Acrescenta que ao lado da providência acima referida apresentou Denúncia contra os falsificadores, junto à SEFAZ/BA, conforme Processo SIPRO nº 219272/2019-3, assim como junto às Secretarias de Fazenda dos Estados de origem das notas fiscais em apreço, Minas Gerais, Acre e

Rondônia, além de representação junto à Receita Federal do Brasil.

Aduz que além das queixas apresentadas e registradas nos Boletins de Ocorrências, para que fossem instaurados os inquéritos policiais pertinentes, através sua sócia administradora, senhora Saionara Santana Ramos, prestou declaração circunstanciada, conforme cópia anexa ao processo.

Afirma que conforme acima declara, ficam demonstrados os atos ilícitos praticados pelos emitentes dos documentos fiscais, que, certamente, teriam como objetivo sonegar tributos em seus estados de origem e imputar ao “pretensso cliente” obrigações tributárias que não são por ele devidas, além do ônus de o mesmo se defender em processo administrativo.

Conclusivamente, requer a improcedência deste item da autuação.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 77 a 83 - frente e verso). Após discorrer sobre os procedimentos adotados no trabalho fiscal, reporta-se sobre as alegações defensivas.

No tocante à infração 01, contesta a alegação do autuado dizendo que a autuação está configurada pela infração a diversos dispositivos legais e regulamentares, que, em conjunto, isoladamente e/ou interligados esclarecem o sentido da infração.

Diz que é necessária uma leitura sistêmica dos dispositivos infringidos e não isoladamente como fez o autuado.

Pontua que no caso concreto, os dispositivos infringidos se relacionam, a não cumulatividade, a obrigatoriedade de estorno do imposto, ao direito de uso do crédito fiscal, e, principalmente, a constituição, e o direito ao crédito fiscal para fins de apuração do imposto a recolher. Assinala que este último requisito, encontra-se disposto no RICMS/2012 consubstanciado no seu artigo 309, § 9º, cuja redação reproduz.

Assevera que pelo exposto, a infração não se deu pela falta de emissão de MDF-e, como interpreta equivocadamente o autuado, mas, sim, pela inobservância dos dispositivos legais e regulamentares acima referidos, quando é exigida a comprovação efetiva da movimentação de carga pela emissão do MDF-e.

Salienta que se por comprovação efetiva a prova concreta da existência do documento MDF-e, que deveria estar anexado nas respectivas Notas Fiscais, que justificaria a movimentação da carga, da sua origem ao seu destino, o que autorizaria o uso do crédito fiscal destacado nas respectivas notas fiscais.

Frisa que não é difícil a interpretação daquele dispositivo regulamentar, quando determina que o uso do crédito fiscal está condicionado a apresentação do MDF-e, juntamente com as respectivas NF-e.

Manifesta o entendimento que para elidir a ação fiscal, o autuado deveria anexar em sua defesa os MDF-e reclamados no presente Auto de infração.

Conclusivamente, diz que não há que se falar em improcedência da infração, considerando que o Auto de Infração atende às exigências da legislação porquanto descreve e tipifica claramente a infração cometida. Ratifica a procedência deste item da autuação.

Quanto à infração 02, consigna que é correto o entendimento do autuado no tocante à interpretação do artigo 31 da Lei nº 7.014/96, contudo discorda quando ele afirma que os documentos que acobertaram o uso dos créditos atendem a todas as exigências fiscais. Diz o autuante que as operações comerciais em questão se referem a compra de café em grão cru, com diferimento do imposto, efetuadas de produtores rurais com emissão de NF de Entradas (emissão própria) e de atacadistas (emissão de terceiros).

Assinala que nas notas fiscais citadas e relacionadas nos Demonstrativos anexados no Auto de Infração, constata-se, que todas elas, as de emissão própria e de emissão de terceiros, têm o destaque do ICMS, o que é vedado conforme disposto nos artigos 55, § 1º, e 286, V, § 1º, do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, cuja redação reproduz.

Discorda também o autuante da alegação do autuado referente ao acordo firmado entre ele e os seus fornecedores de café cru em grão, onde fica transferida a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS diferido para os produtores rurais, no caso concreto CEZAR ANDRADE DE LIMA SOUTO, situado na Fazenda São Miguel s/n, Zona Rural, Barra do Choça/Bahia e JOSÉ LUIZ DE OLIVEIRA SIMÕES, situado na Fazendas Reunidas SF, Estrada Tapiramutá/Bonito s/n, Zona Rural, Tapiramutá/Bahia, ambos sem informação de CPF/RG/CNPJ ou Inscrição Estadual, portanto, comprovadamente sem capacidade contributiva. Diz que quanto aos atacadistas que no caso concreto são, SANTTO FOOD BRASIL COM. DE EXPORTAÇÃO E IMP., com Inscrição Estadual 019.735.203 e CNPJ 13.528.603/0001-02 e CADORO IND. E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA, Inscrição Estadual 083.432.686 e CNPJ 10.958.127/0001-71, ambos, quando da emissão das notas fiscais de venda, destacaram os respectivos valores do ICMS e informaram no campo próprio suas habilitações de diferimento.

Pontua que o Diferimento, é uma modalidade de Substituição Tributária, em que o comprador, substitui o vendedor na responsabilidade tributária pelo recolhimento do ICMS, ficando esse recolhimento adiado para uma etapa posterior, conforme definido no artigo 7, Iº da Lei nº 7.014/96, cuja redação reproduz.

Observa que a legislação prevê que o produto café cru em grão, na circulação interna deve ser acompanhado, além da Nota Fiscal, do respectivo DAE comprovando o recolhimento da operação, destacado no documento fiscal, conforme disposto no art. 369, III do RICMS/12, cujo teor transcreve.

Afirma que o autuado não pode transferir sua responsabilidade tributária para terceiros sem que a Lei a preveja.

Diz que desse modo, resta caracterizada a infração, quando comprova que o autuado adquiriu de produtores rurais não cadastrados, mediante emissão de NF-e de entradas de café cru em grão, com destaque do ICMS, desacompanhado do DAE exigido para a operação, comprovando o recolhimento do imposto, considerando sua condição de substituto tributário na operação com mercadoria enquadrada no regime de diferimento. Acrescenta que do mesmo modo, o autuado adquiriu de empresas atacadistas de café cru em grão através de NF-e com destaque do ICMS desacompanhado do DAE exigido para a operação, comprovando o recolhimento do imposto, considerando sua condição de substituto tributário na operação com mercadoria enquadrada no regime de diferimento.

Conclusivamente, afirma que descabe se falar em improcedência da infração.

No que tange à infração 03, observa que diz respeito a operações não escrituradas no Livro Registro de Saídas da EFD do autuado, independentemente da natureza da operação, mesmo que o sistema utilizado seja integrado ou não.

Assinala que nos demonstrativos anexos ao Auto de Infração estão relacionadas diversas notas fiscais dos períodos de 2015 a 2018, e pela alegação do autuado as “*oscilações da corrente elétrica*” ocorrem sempre e não foram tomadas providências para solução do problema. Acrescenta que a infração aponta falta de recolhimento do ICMS daquelas operações de saída já citadas, e não adiantaria confrontar as referidas notas fiscais com a escrituração contábil, haja vista que se as notas fiscais não foram escrituradas nos livros fiscais, como poderiam estar lançadas na escrita contábil, considerando que mesmo lançadas na escrita contábil, o ICMS devido não foi recolhido. Indaga que veracidade pode ser atestada com tanta discordância.

Aduz que o autuado insiste em afirmar que cancela uma operação de saída com a emissão de outra nota fiscal de entrada. Apresenta análise do exemplo suscitado pelo autuado na Defesa dizendo que a Nota Fiscal nº 0422 já é objeto de autuação pela falta de sua escrituração, e **que** também a Nota Fiscal n. 430 emitida para cancelamento daquela, também não está escriturada, por isso objeto de autuação, conforme Demonstrativo 06. Ressalta que também não foram localizadas as Notas Fiscais citadas de números 3.549 e 3.550.

Salienta que nessa linha de raciocínio, o autuado considera que todas as operações de saídas, classificadas como remessas e retornos referentes a operações de venda em veículos não se configuram em operações de vendas, e, desse modo, não devem ser tributadas, pedindo a revisão pelo autuante ou preposto fiscal estranho ao feito mediante diligência.

Afirma que não há necessidade de diligência, mas, sim, de exame da EFD do autuado, que anexa, - REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, onde se confirma a falta do registro das referidas notas fiscais na escrita fiscal nos períodos citados.

Manifesta o entendimento que o sistema que emite a nota Fiscal de Saída é independente do sistema de escrituração da EFD, considerando que para a emissão da nota fiscal o autuado seguiu o disposto nos artigos 84 e 87 do RICMS/2012, enquanto, após a emissão da nota fiscal, efetua a escrituração fiscal, baixando os arquivos das notas fiscais recebidas e emitidas, seguindo o disposto nos artigos 247 e 248 do RICMS/2012. Salienta que nesse momento o autuado poderia numa simples conferência detectar notas fiscais que eventualmente não estariam escrituradas nos registros da EFD.

Observa que tomando conhecimento de erros na escrituração fiscal, o autuado deveria ter utilizado a opção de retificar a sua EFD seguindo as orientações do artigo 251 do RICMS/2012.

Manifesta o entendimento que as alegações defensivas não podem prosperar, tendo em vista o exposto, pois elas não têm suporte legal para anular a ação fiscal.

Conclusivamente, afirma que não há que se falar em improcedência da infração 03.

Relativamente à infração 04, consigna que o autuado alega que sendo seu maquinário de pequeno porte e obsoleto, industrializava seus produtos em estabelecimento de terceiros, daí efetuar as operações de remessa para industrialização por encomenda emitindo as notas fiscais de remessa regularmente exigidas utilizando o CFOP 5.901, sendo que no retomo dos produtos já industrializados, o estabelecimento industrializador, emite a nota fiscal competente de retorno de mercadoria remetida para industrialização por encomenda utilizando o CFOP 1.902.

Salienta que o autuado alega que todas as operações apontadas na autuação como não havendo retorno, permitiria se considerar uma venda, porém são comprovadamente “*Remessa para Industrialização por Terceiros*”, no caso pela empresa SANCAR COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA, ocorrendo o retorno do produto já industrializado, inclusive com a especificação da perda de 20%, o que ocorre quando o café cru é torrado.

Pontua o autuante que na ação fiscal constatou que algumas remessas não tiveram seus retornos confirmados, fato que configura infração à legislação conforme dispositivos citados.

Assinala que elaborou Demonstrativos que estão anexados ao Auto de Infração, configurando a relação de remessas e retornos onde ficam evidenciadas as remessas cujos retornos não são comprovados, pois as notas fiscais que os justificariam, não foram escrituradas na EFD no Livro de Entradas de Mercadorias, mesmo que elas tenham sido emitidas pelo estabelecimento industrializador.

Observa que o autuado relaciona as notas fiscais de remessa e as respectivas notas fiscais de retorno, na tentativa de comprovar que todas as operações se completaram, contudo não encontrou nenhum documento que comprovasse as afirmativas do autuado, razão pela qual afirma que conforme Demonstrativos anexados e já analisado pelo autuado, não existe comprovação dos retornos das mercadorias remetidas para industrialização por terceiros. Acrescenta que no sentido de confirmar e ratificar a infração, anexa páginas do REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS da EFD do autuado, compreendendo o período de julho de 2015 a abril de 2017, onde se comprova a falta de lançamento das respectivas notas fiscais relacionadas na defesa.

Ressalta que mesmo que as notas fiscais em questão estejam relacionadas pelo autuado em sua

defesa, não há comprovação que estejam escrituradas, sendo necessário que se comprove que as mercadorias retornaram, não só com a emissão das notas de retomo, mas também com a comprovação que foram devidamente escrituradas.

Assevera que está sobejamente demonstrada a infração mediante sua tipificação e enquadramento legal, e que as notas fiscais objeto desta infração não estão escrituradas na escrita fiscal do autuado, conforme se comprova mediante o exame da sua EFD anexada.

Conclusivamente, afirma que não há que se falar em improcedência da infração 04, que fica ratificada.

Quanto à infração 05, afirma que não há erros nem equívocos como alega o autuado. Consigna que a infração descrita no Auto de Infração, se refere à falta do retorno das mercadorias remetidas para venda fora do estabelecimento, similar portanto, ao envio para industrialização, conserto etc. Explica que o foco da infração é que as mercadorias saíram do estabelecimento, com notas fiscais emitidas sem o destaque do ICMS, e não retornaram ao estabelecimento remetente, independentemente da classificação da sua remessa, configurando assim a omissão do recolhimento do ICMS.

Pontua que nos Demonstrativos anexos ao Auto de Infração, com o título DEMONSTRATIVO: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS DEVIDO NAS OPERAÇÕES DE VENDA FORA DO ESTABELECIMENTO, relacionou as notas fiscais de remessa com seus respectivos retornos, e aquelas cujos retornos não se efetivaram, conforme fls. 27 a 30.

Assinala que as infrações 04 e 05 são idênticas em quase todos os seus aspectos, divergindo apenas no complemento da sua descrição. Explica que na infração 04, a complementação informa que houve a falta de comprovação do retomo de mercadorias remetidas para industrialização em outro estabelecimento, enquanto na infração 05 o complemento é falta de comprovação do retomo de mercadorias remetidas para vendas fora do estabelecimento.

Sustenta que o provável equívoco na descrição da infração, conforme alegado pelo autuado, não invalida o lançamento. Neste sentido, reproduz os artigos 18 e 19 do RPAF/BA/99.

Conclusivamente, afirma que não há que se falar em improcedência da infração 05, a qual ratifica.

No que diz respeito à infração 06, afirma que o autuado não observou que esta infração não trata de cobrança de ICMS, mas, sim, de cobrança de multa pela falta de escrituração fiscal. Observa que a cobrança de multa independe se a operação é de compra de mercadoria nova ou usada, bem ou serviço, independe de utilização ou não de crédito fiscal, haja vista que o foco da autuação é a falta do registro na escrita fiscal, das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos anexos ao Auto de Infração.

Assinala que após a lavratura, o Auto de Infração, é enviado via *e-mail* institucional, juntamente com todos os anexos, demonstrativos citados no seu corpo, para a INFAZ que promove o saneamento, o registro e em seguida procede ao envio de todas as peças para o autuado, via DT-e, sendo que, desse contexto o autuante não participa.

Afirma que esta infração não deixa dúvidas quanto à sua descrição, tipificação e demonstração dos fatos, não ensejando a realização de diligências. Diz que disponibilizou os demonstrativos dos períodos de 2015, 2016 e 2017 onde consta todas as notas fiscais de entradas, emitidas contra o autuado, sem o devido registro na escrita fiscal.

Assevera que não há necessidade de realização de diligência, mas, sim, de exame da EFD do autuado, que anexa - REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS -, onde se confirma a falta do registro das referidas notas fiscais na escrita fiscal nos períodos citados.

Conclusivamente, ratifica a infração 06.

No que tange à infração 07, consigna que o autuado alega que foram identificadas notas fiscais

emitidas pelas empresas anteriormente citadas, no caso J&J Comércio de Cereais Ltda; D Cafeeira Ltda e Xavier Comércio de Café Ltda., mas não relaciona as ditas notas fiscais.

Salienta que nas providências tomadas pelo autuado na tentativa de justificar a não escrituração das notas fiscais em questão, atendeu ao disposto no § 16 do artigo 89 do RICMS/12, depois de constatada a suposta fraude perpetrada pelas referidas empresas, deveria ter cumprido também o disposto no § 17 do supramencionado diploma regulamentar. Reproduz referido parágrafo.

Lembra que a infração 01 está caracterizando como crédito indevido, aqueles cujas notas fiscais não tiveram a comprovação efetiva da movimentação de carga pela emissão do MDF-e, documento obrigatório nas operações interestaduais, conforme disposto no artigo 309 do RICMS/12, cujo teor transcreve.

Diz que se observa que o autuado não tomou os devidos cuidados previsto na legislação.

No tocante às demais notas fiscais elencadas nos demonstrativos que não foram escrituradas na escrita fiscal, observa que o autuado alega que:

1 - Nota Fiscal nº 2467 de 30/11/2018 refere-se a cancelamento da nota fiscal nº 2423 em operação de retorno de remessa para venda fora do estabelecimento.

Diz que não entende essa justificativa, pois parece que o autuado emitiu a nota de saída nº 2467 de 30/11/2018 e para cancelar essa operação de saída, emitiu a nota fiscal nº 2423, fugindo completamente das disposições legais para cancelamento de notas fiscais. Diz que mesmo que a nota fiscal nº 2423 tenha sido emitida com aquela finalidade, o foco da infração é a falta do seu registro na EFD.

Quanto às demais notas fiscais relacionadas na Defesa, observa que o autuado alega que todas estão escrituradas. Diz que estranha tal afirmativa, haja vista que examinou toda a EFD do autuado, que anexa as páginas do - REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, onde se confirma a falta do registro das referidas notas fiscais na escrita fiscal nos períodos citados, inclusive o autuado informa o registro da nota fiscal nº 24482 de 29/11/2019 enquanto naquele mês não há registros para serem exibidos.

Conclusivamente, afirma que desse modo, resta evidente a infração 07, a qual ratifica.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência total do Auto de Infração.

Cientificado acerca da Informação Fiscal, via DT-e, o autuado se manifestou (fls.154 a 165). Assinala que tempestivamente, apresentou Defesa em que contesta as infrações que lhe foram imputadas, sendo estas após 4 (quatro) anos, objeto de análise e Informação Fiscal por parte do autuante, onde o mesmo busca desfazer as razões defensivas apresentadas, pelo que, ora se manifesta.

Destaca, inicialmente, que o Auto de Infração foi lavrado em 22/05/2020 e saneado em 25/06/2020, que foi cientificado, conforme acima destacado, via DTE em 14/07/2020.

Reitera a ocorrência da decadência referente aos períodos anteriores a julho de 2015, por força do que dispõe o Código Tributário Nacional - CTN, instituído pela Lei nº 5.172, de 25.10.1966. Diz que muito embora suscitada na Defesa tal entendimento não foi abordado, nem considerado, pelo autuante em sua Informação Fiscal, pelo que, de logo, postula por sua consideração.

No tocante à infração 01, diz que a sustentação formulada pelo autuante toma por base o § 9º do artigo 309, desconsiderando o que contém no inciso I, alínea “a” do mesmo artigo, cujo teor reproduz. Alega que o autuante leva em consideração, também, o que está contido no artigo 310, específico ao tratamento da vedação aos créditos fiscais do ICMS, cuja redação transcreve.

Salienta que o autuante também “desconhece” que o MDF-e é um arquivo eletrônico, instituído pelo Ajuste SINIEF 21/2010, portanto sem vida física e sua verificação deve ser efetuada pelo Fisco quando do trânsito das mercadorias ou mesmo em conferências não tendo o contribuinte recebedor das mercadorias a sua posse. Neste sentido, reproduz cláusulas do Ajuste SINIEF

21/2010.

Afirma que em se tratando de um documento de existência apenas virtual, quem detém a obrigatoriedade de seu armazenamento e exibição às autoridades fiscais é o emitente, no caso o fornecedor das mercadorias transportadas.

Assinala que o Estado da Bahia, como signatário do referido Ajuste, internalizou-o em sua legislação por meio do artigo 170-A do RICMS, cujo teor reproduz.

Diz que se é desejo do autuante a comprovação da emissão do MDF-e, por se tratar de um arquivo eletrônico a que o signatário não tem acesso, deve diligenciar juntos aos fornecedores que foram os emitentes das notas fiscais constantes da autuação.

Acrescenta que o signatário teria a posse do MDF-e se fosse o caso do que está previsto no artigo 170-A, § 5º, acima referido.

Conclusivamente, reitera todos os argumentos apresentados em sua Defesa e pugna pelo reconhecimento da improcedência da infração 01.

Quanto à infração 02, observa que o direito ao uso de créditos fiscais é regulado pela Lei nº 7.014/96, no seu artigo 31, cuja redação reproduz.

Pontua que o autuante acusa que teria utilizado crédito fiscal sobre as aquisições de mercadorias sujeitas ao diferimento, como disciplinado pelo artigo 286.

Consigna que conforme destacado em sua Defesa e confirmado pelo preposto autuante, parte das aquisições efetuadas foram feitas a contribuintes atacadistas que as receberam de produtores rurais e, como credenciados para o Diferimento, conforme informação do próprio autuante, ao comercializarem os produtos assim recebidos, efetuaram a sua venda já com o pagamento do ICMS, antes diferido.

Salienta que a venda efetuada por esses atacadistas, logicamente, foi efetuada com o acréscimo da sua margem de lucro sobre os valores de aquisição feita a produtores, o que determinou o recolhimento do tributo já sob sua responsabilidade aos cofres públicos. Diz que dessa forma, ao efetuar a venda do produto, já não mais sujeito ao diferimento, destacou em suas notas fiscais de vendas o valor do ICMS devido em suas operações.

Assinala que as notas fiscais a que se refere esta pretensa infração são as que discrimina, não contestadas pelo autuante, no caso NF 010, 014, 029, 14683, 14951e 16415.

Assevera que sendo contribuinte do ICMS sujeito à tributação sob o Regime Normal, utiliza o que está determinado na Lei nº 7.014/96, nos artigos 28 e 29, cuja redação reproduz.

No tocante à infração 03, pontua que se refere a notas fiscais que acobertaram dois tipos de operação: 01 – Remessa para Industrialização por Terceiros; e 02 – Remessa/Retorno para Venda fora do Estabelecimento.

Diz que no exercício de 2015 foram emitidas notas fiscais, a exemplo da de número 0422, de 21.10.2015, que acobertaria a Remessa para Industrialização à SANCAR COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA., que, por não haver saído a mercadoria no prazo regulamentar, o que impossibilitou o seu cancelamento, foi a operação anulada por meio da nota fiscal nº 0430, de 28.10.2015, fato confirmado e corroborado pela destinatária, por meio das suas notas fiscais nºs. 3.549 e 3.550, sem que ocorresse repercussão no recolhimento do ICMS, ainda mais em se tratando de operação dentro do mesmo mês.

Explica que pela especificidade das suas operações comerciais, efetua vendas a diversos clientes no sistema “*Venda em Rota*”, que consiste no abastecimento de veículos com produtos sem destinatário específico, acobertados por nota fiscal, com o CFOP 5.904, *Remessa para Venda fora do Estabelecimento*, cujas vendas efetuadas “na rota” são acobertadas por notas fiscais de venda, devidamente emitidas, que foram escrituradas no Registro de Saídas de Mercadorias e o ICMS regularmente debitado e recolhido por meio do Registro de Apuração do ICMS.

Acrescenta que as mercadorias que porventura não tenham sido comercializadas são reintegradas aos estoques da peticionária por meio da emissão de nota fiscal com o CFOP 1.904, *Retorno de Mercadorias enviadas para Vendas fora do Estabelecimento* não sendo apropriado crédito fiscal sobre as mesmas, como não fora debitado quando das saídas por meio das notas fiscais de Remessa.

Destaca que as notas fiscais, tanto de Remessa, como de Retorno, são emitidas contra a própria empresa, não representando as operações nelas descritas, fatos de repercussão econômica ou financeira.

Conclusivamente, reitera a improcedência da infração 03.

No respeitante à infração 04, consigna que conforme dito na Defesa, possuía equipamento de torrefação que não atendia à demanda que seus produtos tinham no mercado, face à sua qualidade, tendo que recorrer a industrialização por terceiros, o que ocorreu até o exercício de 2017, quando adquiriu novo maquinário, passando a industrializar toda a sua produção de venda.

Explica que para acobertar as saídas de produtos ainda não industrializados, emitia para o estabelecimento industrializador notas fiscais com o CFOP 5.901- Remessa para industrialização por encomenda -, e, quando do recebimento do produto já industrializado, efetuava o seu ingresso aos seus estoques por meio do CFOP 5.902 – Retorno de mercadoria utilizada na industrialização por encomenda -, anulando os efeitos que repercutiriam em seus estoques.

Frisa que na peça defensiva listou e anexou as notas fiscais de Remessa, assim como as de Retorno, operações que não se sujeitam à tributação pelo ICMS, conforme determinado no RICMS, artigo 280, cuja redação reproduz.

Conclusivamente, afirma que inexistente tributação sobre tais operações, o que invalida a pretendida cobrança de tributos sobre as mesmas, sendo, desta forma, a infração 04 improcedente.

No que concerne à infração 05, observa que esta infração diz respeito a Remessas de Mercadorias para Venda fora do Estabelecimento, conforme afirma o autuante que *possivelmente* não retornaram ao estabelecimento.

Diz que conforme anteriormente esclarecido, na operação de Remessa para Venda fora do Estabelecimento ocorre o Retorno apenas quando as mercadorias não são comercializadas. Acrescenta que ocorrendo a comercialização dos produtos que saíram, em sua totalidade, inexistente a obrigatoriedade de emissão de notas fiscais de retorno. Ocorrendo “sobra” de mercadorias, aí, sim, emite-se Nota Fiscal de Retorno devidamente escrituradas no Registro de Entradas de Mercadorias.

Destaca que diferem totalmente as operações descritas na infração com o que alega o autuante em sua Informação Fiscal. Diz que a Remessa para Vendas fora do Estabelecimento pressupõe a emissão de nota fiscal tendo como Emitente e Destinatário a própria empresa, e, a operação de Remessa para Industrialização por Terceiros pressupõe a emissão de nota fiscal tendo com destinatário a empresa industrializadora.

Conclusivamente, diz que assim sendo, resta configurada a improcedência desta infração 05.

Quanto à infração 06, consigna que o autuante busca impor à empresa multa pelo não registro em seus Registro de Entradas de Mercadorias de operações de aquisição de bens, no caso, inclusive do Ativo Imobilizado, todas devidamente registradas em sua escrituração contábil, não verificada pelo mesmo.

Assinala que consta no demonstrativo apresentado pelo autuante a Nota Fiscal nº 3637, emitida em 05.05.2017, de SANCAR COMÉRCIO E IND. DE ALIMENTOS LTDA., no valor de R\$ 247.262,30, que, contrariamente ao que afirma o autuante, não se trata de mercadoria ou bem sujeito a tributação, tratando-se na realidade da aquisição de equipamento usados, à mesma adquiridos, e que não ensejou qualquer crédito fiscal para a empresa, nem se trata de objeto de mercancia, além de o vendedor ser empresa optante pelo sistema do Simples Nacional, o que lhe impede de conceder

crédito do tributo.

Salienta que este CONSEF, ao analisar o fato de ocorrer entradas de mercadorias, bens ou serviços sem o devido lançamento na escrituração fiscal, mas, com o registro em sua escrituração contábil, não enseja presunção de omissão de saída, ficando, pois, sem aplicação de penalidades, conforme a Súmula 07, cujo teor reproduz.

Conclusivamente, consigna que por extensão, considerando que as operações apresentadas estão lançadas na escrituração contábil da empresa, requer a aplicação do entendimento contido na Súmula 07 e que seja considerada improcedente a infração 06.

Relativamente à infração 07, afirma que a constatação da emissão das notas fiscais contra a empresa foi feita no dia 07.05.2019, já decorrido o prazo de 70 dias previsto no RICMS/BA, artigo 89, § 17, e transcreve o que consta em sua Defesa.

Conclusivamente, diz que se confirma haver a empresa atendido ao que preceitua a legislação pertinente no caso em apreço.

Reitera o pedido efetuado em sua Defesa inicial, pelo reconhecimento da Decadência da exigência de tributo sobre os fatos geradores abaixo:

Infração 02 – Fatos geradores dos meses de fevereiro a maio de 2015;

Infração 03 – Fatos geradores do mês de fevereiro de 2015;

Infração 06 – Fatos geradores do mês de fevereiro de 2015.

Finaliza a Manifestação requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do autuado, Contador José Rosivaldo Evangelista Rios, CRC/BA nº. 012.178-0, que exerceu o direito de sustentação oral de suas razões.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de sete infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo, todas, objeto de impugnação.

De início, cabe observar que apesar da Informação Fiscal ter sido prestada pelo autuante após 4 (quatro) anos da apresentação da Defesa, conforme aduzido pelo impugnante na Manifestação, tal fato não implicou em cerceamento do seu direito à ampla defesa e ao contraditório, direito este, registre-se, exercido plenamente.

O impugnante argui, preliminarmente, a ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário referente às seguintes infrações:

- Infração 02 – Fatos geradores dos meses de fevereiro a maio de 2015;

Infração 03 – Fatos geradores do mês de fevereiro de 2015;

Infração 06 – Fatos geradores do mês de fevereiro de 2015.

Alega que o Auto de Infração foi lavrado em 22/06/2020 e que foi cientificado, via DT-e, em 14/07/2020, portanto após o prazo previsto no artigo 150, § 4º, do CTN, que é de 5 (cinco) anos contado a partir da ocorrência do fato gerador.

O exame das alegações defensivas juntamente com os elementos que compõem o presente processo, referentes a essas infrações, permite constatar que ocorreu a decadência apenas no período mencionado pelo impugnante, no tocante à infração 02, ou seja, fevereiro a maio de 2015.

Isso porque, a infração 02 se refere a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, situação na qual o autuado declarou o lançamento realizado, que estava sujeito a homologação pelo ente tributante no prazo decadencial, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, no caso 5 (cinco) anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, o que não ocorreu.

Considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 22/06/2020 e a ciência do autuado, via DT-e, se deu em 14/07/2020, portanto após o prazo previsto no artigo 150, § 4º, do CTN, que é de 5 (cinco) anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, de fato, o período de fevereiro a maio de 2015, referente à infração 02, se encontra alcançado pela decadência.

Acolho, portanto, a decadência arguida pelo impugnante quanto à infração 02 no período acima referido.

Quanto à infração 03 - que exige imposto em razão de operações de saídas não escrituradas - e a infração 06 - que diz respeito à exigência de multa, por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de registro de notas fiscais de entrada-, a contagem do prazo decadencial relativamente aos fatos geradores aduzidos pelo impugnante, não pode ser feita com base no critério previsto no § 4º do artigo 150 do CTN, mas sim nos termos do artigo 173, I, do mesmo CTN, ou seja, com a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, haja vista que os valores que estão sendo exigidos nas citadas infrações, não foram escriturados pelo autuado na sua EFD.

Cabível registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal já manifestou esse mesmo entendimento, quanto à não ocorrência da decadência em situações semelhantes, por unanimidade, a exemplo do Acórdão JJF Nº. 0063-01/21-VD, o qual teve a decisão mantida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal consoante o Acórdão CJF Nº. 0209-12/21 -VD.

Assim sendo, não acolho a decadência arguida pelo impugnante referente às infrações 03 e 06.

No mérito, relativamente à infração 01- *Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal* -, observo que na complementação da descrição da conduta infracional imputada ao contribuinte o autuante consignou que se trata de utilização indevida de créditos fiscais referentes as NFe de entradas interestaduais, sem o MDF-e correspondente, conforme demonstrativos anexos 01 a 04.

Verifico, também, que entre as suas razões defensivas o autuado alega que o autuante “desconhece” que o MDF-e é um arquivo eletrônico, instituído pelo Ajuste SINIEF 21/2010, portanto sem vida física e sua verificação deve ser efetuada pelo Fisco quando do trânsito das mercadorias ou mesmo em conferências não tendo o contribuinte recebedor das mercadorias a sua posse.

Por outro lado, vejo que o autuante contesta essa alegação defensiva afirmando que a infração não se deu pela falta de emissão de MDF-e, como interpreta equivocadamente o autuado, mas, sim, pela inobservância dos dispositivos legais e regulamentares acima referidos, quando é exigida a comprovação efetiva da movimentação de carga pela emissão do MDF-e.

Afirma que se entende por comprovação efetiva a prova concreta da existência do documento MDF-e, que deveria estar anexado nas respectivas Notas Fiscais, que justificaria a movimentação da carga, da sua origem ao seu destino, o que autorizaria o uso do crédito fiscal destacado nas respectivas notas fiscais.

É indubitoso que a utilização do crédito fiscal decorrente de operações interestaduais está condicionada a comprovação efetiva da movimentação de carga pela emissão do MDF-e, documento obrigatório nas operações interestaduais.

Nesse sentido, dispõe o § 9º do artigo 309 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12:

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

[...]

§ 9º A apropriação do crédito fiscal em operações interestaduais fica condicionada a comprovação efetiva da movimentação de carga pela emissão do MDF-e, documento obrigatório nas operações interestaduais.

No presente caso, percebe-se, claramente, que tanto o autuado quanto o autuante incorrem em flagrante equívoco e imprecisão no tocante ao alegado e contestado.

Na realidade, a questão de que cuida este item da autuação poderia ser facilmente solucionada com uma simples consulta pela Fiscalização ou pelo próprio Contribuinte, no Portal da NF-e onde é possível verificar no campo próprio da Nota Fiscal “Eventos/situação” se houve ou não emissão do MDF-e.

É certo que o autuado silenciou quando não informou o MDF-e, haja vista que ao se apropriar do crédito fiscal objeto de glosa tem que fazê-lo com a comprovação efetiva da movimentação de carga pela emissão do MDF-e, que é um documento obrigatório nas operações interestaduais, permitindo inferir nas suas alegações que não observou essa exigência.

Também é certo que a Fiscalização silenciou porque poderia ter verificado a existência do MDF-e no sistema Portal da NFe, antes mesmo da lavratura do Auto de Infração.

Feitos esses registros, devo consignar que utilizando as respectivas chaves de acesso realizei consulta no referido sistema Portal da NF-e referentes a todas as 18 (dezoito) Notas Fiscais arroladas na autuação e constatei que a Nota Fiscal nº. 050 - chave de acesso 11180430036919000104550010000000501365602051 – de 13/04/2018, no valor de ICMS exigido de R\$ 7.500,00, e da Nota Fiscal 5602 - chave de acesso 35180804648363000199550010000056021000000009 - de 03/08/2018, no valor de ICMS exigido de R\$ 63,77, devem ser mantidas na autuação, haja vista que não consta o registro de MDF-e no sistema Portal da NF-e, descabendo a exigência quanto às demais Notas Fiscais, pois consta o registro de existência de MDF-e no campo próprio do documento fiscal.

Diante disso, a infração 01 é parcialmente procedente no valor de R\$ 7.563,77, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data de Ocorrência	Valor do ICMS julgado devido (R\$)
30/04/2018	7.500,00
31/08/2018	63,77
TOTAL	7.563,77

Quanto à infração 02, conforme consignado pelo autuante na complementação da descrição da irregularidade, o autuado utilizou crédito fiscal destacado em NF-e de produtos com diferimento, sem a comprovação do DAE correspondente.

A meu ver, o cometimento da infração imputada ao autuado de se tratar de “*produtos com diferimento sem a comprovação do DAE correspondente*” não há como prosperar, haja vista que no período objeto da autuação já não existia a obrigatoriedade do DAE para legitimar a operação.

Assim sendo, no que tange ao período não alcançado pela decadência, no caso julho, setembro, outubro e dezembro de 2015, agosto e outubro de 2017, descabe, também, a exigência, sendo a infração improcedente.

No que concerne à infração 03 - operações de saídas tributadas não escrituradas nos registros fiscais próprios -, consigno que em face à controvérsia estabelecida entre o autuante e autuado, realizei consulta no sistema Portal da NF-e, referentes às 15 (quinze) Notas Fiscais arroladas neste item da autuação e constatei que à exceção da Nota Fiscal 05 de 13/02/2015 que tem como natureza da operação “bonificação”, com ICMS exigido no valor de R\$ 40,00 e a Nota Fiscal 0422 de 21/10/2015, que tem como natureza da operação “Remessa para Industrialização por Terceiros” no valor de R\$ 28.080,00, não havendo destaque do ICMS, as demais Notas Fiscais têm como natureza da operação venda.

Desse modo, cabe a exclusão da autuação, exclusivamente, da referida Nota Fiscal n. 0422 de 21/10/2015, por se tratar de “Remessa para Industrialização por Terceiros”, no valor do ICMS exigido R\$ 3.867,50, referente ao período de ocorrência de 31/10/2015, permanecendo os demais períodos conforme originalmente apontado no Auto de Infração.

Quanto às alegações do autuado atinente à oscilação de energia elétrica e de existência de vendas fora do estabelecimento, não houve uma efetiva comprovação do alegado, apenas uma solicitação de diligência que resta indeferida por não ter sido coligido aos autos elementos que permitisse confirmar as alegações.

Quanto a multa da infração 3 fica reduzida de ofício para 60%, prevista no art. 42 inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96, tendo em vista que não teve dolo.

Diante disso, a infração 03 é parcialmente procedente no valor de R\$ 6.182,85, conforme os valores originalmente apontados no Auto de Infração.

Relativamente à infração 04, observo que na Defesa vestibular o autuado alegou que todas as operações apontadas pelo autuante como não havendo retorno, levaria a se considerar uma venda, quando são comprovadamente “*Remessa para Industrialização por Terceiros*”, no caso pela empresa SANCAR COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA, ocorrendo o retorno do produto já industrializado, inclusive com a especificação da perda de 20%, o que ocorre quando o café cru é torrado. Neste sentido, apresentou uma relação das Notas Fiscais de Remessa e respectivo Retorno (fls. 73-v e 74 dos autos), contudo sem a respectiva chave de acesso.

Na sessão de julgamento anterior foi solicitado ao ilustre patrono do autuado que apresentasse as referidas Notas Fiscais de Remessa e Retorno para que fosse possível analisar as alegações defensivas.

O ilustre patrono do autuado atendeu a solicitação enviando as cópias tanto das Notas Fiscais de Remessa como de Retorno, o que permitiu que a análise fosse feita.

Da referida análise, constatei que entre as Notas Fiscais de Remessa Relacionadas pelo autuado não está sendo exigido imposto referente às Notas Fiscais nºs. 43, 75, 128 e 218.

Quanto às demais Notas Fiscais de Remessa constatei que assiste razão ao autuado, haja vista que todas tiveram as Notas Fiscais de Retorno devidamente emitidas.

Observo que o autuante sustenta que mesmo que as Notas Fiscais em questão estejam relacionadas pelo autuado em sua defesa, não há comprovação que estejam escrituradas, sendo necessário que se comprove que as mercadorias retornaram, não só com a emissão das Notas Fiscais.

Respeitosamente, divirjo do entendimento do autuante, haja vista que as Notas Fiscais de Remessa e de Retorno foram emitidas regularmente, sendo possível se verificar se houve ou não a efetiva entrada em retorno das mercadorias mediante uma Auditoria de Estoques, não me parecendo razoável que se exija o imposto por um descumprimento de obrigação acessória.

Diante disso, a infração 04 é improcedente.

No tocante à infração 05 - *Deixou de recolher o ICMS de mercadorias enviadas para industrialização - conserto ou operações similares - sem o devido retomo ao estabelecimento de origem* – verifico que na complementação da descrição da infração consta se tratar de falta de comprovação do retorno de mercadorias remetidas para vendas fora do estabelecimento.

Observo que na Informação Fiscal o autuante afirma que não há erros nem equívocos como alega o autuado. Diz que a infração descrita no Auto de Infração, se refere à falta do retorno das mercadorias remetidas para venda fora do estabelecimento, similar, portanto, ao envio para industrialização, conserto etc. Explica que o foco da infração é que as mercadorias saíram do estabelecimento, com notas fiscais emitidas sem o destaque do ICMS, e não retornaram ao estabelecimento remetente, independentemente da classificação da sua remessa, configurando assim a omissão do recolhimento do ICMS.

Certamente que a similitude aduzida pelo autuante, quanto à remessa para industrialização e venda fora do estabelecimento, a meu ver, não pode validar o presente lançamento de ofício quanto a este item da autuação, haja vista que são remessas tratadas diversamente pela legislação tributária.

No caso da remessa para industrialização há previsão de suspensão da incidência do imposto no RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, conforme os artigos 278, 279 e 280, abaixo reproduzidos, que foram inclusive apontados no Auto de Infração como enquadramento legal da infração.

Art. 278. Há suspensão da incidência do imposto sempre que a ocorrência do fato gerador fique condicionada a evento futuro e incerto.

Parágrafo único. A suspensão aplicável à circulação de mercadoria ou bem não alcança a prestação de serviço de transporte com ela relacionada.

Art. 279. Constitui condição da suspensão da incidência o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem, em prazo fixado pela legislação, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade. Parágrafo único.

Caso o retorno da mercadoria ao estabelecimento de origem não ocorra no prazo fixado pela legislação, será exigido o imposto a partir da data da saída efetuada com suspensão, hipótese em que, o recolhimento estará sujeito aos acréscimos moratórios.

Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

I - nas saídas internas, interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado (Conv. AE 15/74).

Já com relação às operações de vendas fora do estabelecimento, o RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, assim dispõe:

Art. 344. Nas operações realizadas fora do estabelecimento, sem destinatário certo, com mercadorias não sujeitas à substituição tributária, promovidas por contribuinte que apure o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal, será emitida nota fiscal para acompanhar as mercadorias no seu transporte:

I - com destaque do ICMS, quando devido, adotando-se como base de cálculo valor não inferior ao do custo das mercadorias, e como alíquota a vigente para as operações internas;

II - com CFOP específico para baixar o estoque;

III - com a indicação dos números e da série, quando for o caso, dos impressos de notas fiscais a serem emitidas por ocasião da venda das mercadorias, no campo “Informações Complementares”.

§ 1º A escrituração da nota fiscal de remessa será feita no Registro de Saídas, nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Débito do Imposto”;

§ 2º Ao efetuar vendas fora do estabelecimento, por ocasião da entrega ao adquirente, será emitida nota fiscal com CFOP específico para não baixar o estoque, sendo a base de cálculo o efetivo valor da operação, quando não prevista expressamente de forma diversa em outra disposição regulamentar, e a alíquota a interna aplicada no estado de destino.

Art. 345. Por ocasião do retorno das mercadorias ou do veículo, o contribuinte deverá:

I - emitir nota fiscal (entrada) para reposição, no estoque, das mercadorias não vendidas, sem destaque do imposto, na qual serão mencionados, no campo “Informações Complementares”:

a) o número e a série, se for o caso, a data da emissão e o valor da nota fiscal correspondente à remessa;

b) os números e as séries, se for o caso, das notas fiscais emitidas por ocasião das entregas das mercadorias;

c) o valor total das operações realizadas fora do estabelecimento no estado da Bahia;

d) o valor total das operações realizadas fora do estabelecimento em outras unidades da Federação;

II - escriturar a nota fiscal de que cuida o inciso I deste artigo no Registro de Entradas, consignando o respectivo valor nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações sem Crédito do Imposto - Outras”;

III - lançar no Registro de Saídas, nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Débito do Imposto”, as notas fiscais emitidas por ocasião das vendas efetuadas nesta ou em outra unidade da Federação, fazendo referência, na coluna “Observações”, à nota fiscal de remessa.

Art. 346. No último dia do mês, o contribuinte lançará no Registro de Apuração do ICMS:

I - no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos”, com a expressão “Remessa para venda fora do estabelecimento”, o valor do imposto destacado na nota fiscal de remessa;

II - no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos”, com a expressão “Recolhimento em outros estados - vendas fora do estabelecimento”, o valor do imposto recolhido em outras unidades da Federação.

Verifica-se da leitura dos dispositivos normativos acima reproduzidos que existem diferenças relevantes quanto ao tratamento aplicável para cada situação, ou seja, no caso de remessa para industrialização há suspensão da incidência do imposto, sendo a nota fiscal de remessa emitida sem destaque, ao passo que a nota fiscal de venda fora do estabelecimento é emitida com destaque. Além de outros procedimentos de ajustes de estoques conforme acima.

Diante do exposto, julgo nula a infração, recomendando a autoridade fazendária competente que analise a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, consoante o artigo 21 do RPAF/BA/99.

No respeitante à infração 06, o autuado consigna que o autuante busca impor à empresa multa pelo não registro em seus Registro de Entradas de Mercadorias de operações de aquisição de bens, no caso, inclusive do Ativo Imobilizado, todas devidamente registradas em sua escrituração contábil, não verificada pelo autuante.

Observa que o CONSEF, ao analisar o fato de ocorrer entradas de mercadorias, bens ou serviços sem o devido lançamento na escrituração fiscal, mas, com o registro em sua escrituração contábil, não enseja presunção de omissão de saída, ficando, portanto, sem aplicação de penalidades, conforme a Súmula 07.

Requer, por extensão, considerando que as operações apresentadas estão lançadas na escrituração contábil da empresa, a aplicação do entendimento contido na Súmula 07 e que seja considerada improcedente a infração.

O autuante contesta a argumentação defensiva afirmando que o autuado não observou que esta infração não trata de exigência de ICMS, mas, sim, de cobrança de multa pela falta de escrituração fiscal. Diz que a cobrança de multa independe se a operação é de compra de mercadoria nova ou usada, bem ou serviço, independe de utilização ou não de crédito fiscal, haja vista que o foco da autuação é a falta do registro na escrita fiscal, das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos anexos ao Auto de Infração.

Sustenta que não há necessidade de realização de diligência, mas, sim, de exame da EFD do autuado, que anexa, no caso REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, no qual se confirma a falta do registro das referidas notas fiscais na escrita fiscal nos períodos citados.

A meu sentir, assiste razão ao autuante.

Na realidade, a Súmula 07 do CONSEF trata da não aplicação da presunção de omissão de saídas prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº. 7.014/96, ou seja, da não exigência do imposto, quando as

mercadorias ou bens tenham sido escrituradas nos livros contábeis, situação em que se aplicará apenas a multa por descumprimento de obrigação acessória, o que ocorre justamente neste item da autuação.

De fato, o exame dos registros da EFD do autuado coligido pelo autuante aos autos, no caso “REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS”, permite constatar que as Notas Fiscais aduzidas pelo autuado não se encontram escrituradas no referido registro. Cabível observar que independentemente de ser tratar de bens ou mercadorias tributadas ou não a multa aplicável é de 1%.

Diante disso, a infração 06 é procedente.

No que concerne à infração 07, observo que o “*Demonstrativo – Multa – Nota fiscal de entrada não lançada – Demonstrativo analítico*”, elaborado pelo autuante, acostado às fls. 40/41, 43/44, contém nas suas respectivas colunas *Data*; *NumDoc*; *ChaveDocFiscal*; *CNPJ*; *CFOP*; *Vlitem*; *PercMulta*; *VlaMulta*.

As notas fiscais arroladas neste item da autuação foram consideradas não escrituradas, fato comprovado pelo autuante ao coligar aos autos a EFD do autuado, precisamente o “REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS”, permitindo constatar que as Notas Fiscais aduzidas pelo autuado não se encontram escrituradas no referido registro.

Apesar de o autuado alegar que foi surpreendido por informação do seu contador, que existiam notas fiscais emitidas contra a empresa e que não tinham chegado para que fizesse a devida escrituração, tendo sido efetuada pesquisa para identificar a que notas fiscais se referiam, sendo identificadas notas fiscais emitidas pelas empresas J&J Comércio de Cereais Ltda; D Cafeeira Ltda e Xavier Comércio de Café Ltda., constatando fraude perpetradas pelas referidas empresas, e assim, no dia 14/05/2019 tomou as devidas providencias buscando resguardar-se, em cumprimento ao que determina o RICMS, no seu artigo 89, efetivamente, não coligiu aos autos qualquer elemento comprobatório de suas alegações, ou seja, apenas alegou.

É certo que nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (artigo 142) e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (artigo 143). Assim sendo, a infração 07 é procedente.

Diante do exposto, o Auto de Infração é parcialmente procedente, ficando as infrações conforme demonstrativo abaixo:

INF	VLR. LANÇADO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	MULTA %	RESULTADO
01	70.857,10	7.563,77	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02	88.803,48,	-----	-----	IMPROCEDENTE
03	10.050,35	6.182,85	60%	PROCEDENTE EM PARTE
04	101.982,60	-----	-----	IMPROCEDENTE
05	4.125,21	-----	-----	NULA
06	10.969,83	10.969,83	-----	PROCEDENTE
07	8.959,24	8.959,24	-----	PROCEDENTE
TOTAL	295.747,81	33.675,69		

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

Divirjo do voto do relator em relação à não decadência da infração 03. Trata-se de exigência de imposto em operações de saída não escrituradas. As notas fiscais foram devidamente emitidas e autorizadas pela SEFAZ, sendo, portanto, do conhecimento do fisco a realização das operações. O contribuinte apresentou apuração do ICMS nos meses objeto da autuação e recolheu o imposto por ele calculado.

Assim, o autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário e apurou o montante do imposto supostamente devido. Na presente reclamação de crédito não ficou caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação praticada pelo autuado. Desse modo, com fundamento no § 4º do art. 150 do CTN, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador até a data da ciência do auto de infração pelo autuado.

A intimação do autuado acerca da lavratura do presente auto de infração somente ocorreu no dia 14/07/2020. Desse modo, já havia decaído o direito da Fazenda Pública exigir os créditos tributários referentes ao período de fevereiro de 2015. Devendo, portanto, ser excluída deste auto de infração a exigência fiscal desse período.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº.140780.0016/20-1, lavrado contra **MAISABOR COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 13.746,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº. 7.014/96, com os demais acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 19.929,07**, prevista no inciso IX do artigo 42 do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 3.856/81.

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, 16 de junho de 2025.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – JULGADOR