

PROCESSO - A. I. Nº 141596.0012/18-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PEDREIRAS CARANGI LTDA.
RECORRIDOS - PEDREIRAS CARANGI LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0138-01/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0191-12/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, confirmou a ocorrência de erros materiais no levantamento fiscal, além dos reconhecidos pela fiscalização, que foram saneados e implicou na redução do débito. Excluídos da exigência fiscal os valores em que se operacionalizou a decadência prevista no § 4º, do art. 150 do CTN. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, em razão da Decisão proferida que desonerou o valor parcial da infração 1, julgada Procedente em Parte, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b” do citado Regulamento, referente à mesma infração.

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2018, exige ICMS pela falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Consta na descrição dos fatos que refere-se a recolhimentos efetuados a menor relativamente a aquisições sob os CFOPs nºs 2551 e 2556 (2013, 2014 e 2015) – R\$ 703.060,44, acrescido da multa de 60%.

Na decisão proferida (fls. 938 a 951) a 1ª JJF inicialmente afastou a nulidade suscitada sob o argumento de que o lançamento apresentava diversos vícios não passíveis de saneamento, consignando recolhimentos a menos efetuados e o objeto da autuação, se referiram a “aquisições sob os CFOPs nºs 2551 e 2556”, fundamentando que na situação presente é possível identificar a acusação fiscal e não causou prejuízo que impedisse de exercer plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, conforme ocorreu.

Também, afastou outras nulidades apreciando que:

Quanto à arguição de nulidade por imprecisão, atinente aos elementos de identificação do crédito lançado e erro na apuração da base de cálculo, em razão da existência de erros em sua identificação, por certo que os erros apontados não inquinam de nulidade o lançamento, haja vista que passíveis de ajustes e correções, aliás, registre-se, conforme realizados mediante diligência.

No tocante aos vícios que o autuado considera insanáveis, no caso: inexistência de 85 Notas Fiscais arroladas na autuação; existência de 76 Notas Fiscais consideradas em duplicidade; existência de 6 Notas Fiscais com Operação “Outras Saídas”; existência de 02 Notas Fiscais cujo ICMS foi Pago pelo Substituto Tributário; erro na Apuração dos Débitos de cada Competência Tributária, diversamente do alegado, considero que são equívocos sanáveis, haja vista que atinentes ao mérito da autuação, cabendo observar, que foram em parte corrigidos pela própria autuante na Informação Fiscal, e, posteriormente, mediante diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal a Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC/CONSEF).

Diante disso, não acolho as preliminares de nulidade arguidas, haja vista a inoccorrência de quaisquer das

hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Dec. Nº. 7.629/99.

Em seguida passou a apreciação do mérito.

O impugnante argui como prejudicial de mérito, a ocorrência da decadência parcial em relação aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro, fevereiro, março e junho de 2013, sob o fundamento de que no momento em que o Auto de Infração ingressou no mundo jurídico, ou seja, em 08/10/2018, data da efetiva notificação pessoal do Contribuinte, já havia ocorrido a perda do direito do Fisco de rever o lançamento por homologação, relativamente aos fatos geradores anteriores a 08/10/2013, em razão do disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

Efetivamente, assiste razão ao impugnante. A exigência fiscal atinente aos meses de janeiro, fevereiro, março e junho de 2013, foi alcançada pela decadência, de acordo com o § 4º do art. 4º do Código Tributário Nacional – CTN. Neste sentido aponta a jurisprudência deste CONSEF, sendo decorrente da orientação jurídica emanada da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, constante do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, no qual consignou-se que: [...] conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no Art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Entretanto, cabível ainda a exclusão dos meses de maio e julho de 2013, que foram incluídos no resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, conforme será visto no exame de mérito da autuação.

Assim sendo, considerando que a infração, de fato, é de recolhimento a menos do imposto, a contagem do prazo decadencial há que ser feita nos termos do art. 150, § 4º do CTN, cabendo, desse modo, a exclusão dos valores exigidos atinentes aos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho e julho de 2013.

No mérito propriamente dito, a diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC/CONSEF), trouxe como resultado, refletido nos termos do Parecer ASTEC Nº. 0014/2020, a constatação pelo diligenciador da veracidade das alegações defensivas.

O diligenciador esclareceu que verificou e analisou na sua totalidade as planilhas apresentadas pelo impugnante, constantes da mídia em CD-ROOM, ou seja, os seguintes arquivos:

- arquivo denominado “cálculo DIFAL01deoutubro2”, enviado pela própria autuante, no qual o impugnante adicionou a coluna “N”, denominada de “SITUAÇÃO”, “onde foram informados todos os equívocos cometidos pelo agente autuante”, constatando pela sua veracidade, nada tendo a alterar;

- arquivo denominado “Base SEFAZ – BA – NFs de entrada 2012_2013_2014_2015_2016” que demonstra todas as notas fiscais da empresa, extraídas da base informatizada da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que segundo o impugnante, “de sua análise, comprova-se a consideração de 85 (oitenta e cinco) notas fiscais inexistentes por parte da autuante”, também foi analisado, constatando pela sua veracidade;

- arquivo denominado “Recálculo DIFAL Pedreira Carangi – AI 145596.0012/18-3, que segundo o impugnante “representa a descrição detalhada do ajuste da base de cálculo do ICMS reivindicado, resultando o valor de R\$ 311.168,90, a ser recolhido”, correspondendo aos valores apurados e devidos pelo autuante, constatando estarem corretos.

Explicou o diligenciador, que como ficaram comprovadas as alegações defensivas e atinentes aos itens acima referidos, e como o autuado já efetuara as exclusões necessárias, não elaborou novos demonstrativos, permanecendo os elaborados pelo autuado, no caso o arquivo denominado “Recálculo DIFAL Pedreira Carangi – AI 141596.0012/18-3, constante da mídia onde consta a descrição detalhada do ajuste da base de cálculo do ICMS, resultando o valor de R\$ 311.168,90, a ser recolhido, conforme demonstrativo de débito que apresenta.

Apesar de acolher o resultado apresentado pelo diligenciador, constato, que cabe ainda reparo a ser feito no tocante ao valor efetivamente devido, haja vista que no demonstrativo de débito apresentado pelo diligenciador (fls. 908/909), constam os meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho e julho de 2013, alcançados pela decadência, conforme explicitado acima.

Diante do exposto, cabe a exclusão dos valores constantes no demonstrativo de débito elaborado pelo diligenciador, referentes ao exercício de 2013, no total de R\$ 233.412,12, remanescendo a exigência fiscal, exclusivamente, no tocante aos meses de junho e dezembro de 2014, janeiro, fevereiro, abril, junho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2015, no valor total de R\$ 77.756,78.

Apresentou demonstrativo de débito à fl. 950 e em seguida concluiu que:

Cabe consignar, que a alegação da autuante no sentido de que não pode afirmar se a diligência realizada pela ASTEC/CONSEF efetuou o cotejo entre as duas versões das EFDs, sendo que a EFD original foi a que serviu de

base para a fiscalização, constante no sistema da SEFAZ/BA, cujos registros serviram para o autuado efetuar a apuração dos saldos devedores e respectivo recolhimentos do imposto, somente poderia ser considerada caso, efetivamente, existissem dúvidas quanto à validade jurídica das aduzidas EFDs, o que não restou demonstrado.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A 1ª Junta de julgamento Fiscal, recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/BA.

O sujeito passivo interpôs recurso voluntário (fls. 959 a 967) por meio dos advogados Marcelo N. Nogueira Reis, OAB/BA nº 9.398 e Carlos Eduardo L. Oliveira, OAB/BA nº 18.956, inicialmente discorre sobre a infração e argumentos apresentados na impugnação inicial (decadência, nulidades, improcedência parcial) manifestações da autuante, conversão em diligência à ASTEC/CONSEF, manifestação acerca do resultado da diligência e acolhimento parcial do crédito tributário pela decadência no julgamento.

Suscita a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de imprecisão na constituição da base de cálculo e existência de erros grosseiros na sua identificação, não determinando com clareza e precisão a matéria tributável, identificando:

- a) 85 Notas Fiscais cujas operações não existem;
- b) 76 Notas Fiscais consideradas em duplicidade.
- c) 6 Notas Fiscais com Operação “Outras Saídas”, não abrangidas pela infração, que não se submetem a diferença entre alíquotas;
- d) 2 (duas) Notas Fiscais cujo ICMS foi pago pelo Substituto Tributário;
- e) erro na Apuração dos Débitos de cada Competência Tributária;
- f) equivocada Apuração do Diferencial de Alíquotas de ICMS Recolhido pela empresa.

Afirma que em que pese a revisão do lançamento com correção de graves erros incorridos, o CONSEF não pode deixar de reconhecer a nulidade do auto de infração, sob pena de se transformar em uma autoridade lançadora, inovando o lançamento tributário o que é vedado aos órgãos julgadores, nos termos do art. 142 do CTN.

Discorre sobre os aspectos do lançamento, a segurança jurídica, o zelo da autoridade fiscal nas atividades de trabalho, a boa-fé e lealdade processual, a obrigação de se defender contratando uma assessoria especializada, como empresa de porte médio, que culminou em revisão de 90% do lançamento fiscal, mediante revisão pela ASTEC/CONSEF.

Apresenta questionamentos acerca das irregularidades ocorridas, os custos dos honorários advocatícios, dificuldade de se defender e risco de inscrição em Dívida Ativa e custos judiciais para regular o exercício de sua atividade empresarial, imputando ao contribuinte o ônus de corrigir inúmeras irregularidades.

Conclui, afirmando que uma vez demonstrado a relevância e os fundamentos jurídicos, renova o pedido de que seja reconhecido a nulidade absoluta do lançamento.

Registra-se na sessão de julgamento, via videoconferência, a presença do Advogado Dr. Victor Gordilho, o qual exerceu o seu direito de sustentação oral.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar o recurso de ofício interposto, face a desoneração de parte do débito.

O auto de infração exige ICMS da diferença de alíquota referente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento.

Constato que parte da desoneração do débito decorreu da ocorrência da decadência parcial em relação aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a junho de 2013. Observo que

conforme fundamentado na decisão recorrida, o sujeito passivo escriturou nos livros fiscais as mercadorias adquiridas que foram objeto da autuação e promoveu o pagamento do diferencial de alíquota.

Conforme orientação jurídica contida no Incidente de Uniformização PGE/PROFIS nº 2016.194710-0, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no Art. 150, § 4º do CTN, *“quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”*.

Portanto, tendo o contribuinte sido cientificado da lavratura do Auto de Infração em 08/10/2018, está correta a fundamentação da decisão no sentido de que *“já havia ocorrido a perda do direito do Fisco de rever o lançamento por homologação, relativamente aos fatos geradores anteriores a 08/10/2013, em razão do disposto no § 4º, do art. 150 do CTN”*, ou seja, pertinente aos meses de janeiro a junho de 2013.

No mérito, constato que na defesa apresentada o estabelecimento autuado alegou que foi exigido ICMS da diferença de alíquota relativo às mercadorias consignadas nas Notas Fiscais nºs 48227 e 4447, que tiveram pagamento pelo regime de substituição tributária, foi reconhecido pela autuante na primeira informação fiscal (fl. 852/v), e excluídos os valores correspondentes (R\$ 7.811,03 e R\$ 5.331,75).

Da mesma forma, o sujeito passivo apresentou demonstrativos à fl. 149, no qual indicou que 11 documentos fiscais foram computados no levantamento em período divergente do que foi escriturado, o que foi reconhecido pela fiscalização na primeira informação fiscal (fl. 853), tendo inclusive considerado os valores recolhidos pela defendente nos períodos de apuração, conforme planilhas de fls. 853 e 853/v, consolidado no demonstrativo de débito de fl. 854, que resultou na redução do débito de R\$ 703.060,44, para R\$ 415.485,00 (fl. 867).

O estabelecimento autuado contestou a Informação Fiscal (fls. 879/885), pelo não afastamento dos valores relativos a:

- i.** inexistência de 85 notas fiscais no banco de dados da SEFAZ-BA;
- ii.** 76 notas fiscais computadas em duplicidade;
- iii.** 06 relativas a “outras saídas” (bonificação/brinde).

A 1ª JJF converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 899 a 902), tendo sido consignado no Parecer ASTEC Nº 0014/2020 (fls. 906 a 909), que após sua análise *“comprova-se a consideração de 85 (oitenta e cinco) notas fiscais inexistentes por parte da autuante”*, o que implicou na redução do valor exigido para R\$ 311.168,90, conforme demonstrativo de débito de fls. 908/909.

Constato que a autuante manifestou posicionamento contrário ao Parecer ASTEC 014/2020, se pronunciou (fls. 931 a 932-v.), questionando se o diligente efetuou o cotejo entre a versão da EFD original ou a retificada. Porém, não apresentou elementos fáticos que neutralizassem as alegações defensivas que foram apresentadas na defesa e na contestação da informação fiscal (notas fiscais inexistentes). Por isso, não tendo apontado quais erros específicos estariam contidos nos demonstrativos elaborados pelo diligente da ASTEC, deve ser aplicado o disposto nos artigos 140 e 142 do RPAF/BA, admitindo como verídico *“se o contrário não resultar do conjunto das provas”*, e a recusa de comprovar fato controverso com elemento probatório que disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, motivo pelo qual, considero correta a decisão no sentido de ter acolhido o resultado da diligência fiscal.

Ressalto que do resultado apurado pelo diligente com valor de R\$ 311.168,90, a 1ª JJF afastou os valores exigidos no período de janeiro a junho de 2013, pela ocorrência de decadência, no valor de R\$ 233.412,12, remanescendo a exigência fiscal relativa ao período de junho/2014 a dezembro/2015, totalizando R\$ 77.756,78, conforme demonstrativo de débito de fls. 950/951.

Pelo exposto, fica mantida a decisão pela procedência em parte e improvido o recurso de ofício.

No que se refere ao recurso voluntário, observo que o recorrente não apresentou qualquer argumento quanto ao mérito, tendo apenas suscitado a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de imprecisão na constituição da base de cálculo, e não determinação com clareza e precisão da matéria tributável.

Observo que o auto de infração se faz acompanhar de demonstrativos analíticos com base em dados coletados na EFD do estabelecimento autuado e documentos de arrecadação, o que possibilitou ao sujeito passivo exercer o seu direito de defesa, como o fez, indicando operações que não se submetem ao instituto do ICMS da diferença de alíquota (mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária), bem como indicação de inconsistências no levantamento fiscal (notas fiscais inexistentes, em duplicidade, computadas fora do período de apuração), tudo em conformidade com o disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA, que prevê que eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Dessa forma, em conformidade com essas premissas, a 1ª JJF determinou a realização de diligência fiscal que resultou em correções, devidamente comunicadas ao sujeito passivo, que se manifestou sobre o seu resultado sem apontar inconsistências remanescentes.

Por isso, fica rejeitada a nulidade suscitada e mantida a decisão pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, com redução do valor do débito de R\$ 703.060,44, para R\$ 77.756,78, conforme demonstrativo de fl. 950.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **141596.0012/18-3**, lavrado contra **PEDREIRAS CARANGI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 77.756,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2022.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS