

PROCESSO - A. I. Nº 089008.0019/20-6
RECORRENTE - MERSALUC COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0149-03/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0141-12/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. O levantamento fiscal que embasa a exação, explícita de forma minudente os documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento, objeto da autuação, constantes da EFD, bem como o passo a passo da apuração do débito exigido. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0149-03/21-VD, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado para exigir o valor de R\$ 76.399,29, inerente a quatro exações, sendo objeto recursal a infração 2, cuja acusação é de recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$ 59.714,84, em razão de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2017.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 75.613,87, após certificar presentes os pressupostos de validade processual e, no mérito, em relação à infração 2, tecer as seguintes considerações:

VOTO

[...]

A Infração 02 refere-se ao recolhimento a menos do ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo acostado às fls. 20 a 32 e CD, à fl. 47.

O Defendente, em suas razões de defesa, afirmou que a Infração não restou comprovada, tendo em vista que as planilhas na modalidade de Excel elaboradas pelo Autuante, torna impossível a comprovação do seu efetivo cometimento. Informou o Defendente, que elaborou planilhas nos mesmos moldes das apresentadas pela fiscalização, nas quais não constam qualquer irregularidade. Em suma, essas foram as alegações da Defesa para impugnar a acusação atinente a esse item da autuação.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, manteve a autuação, esclarecendo que nas planilhas apresentadas pelo Autuado contêm os valores do ICMS, que foram debitados e preenchidos. Assevera que essa planilha elaborada pelo Defendente, se encontra totalmente divergente dos dados constantes da EFD enviada para a SEFAZ, e das NFC-e. Destaca, que no presente PAF, encontra-se anexado um CD-R, com as planilhas originais, cuja cópia foi entregue ao Autuado.

Ao compulsar os elementos que compõem o contraditório, constato que o levantamento fiscal que embasa a autuação, acostado às fls. 20 a 32, e CD-R à fl. 47, cuja cópia foi entregue ao Autuado, fls. 49 a 51, explícita de forma minudente os documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento autuado e constantes da EFD, bem como o “passo a passo” da apuração do débito exigido nesse item da autuação.

Em suas razões de defesa, o Impugnante, mesmo dispondo de meios de prova, uma vez que emitiu os documentos elencado no levantamento fiscal e elaborou a sua EFD enviada à SEFAZ, não apresentou qualquer elemento de prova capaz de elidir a acusação fiscal. A planilha apresentada pela Defesa, apenas reproduz o conteúdo da planilha elaborada pelo Autuante, com base na EFD incluindo na coluna, “Alíquota Debitada”, em todas as operações listadas, a alíquota de 18%, e na coluna “ICMS Debitado”, o valor do ICMS supostamente debitado, sem apresentar a origem de tais informações adicionadas, e muito menos, apresentar cópia dos documentos fiscais que dessem suporte aos referidos valores.

Portanto, pelo expendido, resta evidenciado, que ante à falta de qualquer elemento que comprovasse a origem dos valores lançados na planilha apresentada pelo Impugnante, essa peça se configura em mera alegação. Logo, não tem o condão de elidir a acusação fiscal, destituída que se afigura de valor probante.

Concluo pela subsistência da Infração 02.

[...]

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, de fls. 256 a 260 dos autos, restrito à exação 2, o recorrente alega que a modalidade de apuração ocorre de maneira intangível, tendo como prova material as planilhas anexas ao Auto de Infração no total de 304 páginas, na modalidade de EXCEL, extraídas da EFD do requerente, do que contesta a Decisão recorrida de que a *cópia do levantamento fiscal foi entregue ao Autuado*, o qual *explicita de forma minudente (...) o passo a passo da apuração do débito exigido nesse item de autuação*.

Sustenta que as planilhas foram produzidas de forma que não possibilitam o contraditório, eis que os valores se encontram acumulados, ou seja, o total do ICMS mensal que supostamente não foi recolhido.

Destaca que as planilhas não apresentam a fundamentação do que está sendo cobrado, o cupom fiscal eletrônico traz o conteúdo, data, hora, NCM do produto, descrição do produto, alíquota aplicada, valor do tributo devido na operação. Alega que na ausência desses elementos torna-se impossível para o autuado aferir a infração e tão pouco contestar, pois, o conjunto do material produzido e entregue, mesmo extraído da EFD, demonstram uma serie de valores que por sua vez não se tem condições de serem avaliados, eis que estão acumulados mensalmente de forma que não expressam unitariamente a pretensa infração fiscal, data, o produto, o cupom fiscal, a alíquota praticada, e o imposto devido.

Aduz que, se a situação fosse inversa e se fosse o autuado que pleiteasse o ressarcimento do imposto pago a maior, ou indevido e não junta-se em seu requerimento todos os elementos que comprovassem a veracidade do alegado, ou seja, apresentasse uma planilha nos mesmos moldes que lhe foi apresentado, ausente os elementos necessários para uma efetiva análise que propicia-se um estudo aprofundado para a tomada de decisão e, se no requerimento do indébito tributário não existisse o número do documento fiscal, a data, o produto e o valor do imposto pago a maior, de forma pormenorizada cada operação que evidencia-se e comprova-se o indébito que hipoteticamente deseja a restituição, com certeza a Secretária da Fazenda iria indeferir a restituição por ausência de comprovação que o imposto foi recolhido a maior, até mesmo por força da legislação vigente.

Assim, o recorrente defende que, da mesma forma, não pode ser diferente, pois, tal princípio, também é aplicado com o contribuinte, visto que a infração fiscal tem que ser apresentada analiticamente e não de forma sintética, do que registra que na peça de defesa pretendeu demonstrar que os mesmos elementos usados para apurar a infração, também servem para demonstrar sua improcedência.

O apelante sustenta que o conteúdo do CD-R, bem como as planilhas foram extraídas da EFD do autuado, entretanto com os dados apresentados não possibilitam sua verificação. Ao acessar a EFD não é possível constatar objetivamente a procedência da infração.

Segundo o recorrente, *“Assim potencialmente estamos distante de um processo administrativo revestido de legalidade e imparcialidade, o lançamento tributário é, a rigor, um ato administrativo. Entretanto, esse ato é sempre praticado ao cabo de um procedimento preparatório, que pode ter complexidade e extensão maior ou menor”*, do que transcreve o art. 142 do CTN para, em seguida, concluir que o lançamento tributário tem natureza jurídica mista, sendo constitutiva quanto ao crédito tributário e declaratória quanto à obrigação tributária, porém necessariamente deve conter todos os requisitos necessários para sua comprovação, e garantindo ao autuado o direito de contestação.

Por fim, requer a improcedência da infração 2, tendo em vista a impossibilidade de determinar

efetivamente se ocorreu a infração, ausência pormenorizada dos valores individuais que estão sendo cobrados, onde a apresentação de forma sintética ofende o direito do contraditório.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância quanto à infração 2, julgada subsistente, a qual exige o ICMS sob a acusação de recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$ 59.714,84, em razão de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, conforme recorte de planilhas, às fls. 20 a 32 dos autos, e mídia eletrônica (CD-R), à fl. 47 dos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, consoante documento “CIENTIFICAÇÃO DE LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO/NOTIFICAÇÃO FISCAL”, às fls. 49 a 51 dos autos, enviados via Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), com data de postagem e de ciência de 21/09/2020.

A tese recursal é de cerceamento do direito de defesa, já que as planilhas EXCEL extraídas da EFD que fundamentam a infração, foram produzidas de forma que não possibilitam o contraditório, tendo em vista: total de 304 páginas, valores acumulados e não apresentar fundamentação do que está sendo cobrado, visto que no cupom fiscal constam: data, hora, NCM e descrição do produto, alíquota aplicada, valor do tributo devido na operação. Logo, na ausência desses elementos, torna-se impossível ao autuado aferir a infração e tão pouco contestar, pois, o conjunto do material produzido e entregue, mesmo extraído da EFD, demonstra uma série de valores que por sua vez não se tem condições de serem avaliados.

Como já dito na Decisão da JJF, no levantamento fiscal que embasa a exação, intitulado de “SAÍDAS A MENOR – ERRO DE ALÍQUOTA – VIA EQUIPAMENTO FISCAL”, explicita de forma minudente os documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento, objeto da autuação e constantes da EFD, bem como o “passo a passo” da apuração do débito exigido nesse item da autuação, pois nele consigna: data, CFOP, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, unidade, valores unitário e do item, base de cálculo, alíquotas debitada e correta, ICMS correto e reclamado, cujos valores analíticos são totalizados mensalmente.

Logo, não há espaço para a alegação recursal de que “Na ausência desses elementos torna-se impossível para o Autuado aferir a infração e tão pouco contestar”, e muito menos, ao finalizar sua peça recursal, ao requerer “A improcedência da infração 02, tendo em vista a impossibilidade de determinar efetivamente se ocorreu a infração, ausência pormenorizada dos valores individuais que estão sendo cobrados, onde a apresentação de forma sintética ofende o direito do contraditório”.

Ademais, na Informação Fiscal, às fls. 230 e verso dos autos, o autuante revela, conforme excerto abaixo, que o contribuinte apresentou em sua impugnação, levantamento fiscal (fls. 74 a 225 v) com valores de ICMS debitados divergentes dos consignados na EFD enviada à SEFAZ, o que, no mínimo, já denota que não houve a alegada impossibilidade ao contraditório pelo sujeito passivo:

“O autuado apresenta uma planilha (fls. 74 a 225) com os valores do ICMS que foi debitado, todos devidamente preenchidos. Esta planilha fornecida pelo contribuinte se encontra totalmente divergente da que nos foi enviada pela Secretaria da Fazenda, através da EFD e de solicitação para as NFCe.”

Porém, o mais grave é que na aludida planilha anexada à impugnação, vislumbra-se que ao contrário do quanto apurado na ação fiscal através da EFD, enviada pelo próprio sujeito passivo à SEFAZ, o defendente consigna alíquota, valor do ICMS diversos, como se pode comprovar através do cotejo entre os levantamentos fiscais de fls. 20 a 32 (autuante) e de fls. 74 a 225 (autuada), conforme exemplo a seguir:

Resumo da planilha produzida pelo autuante (fl. 20):

Data	Nº Doc	Mercadoria	B. Cál.	Alíq. Debitada	ICMS Debitado	Alíq. Correta	ICMS Correto	ICMS Reclamado
31/01/2017	1701	Rodo Condor	30,98	0%	-	18%	5,58	5,58

Resumo da planilha produzida pelo autuado (fl. 74):

Data	Nº Doc	Mercadoria	B. Cál.	Alíq. Debitada	ICMS Debitado	Alíq. Correta	ICMS Correto	ICMS Reclamado
31/01/2017	1701	Rodo Condor	30,98	18%	5,58	18%	5,58	-

Nos termos do art. 247 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), “A *Escrituração Fiscal Digital – 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 (Convênio ICMS 143/06)”.

Também se faz necessário consignar, que conforme previsto no art. 215 do RICMS vigente à época dos fatos, “A *escrituração dos livros fiscais* será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, **sob sua exclusiva responsabilidade**”, cujos registros fiscais devem refletir fielmente a operação, de modo a consubstanciar meio de prova da efetiva operação.

De igual modo, verifica-se que a necessidade de qualquer retificação da EFD deveria ocorrer antes do início da ação fiscal, e que até então o contribuinte não apresentou qualquer proposta para retificação da EFD com os valores dos créditos corrigidos, como previsto no art. 251 do RICMS.

Também não restou comprovado o efetivo recolhimento do imposto decorrente das alterações entre as alíquotas incidentes nas operações consignadas na EFD enviada à SEFAZ, objeto da exação fiscal, com as alíquotas constantes nas planilhas anexas às razões de defesa, as quais não possuem nenhum valor probante para eximir o contribuinte da acusação fiscal.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **089008.0019/20-6**, lavrado contra **MERSALUC COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 75.613,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “d” e “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS