

A. I. N° - 298958.0016/19-6
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/08/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0123-03/21-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Ajustes realizados pelo Autuante, em sede de diligência fiscal, reduz o valor originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido pedido de perícia técnica. Não acolhido pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/09/2019, refere-se à exigência de R\$111.789,13, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento a menos do ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadoria regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. Infração 03.02.02.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 42 a 68 do PAF. Inicialmente, comenta sobre a tempestividade da defesa, e esclarece que, em cumprimento ao § 3º, do art. 8º, do RPAF, enviou para o endereço eletrônico consefprocessos@sefaz.ba.gov.br a cópia exata da Impugnação (doc. 02).

Reproduz a acusação fiscal e diz que o presente lançamento, além de nulo, está totalmente improcedente, conforme se verá pelas razões jurídicas que passa a expor.

Reproduz o art. 2º do RPAF-BA, alegando que os princípios constantes no mencionado artigo estão sendo violados. Isto porque a liquidez do auto de infração requer a exibição de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, descrevendo-se minuciosamente a infração e apresentando os documentos comprobatórios, sob pena de afrontar os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, em violação ao art. 39, VI, do RPAF.

Diz que o autuante informa que a exigência se lastreia no demonstrativo fiscal, composto pelas planilhas de saída tributada a menor, relativo ao período de 2016 e 2017, que geraram a acusação de recolhimento a menor do ICMS. Porém, quando a planilha fiscal se refere a cupom fiscal, não identifica o ECF, nem o número do cupom, atribuindo número de documento fiscal genérico (1601, 1602, 1603, 1604, 1605, etc.), impedindo a verificação da procedência da acusação, especialmente quando deveria ter apresentado no mínimo, a cópia do cupom fiscal e não o fez.

Acrescenta que a planilha detalha o código do item comercializado, mas não informa o equipamento emissor do cupom fiscal correspondente, impedindo a verificação da procedência da acusação. Diz que a conclusão posta foi verificada a partir dos sistemas internos da empresa, onde demonstra a divergência apontada, sem haver, por parte do fisco, a certeza de que o código do produto que determina o item autuado esteja tratando do item correto.

Observa que em relação aos códigos dos produtos e a descrição dos itens há clara divergência entre o que consta na autuação e nos sistemas internos do impugnante. Entende que a identificação do equipamento emissor do cupom fiscal já seria insuficiente à comprovação da infração, pois o autuante tem obrigação de exibir os documentos fiscais. Mas nem isso se

forneceu, lhe impossibilitando comprovar as informações fiscais e os dados dispostos na planilha apresentada, especialmente quando a acusação é de erro de alíquota, a qual exige análise de produto a produto.

Ainda como consequência da falta de apresentação do cupom fiscal em si, alega que em alguns casos há divergência entre a mercadoria indicada na planilha fiscal e a efetivamente comercializada, conduzindo o Auditor à equivocada conclusão de erro de tributação, ignorando a verdade material, qual seja, ao item efetivamente comercializado e descrito no cupom fiscal, conforme demonstrado na planilha que elaborou.

Afirma que o exercício do direito de defesa resta prejudicado porque o relatório apresentado pelo autuante não corresponde aos cupons, não sabendo precisar a origem da divergência. O fato é que as mercadorias efetivamente comercializadas, não correspondem àquelas informadas no relatório fiscal. É possível que o erro tenha ocorrido desde a geração dos arquivos.

Diz que um erro não pode justificar outro. A acusação é de erro de tributação e não de geração dos arquivos. Assim, para apurar a procedência ou não, da acusação é preciso que se observe uma perfeita correlação entre o cupom e as planilhas da autuação. Daí a importância de apresentar o cupom fiscal para solução da controvérsia, sendo possível constatar a tributação aplicada à mercadoria efetivamente comercializada.

Ressalta que a apresentação dos documentos que respaldam a infração é obrigatoriedade disposta em lei, e não faculdade da fiscalização. Entende que mesmo elaborada com dados do contribuinte, a planilha não é suficiente para ser utilizada como prova da infração. A falta da identificação do equipamento emissor do cupom fiscal e apresentação do cupom fiscal prejudicam a verificação dos valores apresentados pela fiscalização, ou seja, a materialidade dos valores exigidos, situação que macula o crédito tributário exigido de iliquidez e incerteza, cerceando, por sua vez, o direito de defesa e o devido processo legal.

Afirma que o § 1º, do art. 39 do RPAF somente excepciona as exigências meramente formais. No caso em apreço, o lançamento incorre em nulidade por ausência de prova da infração em relação aos elementos determinantes da base material tributável, uma vez que a ausência da identificação dos cupons fiscais não é passível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis.

Diz que em caso análogo, o Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE) já se pronunciou no sentido de que apresentação dos documentos (planilha, escrita fiscal) em mídia digital, não dispensa a fiscalização de entregá-los também, em via impressa, evitando-se, desta forma, quaisquer erros e equívocos nos valores apresentados, como ocorre no presente caso, o que não foi observado pelo autuante, posto que sequer indicou o número do cupom fiscal, restringindo-se à identificação do produto pelo código.

Entende que mesmo que tivesse apresentado o equipamento ECF, o que não é o caso dos autos, o autuante não estaria desobrigado de apresentar os documentos fiscais. Ou seja, deve a fiscalização apresentar todos os documentos utilizados pelo Fisco para confecção da planilha ou demonstrativo de crédito tributário.

Diz que a premissa de que o lançamento seria válido apenas com a apresentação do demonstrativo, sem anexar todos os documentos utilizados no levantamento fiscal, não é suficiente para conferir certeza e liquidez ao crédito tributário.

Entende que, simplesmente mencionar que o autuado aplicou alíquota diversa da prevista em lei e com isso deixou de recolher o ICMS sem apresentar o documento fiscal, não é suficiente para dar validade ao procedimento fiscal, uma vez que tolhe o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, não só da Impugnante, mas também do julgador administrativo.

Menciona o art. 142 do CTN, e afirma ser obrigação legal apresentar o débito respaldado dos documentos correlatos, caso contrário, desprezará o direito ao contraditório e à ampla defesa

constitucionalmente assegurado (art. 5º, LV, da Constituição). Reproduz o art. 18, II e IV, “a” do RPAF-BA, e o entendimento do Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF), transcrevendo as ementas dos Acórdãos JJF Nº 2027/00 e CJF Nº 0384-12/02.

Conclui que se impõe a declaração de nulidade do Auto de Infração, primeiro, porque desobedeceu a dispositivos expressos em lei; e, segundo, porque essa insegurança repercute no seu amplo direito de defesa. Salienta que não se trata de meras incorreções ou omissões formais. Trata-se de omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento e que invalida o trabalho fiscal, porque lhe retira o seu direito de defesa.

Alega que a acusação não procede, visto que no levantamento fiscal constam produtos que no seu sistema não foram comercializados, sendo claro a divergência das informações, inclusive pelos valores. Exemplifica conforme segue:

- a) Azeitona com valor unitário de R\$1.599,00; R\$ 2.149,00 e R\$2.013,32: Alega que, de acordo com a planilha que elaborou, é possível visualizar que o autuante acusa produtos sem a certeza de que estão corretos. Em outras palavras, é nítido que um pote de azeitona verde de 100g, não tem como valor unitário a importância de R\$ 1.599,00.
- b) Copa fatiada sadia com valor unitário de R\$2.999,00; R\$3.099,01 e R\$2.799,00: Diz não ser possível encontrar nos supermercados o produto descrito acima comercializado por este valor. É indiscutível que os produtos autuados não condizem com o valor exigido.
- c) Batedeira Arno com valor unitário de R\$ 1.499,00; R\$ 1.599,00: Alega que em uma busca rápida pela *internet*, é possível perceber a diferença de valores. Indaga como pode um produto comercializado por R\$ 399,00 e ser acusado pelo autuante por R\$ 1.499,00 e R\$ 1.599,00.
- d) Gazebo 3x3 retra com valor unitário de R\$ 1.741,86; R\$ 1.773,37; R\$ 1.676,34 e R\$ 1.839,00: Diz ser mais um equívoco com relação ao valor unitário, pois ao realizar buscas na *internet*, percebe-se que o valor unitário do produto é em média R\$ 500,00, inexistindo, portanto, razões para prevalecer a acusação.
- e) Louro; Shampoo Anticaspa Volume 20; Sobremesa Chandelle Chocolate; Trident G Connection: Alega que estes produtos não condizem com os valores unitários exigidos. Com uma simples análise das planilhas que elaborou a título de exemplo da autuação, resta evidente a divergência entre as mercadorias indicadas na planilha fiscal e os valores exigidos.

Conclui que não há que se falar em erro na aplicação da alíquota, visto que os produtos não condizem com o valor exigido na autuação.

Aponta que a fiscalização desconsiderou a aplicação de benefício do Convênio 52/91 pelo fornecedor, para o produto Lavadora Karc K2conf/1. Frisa que o produto constante na NF 628612, chave de acesso (3516 1247 1109 6000 0178 5500 1000 6286 1218 4453 5369), o autuante deixou de considerar que o Convênio ICMS nº 52/91, concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, determinando o percentual de 8,80% nas operações internas, nos termos do inciso II da Cláusula Primeira do citado Convênio.

Afirma que recolheu o ICMS em conformidade com esta legislação, que é lei em sentido estrito e, portanto, não subsiste razão para tal questionamento, motivo pelo qual improcede a alegação de que houve recolhimento a menos.

Acrescenta que mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal. Duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

No que atine ao primeiro ponto, cediço é que penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, não havendo, inclusive, por parte da fiscalização qualquer menção a existência de fraude ou sequer seu indício.

Significa dizer que, longe de haver fraude ou dolo do contribuinte, seu procedimento – perpetrado com amparo na mais lúdima boa-fé – foi completamente amparado pela legislação de regência atual e vigente, de sorte que, não pode ser penalizada por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regramentos de regência.

Registra que em casos como tais, os pretórios administrativos entendem pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante. A título de exemplo, menciona decisão proferida pelo CARF.

Também alega que a multa aplicada viola frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Diz que o Supremo Tribunal Federal, desde os idos de 1980, já entendia pela aplicabilidade do princípio do não-confisco às multas tributárias, admitindo sua equitativa redução pelo magistrado.

Em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e erga omnes), o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco.

Requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Aduz, ainda, que deve ser levado em consideração o benefício da dúvida. Diz que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Por fim, requer o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal.

Sucessivamente, pede, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco. Em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica, a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O autuante presta informação fiscal às fls. 101 a 106 dos autos. Quanto à alegação de nulidade, informa que o presente Auto de Infração, está revestido de todas as formalidades legais, logo, não há o que se falar em nulidade ou cerceamento ao direito de defesa, uma vez que o defendente tomou ciência da lavratura do auto de infração em 03/10/2019, tendo direito ao prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação da defesa.

Diz que o autuado alega que a exigência fiscal se lastreia em demonstrativo de débito, composta pelas planilhas com as notas e os cupons fiscais emitidos em 2016 e 2017, e que a planilha não se refere a cupom fiscal, não identifica o ECF, nem ao número do cupom, atribuindo número de documento fiscal genérico (1601, 1602, 1603, 1701, 1702, etc.), impedindo a verificação da procedência da acusação.

Sobre essas alegações, informa que os cupons fiscais obedecem a *layout* padrão a nível nacional, não cabendo acréscimos, e os mencionados cupons são de propriedade do autuado, não sendo necessário anexar ao PAF, principalmente devido à sua grande quantidade.

Repete a alegação defensiva de que em relação a falta de apresentação do cupom fiscal em si, constatou que em alguns casos há divergência entre a mercadoria indicada na planilha fiscal e a efetivamente comercializada, levando o Auditor à equivocada conclusão de erro de tributação. Informa que apesar do alegado, o defendente não apresenta qualquer planilha ou demonstrativo que, inequivocamente, comprove o cometimento do equívoco e venha a criar o contraditório.

Diz que o defendente também alegou que o relatório apresentado pelo autuante não corresponde aos cupons, não sabendo precisar a origem da divergência. Informa que as planilhas de débito anexadas a este PAF foram extraídas da EFD – Escrituração Fiscal Digital, transmitidas através do SPED, mensalmente, à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Transmissão esta, que o impugnante deve ter em seu poder, o recibo de entrega.

Informa que ao analisar a planilha de débito constata-se facilmente a tributação a menor praticado pelo impugnante, como: COLUNA G – Descrição da mercadoria; COLUNA N – Base de cálculo das mercadorias; COLUNA O – Alíquota efetiva utilizada pelo autuado; COLUNA P – Tributação pelo ICMS; COLUNA R – Alíquota que deveria ter sido utilizada; COLUNA T – Débito Apurado.

Diz que o defendente descreve algumas mercadorias, e cita alguns valores, tentando comprovar a improcedência do Auto de Infração. Passa a contra-arrazoar as alegações defensivas.

Produtos com Divergência Entre a Mercadoria Indicada na Planilha Fiscal e os Valores Cobrados:

- a) Azeitona – Produto tributado pela alíquota de 18%;
- b) Copa Fatia Sadia - Produto tributado pela alíquota de 18%;
- c) Batedeira Arno - Produto tributado pela alíquota de 18%;
- d) Gazebo 3x3 - Produto tributado pela alíquota de 18%;
- e) Louro – Produto tributado pela alíquota de 18%;
- f) Shampoo Anticaspa Volume 20 – Produto tributado pela alíquota de 18%;
- g) Sobremesa Chandelle Chocolate – Produto tributado pela alíquota de 18%, mas o autuado deu saída do produto pela alíquota de 7%;
- h) Trident G Connection - Produto tributado pela alíquota de 18%.

Com exceção da sobremesa Chandelle Chocolate, em que o autuado deu saída do produto, indevidamente, pela alíquota de 7%, para todos os demais, deu saída do produto aplicando alíquota de 12%.

Informa que diante da falta de apresentação de qualquer prova material que comprove o não cometimento do ilícito fiscal e da apresentação de robustas provas que venham a criar o contraditório, mantém a cobrança do presente PAF em seu montante integral.

Consta as fls.109/110, extrato do SIGAT/SICRED com recolhimento de valores reconhecidos pelo autuado.

Na defesa e em sustentação oral no dia julgamento, o patrono da autuada alegou, que no levantamento fiscal constam produtos, que no seu sistema não foram comercializados, sendo extremamente clara a divergência das informações, inclusive pelos valores. Citou exemplos.

Assim, após análise na sessão de Julgamento, esta 3ª JJF deliberou por converter o processo em diligência fl.113, para o Autuante se manifestar sobre as diferenças de preços alegadas pelo defendente, devendo efetuar os necessários ajustes no levantamento fiscal.

A diligência foi realizada fls. 117/119. Sobre os argumentos do contribuinte, comenta os exemplos citados.

Esclarece que após análise do referido PAF, descreve, ponto a ponto, as alegações defensivas e o solicitado na diligência pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Diz que da análise da EFD da Autuada, transmitida à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, constata a exorbitância dos valores unitários para os mencionados produtos. Informa que o Demonstrativo de Débito, que embasa a Infração foi extraído das EFD's - Escrituração Fiscal Digital (planilhas em anexo).

Explica que, apesar da constatação de que tais valores constam realmente nas EFD's, exclui os produtos mencionados do levantamento fiscal, além de outras mercadorias, cujos valores foram constatados como acima do preço de mercado.

Informa que acata parcialmente as alegações da Autuada, efetua os expurgos pertinentes e refaz o Demonstrativo de Débito, remanescendo em favor da Fazenda Pública Estadual, um crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$56.768,92, acrescido dos consectários legais pertinentes.

Ao tomar ciência da diligência realizada, o Autuado volta a se manifestar fls.129/139. Afirma que sua Manifestação é tempestiva. Repete a acusação fiscal com o valor lançado. Sintetiza os fundamentos que sustentaram sua defesa.

Aduz que embora o Autuante tenha acatado parcialmente suas alegações, se absteve de se manifestar, acerca do argumento de que a planilha fiscal não identifica o ECF e nem o número do cupom, atribuindo número de documento fiscal genérico (1601, 1602, 1603, 1604, 1605, etc.), impedindo a verificação da procedência da acusação, quando deveria ter apresentado no mínimo a cópia do cupom fiscal.

Afirma que também não foi enfrentada a questão do benefício do Convênio 52/91 para o produto LAVAD KARC K2CONF/1. Portanto, o auto de infração se figura improcedente.

Pela eventualidade, reitera os argumentos sobre a nulidade do lançamento fiscal. Primeiro, porque a Informação Fiscal não elide a fundamentação da defesa no sentido de que houve preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude da ausência de comprovação da acusação fiscal.

Segundo, por que os princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito, estão sendo violados. Isto porque, a liquidez do auto de infração requer a exibição de todos os dados tendentes a comprovação do valor exigido, descrevendo-se minuciosamente a infração e apresentando os documentos comprobatórios, sob pena de afrontar os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, em violação ao art. 39, VI, do RPAF/99.

Porém, quando a planilha fiscal se refere a cupom fiscal, não identifica o ECF, nem o número do cupom, atribuindo número de documento fiscal genérico, impede a verificação da procedência da acusação, especialmente quando o Autuante deveria ter apresentado no mínimo a cópia do cupom fiscal e não o fez.

Na sessão de julgamento, por vídeo conferencia, registrada a presença da Dra. Lilian Maciel Torres – OAB nº 50.749, que realizou sustentação oral.

VOTO

O autuado alegou que o lançamento é nulo, pelo cerceamento ao direito de defesa, afirmando que não há comprovação da infração, por ter a planilha do levantamento fiscal deixado de identificar o cupom fiscal correlativo ao produto comercializado, com suposto erro de alíquota; e ainda, por ter deixado de apresentar os cupons em si, que deram origem ao lançamento.

Afirmou que houve descumprimento de dispositivo legal e ausência de comprovação da infração, reproduzindo o art. 2º do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99. Disse que a liquidez do auto de infração, requer a exibição de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, descrevendo-se minuciosamente a infração e apresentando os documentos comprobatórios, sob pena de afrontar os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, em violação ao art. 39, VI do RPAF, que reproduziu.

Disse que a falta da identificação do equipamento emissor do cupom fiscal e apresentação do cupom fiscal, prejudicam a verificação dos valores apresentados pela fiscalização, ou seja, a materialidade dos valores exigidos, situação que macula o crédito tributário exigido de iliquidez e incerteza, cerceando, por sua vez, o direito de defesa e o devido processo legal.

Observe que a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento, deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado. No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

O defendente também alegou que a planilha fiscal se refere a cupom fiscal, mas não identifica o ECF, nem o número do cupom, atribuindo número de documento fiscal genérico (1601, 1602, 1603, 1604, 1605, etc.), impedindo a verificação da procedência da acusação, especialmente quando o Autuante deveria ter apresentado no mínimo a cópia do cupom fiscal e não o fez.

Na informação fiscal, o autuante disse que em relação a essas alegações, os cupons fiscais obedecem a *layout* padrão a nível nacional, não cabendo acréscimos, e os mencionados cupons são de propriedade do autuado, não sendo necessário anexar ao PAF, principalmente devido à sua grande quantidade.

Informou que todo o trabalho de auditoria que originou esta infração teve por base a Escrituração Fiscal Digital – EFD – do defendente, que é a escrita oficial do estabelecimento, e que contém todas as operações de entradas e saídas de mercadorias, por produto, e com todos os dados e valores inerentes a estas operações, e que também se encontram anexados aos autos em mídia.

Constata-se que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelo autuante, de acordo com a Escrituração Fiscal Digital e documentos fiscais emitidos pelo defendente, e lhe foi fornecida cópia dos mencionados demonstrativos.

Quanto ao argumento defensivo de que o autuante deixou de apresentar os cupons fiscais que deram origem ao lançamento, e indicar os ECFs, observe que tais elementos apresentam relação com o levantamento fiscal, e se tratam de fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão em sua posse, cuja cópia não acostada aos autos, não prejudica a defesa. Tanto é assim, que o defendente identificou e apontou, dados no levantamento fiscal que reputou inconsistentes. Portanto, não foi constatado no presente processo, necessidade de promover a busca desses documentos.

Conforme citado neste voto e informado pelo Autuante, o procedimento fiscal foi realizado em função dos dados extraídos da Escrituração Fiscal Digital – EFD do defendente. 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.

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 dados constantes nos documentos fiscais relativos às entradas, saídas

e estoques de mercadorias. Logo, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros, antes da ação fiscal.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entendeu serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Realizou também, recolhimento de parcela do valor exigido no lançamento de ofício, que reconheceu como devido.

Ademais, a realização de diligência foi deferida por esta 3ª JF, tendo sido reconhecido pelo Autuante, valores inconsistentes declarados pelo próprio Autuado em sua EFD, relativamente a preços das mercadorias apontadas pelo defendente, realizando a exclusão destes produtos do levantamento fiscal.

Cabe registrar, que em sustentação oral, a advogada do Autuado declarou, que mesmo após a diligência realizada, persistiriam alguns produtos com valor unitário inconsistente. Citou toalha de banho. No entanto, deixo de acatar tal alegação, visto que não veio acompanhada de provas com o condão de elidir a acusação fiscal.

É sabido que a política de preços de determinados produtos varia em função do perfil da clientela alvo, da localização e porte do estabelecimento etc. Sendo assim, caberia ao defendente carrear a prova inequívoca que sustentasse sua alegação, o que não ocorreu.

Dessa forma, constato 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/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia técnica, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I, e II, “a” e “b” do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide, e não depende de conhecimento especial de técnicos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, o presente auto de infração trata de recolhimento a menos do ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2017.

O defendente alegou que a acusação não procede, visto que no levantamento fiscal constam produtos que no seu sistema não foram comercializados, sendo extremamente claro a divergência das informações, inclusive pelos valores. Disse que nos produtos listados pela fiscalização, existiam divergências entre o preço unitário da mercadoria indicada na planilha fiscal e os valores reais de tais produtos. Citou exemplos.

Ante a insistência deste argumento em sustentação oral, em sessão de Julgamento anterior, esta 3ª JF decidiu pela conversão do presente PAF em diligência, para que o Autuado se manifestasse sobre esta questão.

Em cumprimento à diligência, o Autuante informou, que ao analisar a planilha de débito, constata-se facilmente a tributação a menos praticada pelo impugnante. Reiterou as colunas constantes no levantamento fiscal, como: Coluna G – Descrição da mercadoria; Coluna N – Base de cálculo das mercadorias; Coluna O – Alíquota efetiva utilizada pelo autuado; Coluna P – Tributação pelo ICMS; Coluna R – Alíquota que deveria ter sido utilizada; Coluna T – Débito Apurado.

Sobre os produtos questionados pelo defendente, apontou as divergências existentes entre a determinação legal da alíquota para as mercadorias indicadas na planilha fiscal, e os valores cobrados, a exemplo de Azeitona – Produto tributado pela alíquota de 18%, mas o autuado deu saída do produto pela alíquota de 12%.

Relativamente aos preços unitários contestados, disse que da análise da EFD da Autuada, transmitida à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, constatou a exorbitância dos valores unitários para os mencionados produtos, no entanto, o Demonstrativo de Débito, que embasa a Infração foi extraído da EFD - Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, conforme planilhas em anexo.

Explicou que excluiu os produtos mencionados do levantamento fiscal, além de outras mercadorias, cujos valores foram constatados como acima do preço de mercado, acatando esta alegação da Autuada, efetuando os expurgos pertinentes e refazendo o Demonstrativo de Débito, cujo débito remanesce em favor da Fazenda Pública Estadual, no valor de R\$56.768,92, acrescido dos consectários legais pertinentes.

O defendente alegou ainda, que o Autuante deixou de considerar o Convênio ICMS nº 52/91, que concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, sobre este ponto de sua defesa o percentual de 8,80% nas operações internas, nos termos do inciso II da Cláusula Primeira.

Sobre esta alegação, observo que o mencionado Convênio concede redução de base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio.

Caberia ao defendente comprovar, pelo porte do equipamento, voltagem, destinação, dentre outras, que as mercadorias comercializadas se tratavam efetivamente, de operações com máquinas e equipamentos industriais arrolados no Anexo I, do Convênio ICMS nº 52/91. Considerando que o defendente não comprovou que as mercadorias apontadas são efetivamente industriais para gozar do benefício, não é acatada sua alegação.

O defendente ressaltou, que mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez, com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal.

Afirmou que duas são as razões que afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal, não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99.

O autuado apresentou o entendimento de que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Disse que o art. 112 do CTN, é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Disse que assim também entende os Tribunais Superiores, conforme decisões que citou.

Entretanto, não há como aplicar o referido princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto à infração imputada ao autuado, ficando indeferida a solicitação do defendente.

Sendo assim, acolho o novo levantamento fiscal com os ajustes realizados pelo Autuante, e a infração remanesce parcialmente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0016/19-6**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.768,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR