

PROCESSO - A. I. Nº 297248.0007/17-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TRINO ORGANIZAÇÕES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0047-03/18
ORIGEM - DAT NORTE / INFAS CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/02/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0392-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA NÃO ENTROU NO ESTABELECIMENTO. **b)** TRANSFERÊNCIA INCORRETA DE SALDO CREDOR. **c)** ESTORNO PROPORACIONAL À REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** ERRO NA APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO FISCAL. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ NOS LANÇAMENTOS. Não há elementos nos autos que determinem com segurança o valor correto da base de cálculo. A ação fiscal não comprova a regularidade dos valores lançados. Desobediência ao artigo 130, II do COTEB. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício (art. 169, I, “a” do RPAF/99), no qual a JJF julgou Procedente em Parte o presente auto de infração, lavrado em 31/03/2017, com a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 90.532,46, tendo em vista a constatação de 07 irregularidades, sendo objeto do recurso as citadas:

Infração 01 – 01.02.10. - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado. Contribuinte se creditou a mais pelas compras das mercadorias, nos meses de junho e julho de 2016, no valor de R\$13.188,64, acrescido da multa de 150%. Enquadramento: art.42, inciso V, alínea “b”;

Infração 02 - 01.02.71. - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior, nos meses de julho e agosto de 2016 no valor de R\$13.188,64 acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 01.05.03 - deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Contribuinte é atacadista de pescados e optou pelas saídas com redução de base de cálculo (41,176%), sendo obrigado a estornar o crédito pelas entradas na mesma proporção. Ocorrências nos meses de julho a dezembro de 2015, janeiro a março, e agosto a dezembro de 2016, no valor de R\$18.124,20, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 – 03.02.04. - recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nos meses de janeiro, julho, agosto, outubro e novembro de 2016, no valor de R\$13.885,05, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - 03.02.06 - recolheu a menos ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo nos meses de janeiro, maio, junho, outubro a dezembro de 2015, junho a novembro de 2016, no valor de R\$14.581,26, acrescido da multa de 60%;

O autuado impugna o lançamento às fls.102/114. O autuante prestou a informação fiscal fls. 121/122. O autuado volta a se manifestar fls. 127/130.

Em pauta suplementar, após análise e discussão sobre a matéria, os membros da 3ª JJF decidiram converter em diligência o presente processo fl.163, à INFAS Cruz das Almas, a fim de que o auditor fiscal AUTUANTE, tomasse as seguintes providências: **“a) intimasse o Autuado, concedendo cópia desse pedido e um prazo de 10 (dez) dias para elaborar demonstrativos com**

base no levantamento fiscal, apresentando os documentos fiscais que sustentam os seus registros fiscais no tocante às alegações defensivas, a respeito das infrações contestadas, para comprovar, dessa forma, os argumentos trazidos em sua impugnação; b) apreciasse à luz da legislação vigente e da EFD - Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, a legitimidade de suas alegações. Os valores que fossem assim comprovados deveriam ser excluídos do levantamento fiscal; c) caso seja realizado ajustes para as infrações contestadas, deveria ser elaborado novo demonstrativo de débito ...”.

Cumprida a diligência fls. 167/217, o Auditor fiscal presta nova informação fiscal a respeito da referida diligência fls. 220/221. Consta às fls.224/226, extrato do SIGAT/SICRED demonstrando valores reconhecidos pelo Autuado. A JJF após as intervenções das partes proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por sete infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Após analisar as peças componentes do presente PAF, verifico que as infrações 04 e 07 foram reconhecidas pelo sujeito passivo, que requereu os respectivos parcelamentos, conforme provam documentos extraídos do SIGAT/SICRED fls. 224/226, não existindo lide a ser julgada a respeito das mesmas. Infrações mantidas.

A defesa, em preliminar, suscitou a nulidade dos demais itens do auto de infração, alegando insegurança na determinação das infrações e dos valores lançados, visto que não foram detalhadas as notas fiscais que caracterizam o ilícito tributário, o que cerceou seu direito de defesa.

Da análise de todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que este processo contém falhas formais que se mostram insanáveis, razão pela qual não adentrarei ao mérito das imputações atribuídas ao sujeito passivo.

Compulsando os autos, observo que o Autuante, no que diz respeito às infrações 01, 02, 03, 05 e 06, deixou de materializar com clareza e exatidão a regularidade dos valores lançados como base de cálculo.

Neste caso, observo o cometimento dos seguintes vícios: a) desprezou a Escrituração Fiscal Digital - EFD do autuado, limitando-se aos dados informados na DMA para apurar infrações de natureza diversas; b) não indicou no levantamento fiscal as notas fiscais, CFOPs e demais características que permitissem apurar as irregularidades apontadas; c) desconsiderou as datas de ocorrência efetiva do fato gerador, na apuração do valor devido (data para lançamento de crédito fiscal só após o recolhimento do imposto); d) desprezou notas fiscais de devolução de vendas e dos retornos das vendas em veículos, gerando reflexo em todas as demais infrações levantadas.

Este procedimento feriu de morte o lançamento ora analisado, pois inexiste prova no processo de qual seja o valor real cobrado por cada operação nas infrações em comento, atinentes a este lançamento de ofício.

Não cabe ao Autuante determinar sem provas o valor da base de cálculo do lançamento de ofício, e é dever do Fisco determinar com segurança a liquidez do lançamento, comprovando a exatidão de seus cálculos, sem o que é nula a exigência fiscal.

Dessa forma, o Auto de Infração descumpre o disposto no inciso II, do artigo 130 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, que determina, in verbis:

Art. 130. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

II – dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

Nesse sentido, o lançamento de ofício também contraria o artigo 41, inciso II, do RPAF/99, que repete o teor do mencionado artigo do COTEB.

A autuação em foco enquadra-se ainda no estabelecido pela Súmula CONSEF nº 1:

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Ressalte-se por importante que a 3ª JJF na busca da verdade material, em pauta suplementar decidiu converter este processo em diligência à INFRAZ de origem para que dentre outras providências, fossem apreciadas à luz da legislação vigente e da EFD - Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, a legitimidade de suas alegações, apresentando os documentos que poderiam comprovar a exatidão do valor da base de cálculo das operações

objeto da imputação legal.

Em resposta à diligência solicitada, o Autuante afirmou que de fato conforme pedido pela defesa, o presente lançamento fiscal deveria ser julgado nulo pelas razões que ele próprio enumerou.

Assim, as infrações 01, 02, 03, 05 e 06 são nulas e representam à autoridade competente, no sentido de programar ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas e incorreções aqui apontadas, nos termos estabelecidos pelo art. 156 do RPAF/99.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Devido a desoneração ser maior de R\$100.000,00, a JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

É o relatório.

VOTO

Observa-se que a decisão da 3ª JJF (Acórdão JJF nº 0047-03/18), desonerou o sujeito passivo reduzindo parcialmente o crédito tributário lançado de R\$ 170.724,55, para R\$ 29.285,91, em valores atualizados à data do julgamento, fls. 242, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Verifica-se que o presente auto de infração é composto de 07 infrações, sendo inicialmente reconhecida pela autuada as infrações 04 e 07, sendo efetuado parcelamento de débito, conforme atestam documentos comprobatórios sob as 224 a 225, portanto, deixou de existir lide para julgamento. Acolho e mantenho a decisão de piso.

Inicialmente, em sede de defesa, o sujeito passivo suscitou a nulidade das demais infrações 01, 02, 03, 05 e 06, alegando os equívocos do auditor fiscal na apuração dos lançamentos de ofício, sob as fls 102 a 114, conforme discriminado:

- 1) Que deixou de demonstrar com clareza a metodologia que utilizara para identificar quais operações teriam resultado em falta de recolhimento ou apuração indevida de tributos cobrados, não indicando as Notas Fiscais e respectivos CFOPs, resumindo em apresentação de planilhas sucintas.
- 2) Que presumiu, por exemplo, as entradas de mercadorias baseado apenas nas informações prestadas pelo contribuinte na DMA, sem a devida observância da EFD e demais ferramentas disponibilizadas pelo fisco.
- 3) Que causou insegurança jurídica sobre os valores lançados, visto que não foram detalhadas as notas fiscais que caracterizam o ilícito tributário, o que cerceou o seu direito de defesa.

Verifica-se que o autuante presta a informação fiscal alegando que Auto de Infração em lide obedece todas as exigências da legislação tributária nacional e estadual, não contendo vícios insanáveis que inquinem nulidade.

Verifica-se ainda, que o autuante acatou os argumentos da autuada pela improcedência da infração 03, e manteve as infrações 01, 02, 05 e 06. Para sustentar a manutenção das infrações 01 e 02, o autuante afirmou que utilizou como ferramentas Notas fiscais eletrônicas, DAEs e DMA, justificando que a DMA é uma declaração eletrônica tão válida quanto a EDF, fls. 121.

Em 29/09/2017, em Pauta Suplementar, após análise e discussão sobre a matéria, a 3ª JJF em busca da legalidade e da verdade material, converteu o processo em diligência ao autuante, sob as fls. 163, para as seguintes providências:

- a) Intime o autuado, concedendo cópia deste pedido e um prazo de 10 dias para elaborar demonstrativos com base no levantamento fiscal, apresentando documentos fiscais que sustentam os seus registros fiscais no tocante às alegações defensivas, a respeito das infrações contestadas, para comprovar, desta forma, os argumentos trazidos em sua impugnação;

- b) aprecie à luz da legislação vigente e da EFD- Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, a legitimidade de suas alegações. Os valores que forem assim comprovados devem ser excluídos do levantamento fiscal;
- c) caso sejam realizados ajustes para as infrações contestadas, deverá ser elaborado novo demonstrativo de débito.

Ocorre que em resposta à diligência solicitada pela JJF, o autuante afirmou que após a apresentação de planilhas e demonstrativos apresentados pela autuada, chegou à conclusão que de fato, como pedido preliminarmente na peça de defesa sob as fls 109, o presente lançamento deve ser julgado NULO, pois não contém elementos que determine com segurança e exatidão a base de cálculo das infrações. Afirmou ainda, que à época da lavratura não dispunha de acesso à Escrituração Fiscal Digital da autuada, e usou como base de dados as informações transmitidas na DMA.

Na assentada da sessão de Julgamento em 04/04/2018, a 3ª JJF julgou pela procedência parcial do PAF em relação à infração 04 e 07, por ter sido reconhecido pela autuada, e pela nulidade das infrações 01, 02, 03, 05 e 06, por conter falhas formais insanáveis, com falta de clareza e exatidão quanto à regularidade dos valores lançados como base de cálculo.

Da análise dos elementos que compõem a Decisão recorrida, concordo com seu resultado, não merecendo qualquer modificação, pois foram analisadas as preliminares arguidas pelo defendant, assim como os elementos que compõem o presente PAF, como a descrição da infração, os termos da defesa, além dos esclarecimentos trazidos pelo autuante na informação fiscal e na diligência fiscal realizada, verificando que o presente no lançamento de ofício, não tinha segurança jurídica para validar o lançamento fiscal, do qual transcrevo parte da decisão:

Compulsando os autos, observo que o Autuante, no que diz respeito às infrações 01, 02, 03, 05 e 06, deixou de materializar com clareza e exatidão a regularidade dos valores lançados como base de cálculo.

Neste caso, observo o cometimento dos seguintes vícios: a) desprezou a Escrituração Fiscal Digital - EFD do autuado, limitando-se aos dados informados na DMA para apurar infrações de natureza diversas; b) não indicou no levantamento fiscal as notas fiscais, CFOPs e demais características que permitissem apurar as irregularidades apontadas; c) desconsiderou as datas de ocorrência efetiva do fato gerador, na apuração do valor devido (data para lançamento de crédito fiscal só após o recolhimento do imposto); d) desprezou notas fiscais de devolução de vendas e dos retornos das vendas em veículos, gerando reflexo em todas as demais infrações levantadas.

Este procedimento feriu de morte o lançamento ora analisado, pois inexiste prova no processo de qual seja o valor real cobrado por cada operação nas infrações em comento, atinentes a este lançamento de ofício.

Não cabe ao Autuante determinar sem provas o valor da base de cálculo do lançamento de ofício, e é dever do Fisco determinar com segurança a liquidez do lançamento, comprovando a exatidão de seus cálculos, sem o que é nula a exigência fiscal.

Ademais, tendo em vista que as disposições do RICMS-BA, que disciplina a Escrituração Fiscal Digital – EFD nos seus artigos 247 a 256, não foi utilizado pela fiscalização para apuração do lançamento fiscal, onde verifica-se que o sujeito passivo reiterou exaustivamente ao autuante a esclarecer e corrigir dúvidas e/ou incorreções constatadas nos prévios procedimentos de natureza tributária a seu cargo e transmitidas ao fisco via arquivos do SPED, (EFD), como atestam os elementos de prova trazidos aos autos, fls. 127 a 159.

Resta comprovado o vício substancial decorrente da insegurança quanto ao objeto da autuação, com amparo nos artigos 39, III e IV, “b” e 41 do RPAF/99.

Neste sentido, encontramos também amparo nos termos da Súmula nº 01, editada pela Câmara Superior deste CONSEF, é nulo o procedimento fiscal que não contenha de forma clara e comprehensiva a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Diante do exposto, o presente Auto de Infração é nulo, consoante o que determina o art. 18, IV, “a” do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade competente a possibilidade de

determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Diante de tais considerações, decido pela manutenção da decisão de piso.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **297248.0007/17-4**, lavrado contra **TRINO ORGANIZAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 17.564,67**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 8.388,70, e 60% sobre R\$ 9.175,97, previstas no art. 42, incisos I e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos. Recomenda-se à autoridade competente a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS