

**A. I. Nº** - 300766.0003/20-5  
**AUTUADO** - KENIO SUPERMERCADO LTDA.  
**AUTUANTES** - LUCIMAR RODRIGUES MOTA e JOSÉ NELSON DOS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ NORDESTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 03/05/2021

**3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0042-03/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendente não destacou o ICMS relativo às operações sujeitas ao pagamento do imposto. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2020, refere-se à exigência de R\$2.375.845,31 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Operação tributada como não tributada (ECF), no período de abril de 2015 a dezembro de 2017.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 20 a 41, requerendo que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos do Autuado no endereço constante no rodapé da impugnação. Alega que não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas operações que não tem destaque do imposto como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, a exemplo das mercadorias cera líquida, biscoito, vinho pérgula, chips, cheetos, Nutella, iogurte, energético nitrix, coxa de frango, etc., constantes no demonstrativo do autuante.

Afirma que não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias importadas, com similar nacional, uma vez que a alíquota aplicável é 4%, a exemplo de: filé de salmão, uva passa, luvas multiuso, arranjo sortido de flores, esfregão, etc., conforme consta no demonstrativo do autuante.

Registra que não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais de mercadorias para destinatários que possuam inscrição estadual, mas sim a alíquota de 12%, conforme demonstrará na apresentação do protocolo presencial, pós pandemia.

Também alega que não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para destinatários de operações sujeitas da cesta básica, como feijão, arroz, fubá, ovos, etc., conforme se constata no demonstrativo do autuante.

Diz que não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para destinatários de operações beneficiadas com isenção do ICMS, como frutas, verduras, tomate, broa, bolo, etc. como se vê no demonstrativo do autuante.

Afirma que não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para empresas optantes pelo Simples Nacional, uma vez que a alíquota aplicável é 7%, conforme consta no demonstrativo do autuante.

Relata que a Escrituração Fiscal Digital – EFD só passou a ser obrigatória para o autuado a partir de 01/09/2015. Dessa forma, no período de abril a agosto a exigência fiscal baseada em tal escrituração não observa o devido processo legal. Diz que foram muitos os equívocos ocorridos na ação fiscal, uns decorrentes de matéria de fato, outros de direito, culminando na lavratura do presente Auto de Infração, razão pela qual, este Órgão Julgador, se não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará improcedente.

Menciona a Constituição Federal de 1988 e afirma ser indispensável a demonstração pelo Fisco quanto ao critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação fiscal, bem como a falta de apreciação de todos os argumentos alegados na peça impugnatória configura inobservância aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Frisa que o RPAF prevê os princípios de direito que devem ser perseguidos no processo administrativo fiscal, com destaque aos princípios da verdade real e da ampla defesa, razão porque os julgadores devem perquirir a verdade fática. Menciona o art. 142 do Código Tributário Nacional e comenta sobre a atividade de constituição do crédito tributário pelo lançamento, destacando ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro.

Conclui que, diante da ausência de formalidade essencial, diante da ocorrência de vício insanável, em estrita consonância com o art. 18, IV, “a” do RPAF-BA/99, quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, este CONSEF deve decidir pela nulidade do lançamento de ofício.

Comenta sobre a preliminar de nulidade por falta de certeza e liquidez da acusação fiscal e afirma que a apuração da exigência fiscal, objeto da autuação, se afigura repleta de vícios que o macula e fragiliza, considerando a dificuldade de se conhecer a verdade real, para quando se aplicar o direito positivo ao caso concreto, alcançar a eficácia desejada, de modo a se atingir uma justa decisão.

Reproduz o art. 18, incisos II e IV do RPAF/BA e ementas de acórdãos do CONSEF pela nulidade de Autos de Infração, concluindo que o lançamento de ofício em comento deve ser declarado nulo por falta de certeza e liquidez e por inobservância do devido processo legal.

Caso assim não entenda este Órgão Julgador, o que somente admite “*ad argumentandum tantum*”, o defendente postula pela improcedência do presente Auto de Infração. Diz que na imputação foram consideradas todas as saídas de mercadorias como sendo tributadas à alíquota de 18%.

Ressalta que não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para empresas optantes pelo Simples Nacional. Sobre o tema, cita decisões do CONSEF. Também afirma que não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias importadas, com similar nacional, uma vez que a alíquota aplicável é 4%, mencionando decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Comenta que não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais de mercadorias para destinatários que possuam inscrição estadual, mas sim a alíquota de 12%, conforme CNPJ dos destinatários, comprovando o autuado que os adquirentes das mercadorias estavam cadastrados na situação de contribuinte nos Estados de destino das mercadorias. Reproduz ementas de acórdãos do CONSEF (Câmara e Juntas)

Registra que não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para destinatários de operações sujeitas à redução da base de cálculo do ICMS e isenção do imposto. Cita decisões do CONSEF. Apresenta o entendimento de que a infração em comento padece de motivação, conforme ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, discorrendo sobre o princípio da motivação. Diz que não havia motivo para que se procedesse a lavratura do presente Auto de Infração e a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado.

Também alega inobservância do devido processo legal, reproduz o art. 248 do RICMS/BA; ensinamentos do Professor Paulo de Barros Carvalho e ressalta que no Direito Tributário é nulo o Auto de Infração que não traga aos autos a prova que fundamente a imputação realizada. Diz que a infração tributária deverá sempre ser provada e sem comprovação não há que se falar em lançamento fiscal. Neste sentido, reproduz ensinamento de Clélio Berti em sua obra “O Processo Fiscal”, e ementas de decisões do CONSEF.

Por fim, requer a nulidade total do presente Auto de Infração. Caso assim não seja entendido, pede a improcedência da autuação fiscal e reitera o pedido para que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao patrono do autuado.

O autuante presta informação fiscal às fls. 52 a 54 dos autos, afirmando que todas as infrações cometidas pelo Autuado foram levantadas e demonstradas neste PAF, em conformidade com o enquadramento da Legislação deste Estado.

Diz que o autuado não se defende especificamente da acusação fiscal, apenas comenta sobre as diversas alíquotas aplicadas na legislação da Bahia, sem apontar erros nos demonstrativos que deram origem à constituição do Crédito Tributário.

Quanto à nulidade do Auto de Infração, diz ser inquestionável que o mesmo não desobedeceu ao que preceitua o art. 18 do RPAF/BA, ou seja, foi lavrado por servidor competente, foram entregues ao contribuinte as cópias do Auto de Infração e de todos os demonstrativos que compõem o PAF, a fim de que o seu direito de defesa fosse exercido. O lançamento possui elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza da infração, o infrator e o montante do débito tributário. PPede a procedência do presente Auto de Infração.

O contribuinte, por intermédio de seu advogado, solicitou que fosse adiado o julgamento, alegando que não conseguiria, em tempo hábil, realizar a juntada dos documentos comprobatórios os quais visam resguardar direitos do contribuinte. Assim, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pelo adiamento do julgamento, para ser incluído na pauta da sessão seguinte, independentemente de nova publicação, nos termos dos artigos 66 e 67 do Regimento Interno do CONSEF.

Na sessão de Julgamento do dia 13/04/2021 foi realizada sustentação oral por videoconferência pela advogada, Dra. Maria Manuela de Souza Sena Santos, OAB-BA Nº 62.379.

## **VOTO**

O defendente apresentou o entendimento de que o presente Auto de Infração deve ser considerado nulo, por falta de certeza e liquidez e por inobservância do devido processo legal.

Observe que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, conforme fls. 07 a 16 do PAF, e foram fornecidas ao defendente, cópias dos mencionados demonstrativos. Não foi identificado qualquer prejuízo ao impugnante, as irregularidades apuradas foram descritas de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos acostados aos autos.

Foi alegado nas razões de defesa, que a apuração da exigência fiscal, objeto da autuação, se afigura repleta de vícios que o macula e fragiliza, considerando a dificuldade de se conhecer a verdade real, para quando se aplicar o direito positivo ao caso concreto, alcançar a eficácia desejada.

Não acato a alegação defensiva, considerando que foi efetuado pelos autuantes, levantamento fiscal de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido. O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto ao mérito, a autuação fiscal trata da falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas

Conforme ressaltou o autuante na informação fiscal, o defendente apenas comenta sobre as diversas alíquotas aplicadas na legislação da Bahia, sem apontar erros nos demonstrativos que deram origem à constituição do Crédito Tributário. Portanto, o autuado não contestou os valores

apurados no levantamento fiscal. Foi destacado nos demonstrativos elaborados pelos autuantes que o levantamento fiscal trata de operações tributadas como não tributadas constantes no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), apuradas com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Observo que contribuinte que utiliza Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), deve emitir o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, e no levantamento fiscal foi constatada a existência de diversas operações de saídas de mercadorias processadas através de ECF, sem a necessária tributação, encontrando-se nos demonstrativos elaborados pelos autuantes os dados relativos ao código fiscal da operação, código do item, carga tributária informada pelo contribuinte, valor do ICMS informado pelo contribuinte, carga tributária definida na auditoria realizada e o valor do imposto exigido em cada operação.

Nas razões de defesa, o autuado alegou que não cabe a aplicação da alíquota de 18% em relação às seguintes operações: (i) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada; (ii) saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias importadas, com similar nacional; (iii) saídas interestaduais de mercadorias para destinatários que possuam inscrição estadual; (iv) mercadorias para destinatários de operações da cesta básica; (v) mercadorias beneficiadas com isenção do ICMS; (vi) saídas de mercadorias para empresas optantes pelo Simples Nacional,

Vale ressaltar, que apesar de contestar a exigência fiscal com os mencionados argumentos, o defendente não indicou as operações, nem acostou aos autos qualquer elemento para contrapor o levantamento fiscal, e a legislação estabelece que a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada de provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (art. 123 do RPAF/99), e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da atuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Também foi alegado, nas razões de defesa, que a Escrituração Fiscal Digital – EFD só passou a ser obrigatória para o autuado a partir de 01/09/2015, por isso, entende que no período de abril a agosto a exigência fiscal baseada em tal escrituração não observa o devido processo legal.

Não acato a alegação defensiva, considerando que a EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das Unidades Federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, e se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado, por meio dos arquivos eletrônicos, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros.

Concluo, que no presente Auto de Infração, o imposto foi apurado com base em informações prestadas pelo próprio autuado, conforme demonstrativos elaborados pelos autuantes e, neste caso, não haveria necessidade de outros levantamentos fiscais para comprovar a falta de recolhimento do imposto, como entendeu o defendente.

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

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que os documentos fiscais correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 300766.0003/20-5**, lavrado contra **KENIO SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.375.845,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA