

A. I. Nº - 293575.0003/20-1
AUTUADO - J. GABRIELLI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - TELESSON NEVES TELES
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ CENTRO SUL

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0100-01/25-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. Efetuada correção no cálculo do imposto devido, uma vez que o autuado comprovou que algumas operações que foram objeto da autuação se tratava de operações com mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 30/12/2019, cuida de exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 238.722,99, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação:

Infração 01 – 02.01.03: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”.*

Refere-se aos meses de novembro e dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016; janeiro a dezembro de 2017; e janeiro de 2018.

Enquadramento legal: art. 2º, inciso I e artigo 32 da Lei nº 7.014/96, combinado com o artigo 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada: art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressou com defesa administrativa em 09/03/20, peça processual que se encontra anexada às fls. 17 a 23. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração constante nos Autos à fl. 25.

O Impugnante inicia sua peça defensiva abordando a tempestividade da mesma, além de fazer uma breve síntese sobre a autuação, transcrevendo, ainda, os dispositivos legais que amparam a infração imputada.

Na sequência alegou que descabe a autuação, uma vez que todas as mercadorias fiscalizadas pelo Auditor são alcançadas pela substituição tributária, razão pela qual não poderia haver novo pagamento de tributo, conforme pretendido pela fiscalização.

Comenta que o instituto da substituição tributária consiste na imputação de responsabilidade a alguém, por obrigação tributária de terceiro, que não praticou o fato gerador, mas que tem vinculação indireta com o real contribuinte.

Assinala que o ponto de destaque é que, na substituição, há vinculação apenas do substituto e não do substituído perante o Fisco. Acrescenta que é o substituto que tem obrigação perante o Fisco de recolher o tributo, e que o substituído, por sua vez, tem o dever de repassar este valor para o substituto.

Destaca que a doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que “não se pode atribuir responsabilidade subsidiária ao substituído, em caso de não pagamento do tributo pelo substituto,

bem como inexistente qualquer relação de órbita tributária entre as duas pessoas”.

Diz que o caso sob comento é justamente um daqueles em que se tenta atribuir ao substituído, relação que está fora da sua órbita de atribuição. Dessa forma, assevera que a infração é de total insubsistência, posto não ter havido qualquer relação jurídica a fundamentá-la.

Apresenta planilha à fl. 21, asseverando que a grande maioria dos itens fiscalizados, na verdade, está na família dos produtos substituídos, ao tempo em que ratifica que não subsiste qualquer razão à Fazenda para tributá-los novamente.

Em seguida passa a mencionar os erros que considera estarem contidos na autuação.

Informa acostar ao processo a NF-e n. 002.073.612, do produto “Bacon Manta Rezende”, emitente SEARA ALIMENTOS LTDA em que consta como item de Código 577952. Diz que o ICMS é zero, dado que houve o pleno pagamento na operação de substituição tributária. Cita como outro exemplo a NFe n. 005.074.516, de outro emitente, agora a BRF S.A., que contém o mesmo produto, “Bacon Inteiro Sadia”, onde a carga tributária de ICMS também é zerada (Doc. 04 – Notas Fiscais Bacon).

Expõe que o mesmo raciocínio foi feito com o produto “Batata Palha” - NF-e n. 000.401.750, da emitente INBAHIA REP. E DISTRIBUIÇÕES LTDA, onde consta o produto com ICMS zerado; e a NF-e n. 000.098.486, do fornecedor Yoki Distribuidora de Alimentos Ltda., onde o item aparece também com o ICMS zerado (Doc. 05 – Notas Fiscais Batata Palha).

Por fim, quanto ao produto Cup Noodles Nissis, contido na NF-e n. 000.581.326, oriundo do vendedor Chocosul Distribuidora Ltda, consigna que o ICMS destacado é zero; e que de igual modo, o mesmo produto quando vendido pela Cabral Souza Ltda., NF-e n. 000.779.422, também não há destaque de ICMS (Doc. 06 – Notas Fiscais Cup Noodles).

Assevera que o caso em testilha é daqueles que não se pode escrever todos os itens com seus detalhes, sob pena de a petição ficar por demais extensa e, com isso, dificultar a ampla defesa.

Por esta razão entende ser prudente que haja diligência no levantamento feito pelo Auditor para retirar, da base de cálculo tributável, o valor do ICMS oriundo de cobrança através da substituição tributária, sob pena de se penalizar o contribuinte com o pagamento duplo de um mesmo tributo.

Ao final, requer a improcedência da autuação a fim de que o direito seja manifesto no seu sentido mais amplo, qual seja, a impossibilidade de novo pagamento de tributo anteriormente pago.

Alternativamente, na hipótese de se perquirir a possibilidade de haver itens que de fato não foram tributados ou o foram de modo equivocado, requer, ainda, que seja o processo baixado em diligência a fim de que seja refeita a planilha, deixando-se apenas os eventuais itens tributados, cujo valor não foi recolhido, dentro do rol da cobrança.

O autuante em informação fiscal, à fl. 54, diz que o autuado alega, evasivamente, que todas as mercadorias fiscalizadas são alcançadas pela substituição tributária.

Aduz que basta olhar rapidamente os demonstrativos para se concluir do absurdo de tal afirmação.

Comenta que em seguida, de forma mais parcimoniosa e consciente, o autuado apresenta uma planilha resumo (pag. 21) com as mercadorias que, no seu entendimento, são enquadradas no regime de substituição tributária.

Pontua que, inclusive, para algumas mercadorias, se utiliza do fato do fornecedor não destacar o imposto da mercadoria como argumento para corroborar sua assertiva, como se o procedimento adotado pelo fornecedor fosse o norteador/referência, ao invés de adotar/seguir o que estabelece o RICMS/BA.

Expõe que após análise da planilha apresentada, concluiu que procede a alegação do autuado para os seguintes produtos: bacon, bolos, cereal matinal (a partir de 01/02/2017), disquete dori,

dorso de frango, energético e pão de mel.

Informa que refez o demonstrativo com as correções pertinentes (fls. 55/56 e mídia à fl. 57 A).

Ao final, diz esperar ter fornecido os elementos necessários a uma justa formação de juízo por parte dos membros do Conselho no sentido de julgar procedente em parte o presente Auto de Infração.

O autuado foi intimado, via DT-e (fls. 65 e 69), para tomar ciência da informação fiscal prestada, bem como dos novos demonstrativos anexados, porém se manteve silente.

Considerando que mesmo após a retificação efetuada pelo autuante (mídia à fl. 57-A), onde excluiu da exigência algumas mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, ainda permaneceu a cobrança sobre outras mercadorias que estavam enquadradas nessa mesma condição: até 31/05/2016, as bebidas (vinho, rum, vodka e whisky), e até 30/09/2016 a bebida “aguardente”.

Considerando que a planilha acostada aos autos está na extensão pdf, o que impossibilita ao relator fazer as devidas exclusões de forma prática.

Na assentada do julgamento, o colegiado desta 1ª JJF deliberou converter o feito em diligência à INFRAZ CENTRO SUL (fl. 74), para que serem adotados os seguintes procedimentos:

1 - o autuante deve fazer nova verificação na planilha retificada por ocasião de sua informação fiscal, visando excluir do lançamento a exigência sobre as mercadorias que estavam enquadradas no regime da substituição tributária, a época da autuação, a exemplo das acima mencionadas;

2 – em seguida o autuado deve ser cientificado dos novos demonstrativos anexados e da informação prestada pelo autuante, via DT-e, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, se manifeste a respeito.

Em atendimento a diligência requerida, o autuante informou à fl. 77 que refez o levantamento, com as retificações solicitadas, conforme novos demonstrativos que anexa às fls. 78 e 79 (impressos) e digitalmente na mídia à fl. 80, reduzindo o valor exigido para R\$ 212.751,18.

O autuado foi intimado, via DT-e (fl. 83/86), para tomar ciência da informação fiscal prestada, bem como dos novos demonstrativos anexados, porém, mais uma vez, se manteve silente.

VOTO

Inicialmente verifico que o presente Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

No mérito, o presente processo exige crédito tributário pelo fato do autuado ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O autuado, contestou a infração, elencando diversas mercadorias que foram objeto da acusação, alegando que as mesmas estavam enquadradas no regime da substituição tributária, e por consequência já estavam com sua fase de tributação encerrada.

O autuante, em sua informação fiscal, acatou as alegações defensivas, retirando da exigência os produtos que se enquadravam na situação mencionada pelo sujeito passivo (bacon, bolos, cereal matinal - a partir de 01/02/2017, disquete dori, dorso de frango, energético e pão de mel), reduzindo o valor do crédito tributário a ser exigido para o montante de R\$ 220.656,38, conforme demonstrativos constantes da mídia à fl. 57 A.

Embora o autuado tenha sido cientificado da retificação efetuada (DT-e às fls. 65 e 69) e se mantido silente, considerando que mesmo após a referida retificação, onde foram excluídas da exigência algumas mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, ainda permaneceu a cobrança sobre outras mercadorias que também estavam enquadradas nessa

mesma condição: até 31/05/2016, as bebidas (vinho, rum, vodka e whisky), e até 30/09/2016 a bebida “aguardente”.

Considerando que a planilha acostada aos autos estava na extensão pdf, o que impossibilitou ao relator fazer as devidas exclusões de forma prática, esta 1ª JJF converteu novamente o feito em diligência à INFAZ CENTRO SUL (fl. 74), para que o autuante fizesse nova verificação na planilha retificada, visando excluir do lançamento a exigência sobre as mercadorias que estavam enquadradas no regime da substituição tributária, a época da autuação, a exemplo das acima mencionadas.

Em atendimento a diligência requerida, o autuante refez o levantamento, com as retificações solicitada, apresentando novos demonstrativos anexados às fls. 78 e 79 (impressos) e digitalmente na mídia à fl. 80, reduzindo o valor exigido para R\$ 212.751,18, com o que concordo.

Vale destacar que o autuado foi intimado, via DT-e (fl. 83/86), para tomar ciência da informação fiscal prestada, bem como dos novos demonstrativos anexados, porém, mais uma vez, se manteve silente, o que caracteriza a concordância tácita com a retificação realizada.

Destarte, a infração é parcialmente subsistente de acordo com os últimos demonstrativos retificados, onde foram corretamente excluídas as operações com mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, conforme acima mencionado.

Do exposto, Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo, e constante na mídia à fl. 80, retificando o valor da exigência para R\$ 212.751,18.

Data Ocorr.	Data Vento.	Base de Cálculo (R\$)	Alíq %	Multa %	Valor Histórico (R\$)
30/11/2015	09/12/2015	67.538,06	17,00	60,00	11.481,47
31/12/2015	09/01/2016	87.285,24	17,00	60,00	14.838,49
31/01/2016	09/02/2016	65.030,88	17,00	60,00	11.055,25
29/02/2016	09/03/2016	60.792,94	17,00	60,00	10.334,80
31/03/2016	09/04/2016	72.923,72	18,00	60,00	13.126,27
30/04/2016	09/05/2016	48.869,67	18,00	60,00	8.796,54
31/05/2016	09/06/2016	48.254,17	18,00	60,00	8.685,75
30/06/2016	09/07/2016	50.681,89	18,00	60,00	9.122,74
31/07/2016	09/08/2016	46.062,78	18,00	60,00	8.291,30
31/08/2016	09/09/2016	40.459,44	18,00	60,00	7.282,70
30/09/2016	09/10/2016	42.815,33	18,00	60,00	7.706,76
31/10/2016	09/11/2016	49.399,83	18,00	60,00	8.891,97
30/11/2016	09/12/2016	39.724,67	18,00	60,00	7.150,44
31/12/2016	09/01/2017	44.557,61	18,00	60,00	8.020,37
31/01/2017	09/02/2017	47.545,06	18,00	60,00	8.558,11
28/02/2017	09/03/2017	45.261,94	18,00	60,00	8.147,15
31/03/2017	09/04/2017	38.960,28	18,00	60,00	7.012,85
30/04/2017	10/04/2017	54.811,67	18,00	60,00	9.866,10

31/05/2017	09/06/2017	39.978,56	18,00	60,00	7.196,14
30/06/2017	09/07/2017	39.297,67	18,00	60,00	7.073,58
31/07/2017	09/08/2017	38.282,72	18,00	60,00	6.890,89
31/08/2017	09/09/2017	29.922,89	18,00	60,00	5.386,12
30/09/2017	09/10/2017	32.849,94	18,00	60,00	5.912,99
31/10/2017	09/11/2017	17.758,33	18,00	60,00	3.196,50
30/11/2017	09/12/2017	17.060,39	18,00	60,00	3.070,87
31/12/2017	09/01/2018	22.056,33	18,00	60,00	3.970,14
31/01/2018	09/02/2018	9.360,50	18,00	60,00	1.684,89

TOTAL DA INFRAÇÃO**212.751,18****RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293575.0003/20-1**, lavrado contra **J. GABRIELLI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 212.751,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2025.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR