

A. I. Nº - 269274.0008/20-0
AUTUADO - REDE BRASIL DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LUIZ OLIVEIRA MACEDO
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0162-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES SUJEITAS A ISENÇÃO DO IMPOSTO. **c)** FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS INGRESSADAS COM UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL, CUJAS SAÍDAS POSTERIORES OCORRERAM COM ISENÇÃO. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS COM ALÍQUOTA “ZERO” INDEVIDAMENTE. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS EM DESACORDO COM O INCISO XXIII DO ART. 264 DO RICMS/BA. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE NATUREZA ACESSÓRIA. Sujeito passivo se limitou a arguir nulidades para o lançamento tributário, os quais foram insuficientes para elidir as acusações. Indeferido pedido de diligência. Mantidas as multas aplicadas e os acréscimos moratórios. Silêncio do autuado quanto ao mérito das acusações, as quais ficaram mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em tela foi expedido em 29/12/2020 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 99.348,84, mais multas, em face das seguintes acusações:

Infração 01 - 01.02.06 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Segue planilha demonstrativa em anexo”. Valor lançado R\$ 2.208,65, mais multa de 60% com previsão no Art.42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 01.02.26 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Crédito indevido de ICMS no valor de 5% do valor da mercadoria correspondente as operações de saídas de milho de pipoca com tributação reduzida de 7%. Contribuinte lançou crédito do ICMS no valor de 12% referente às transferências interestaduais de mercadorias. Segue planilha demonstrativa em anexo”. Valor lançado R\$ 5.516,18, mais multa de 60% com previsão no Art.42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 01.05.01 – “Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Contribuinte não estornou crédito de ICMS das entradas de mercadorias correspondentes às operações de saídas internas isentas do ICMS dos seguintes produtos: arroz, feijão, farinha de milho, fubá de milho e sal (cozinha e churrasco). Segue planilha demonstrativa em anexo”. Valor lançado R\$ 16.768,75, mais multa de 60% com previsão no Art.42, inciso VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 02.01.03 – *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Contribuinte realizou diversas operações de saídas de mercadorias tributadas com alíquota zero, como se não fossem tributadas ou já tivessem encerradas as suas fases de tributação. Nota-se que muitas das mercadorias listadas já tinham saído do enquadramento da substituição tributária no período auditado. Segue planilha demonstrativa em anexo”* Valor lançado R\$ 13.245,45, mais multa de 60% com previsão no Art.42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - 02.01.03 – *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Operações de saídas de preservativos não atenderam às condições previstas no inciso XXIII do Art. 264 do RICMS/BA. “Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações: XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98)”. Neste caso, não houve abatimento do preço da mercadoria, nem indicação expressa no documento fiscal. Segue planilha demonstrativa em anexo”*. Valor lançado R\$ 61.384,71, mais multa de 60% com previsão no Art.42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 - 16.01.01 – *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Segue planilha demonstrativa em anexo”*. Penalidade aplicada no total de R\$ 161,60, com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 - 16.01.02 – *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Segue planilha demonstrativa em anexo”*. Penalidade aplicada no total de R\$ 63,50, com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seu Representante Legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 38 a 62, pugnando pela Nulidade do Auto de Infração por insegurança na determinação das infrações e cerceamento do direito de defesa.

Para tanto afirmou que o lançamento se mostra totalmente desproporcional e desarrazoado, ao tempo em que, após reproduzir as imputações relacionadas as infrações 01 a 05, afirmou, que o levantamento está equivocado ao apontar diversos erros, tais como: NCM errada e que não consta no Anexo I, desconsideração de estorno, devoluções, cancelamentos, divergência na análise dos CFOP's, produtos com operação sujeita a substituição tributária, transferências entre as mesmas empresas, destacando que possui uma série de produtos que comercializa na região e, como se não bastasse, foi desconsiderado a especificidade de cada um, sua alíquota, se isento na época ou não, se gozava no benefício ou não.

Ao se reportar às infrações 06 e 07 pontuou que verificando as notas fiscais juntadas aos autos, as quais são idôneas, observou que se tratam de bens de uso e consumo, devoluções e simples remessa, dentre outras, sendo que, tais produtos, ainda lançados fossem, não gerariam créditos escriturais de ICMS, o que torna a ausência de seu registro fato sem qualquer influência à apuração do tributo estadual, inexistindo omissão de recolhimento de imposto.

Em seguida ponderou que no decorrer do procedimento administrativo não se pautou o autuante acerca das formalidades legais do Auto de Infração, tais como, notificação da continuidade do procedimento fiscal, citando, nesse sentido, o enunciado da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Prosseguiu observando que entre o início da fiscalização e a autuação ocorreu transcurso de prazo superior a 60 (sessenta) dias, não havendo termo de prorrogação, citando, a este respeito, entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Asseverou que tal fato leva à conclusão de que o autuante agiu com insegurança na determinação da infração e que houve cerceamento ao direito de defesa, enquanto que a verdade da inocorrência do fato gerador, presumidamente criado pelo autuante, foi sustentado de forma

amostral mínima, não podendo ser considerado o todo, face ao princípio da Verdade Material.

Nesse rumo, afiançou que somente em diligência ampla e específica o Fisco teria condições de provar que ocorreu o fato gerador da obrigação tributária, discorrendo, em seguida, longamente acerca do aludido princípio constitucional, citando doutrina, para concluir que a nulidade é patente face a comprovada insegurança na determinação da infração.

No tópico seguinte, voltou a requerer a nulidade do Auto de Infração argumentando que “a multa aplicada é confiscatória, com ofensa à razoabilidade e proporcionalidade”, razão pela qual requereu cancelamento/redução da multa formal das infrações 06 e 07 em 50%.

Neste sentido apresentou longo arrazoado jurídico para sustentar que a multa não pode ter caráter confiscatório, onde citou doutrina e decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal e do TRF da 1ª Região no sentido de considerar as multas superiores a 20% desproporcionais e confiscatórias, referindo-se ainda, as multas de caráter formal no tocante a sua redução prevista pelo Art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96 e Art. 158 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Em seguida no tópico intitulado “*Da aplicação de Juros e Correção Superiores a SELIC – Entendimento do STF*” citando que em sede de Repercussão Geral essa E. Corte definiu que não podem ser exigidos juros e correção monetária pelos Estados em percentuais superiores aos estabelecidos pela União, portando, os índices de correção e juros não podem ser exigidos em percentual superior a SELIC.

Em conclusão requereu que o Auto de Infração seja julgado “Improcedente”, declarando Nulo o mesmo tendo em vista a existência de insegurança na determinação da infração e aplicação de multa confiscatória, enquanto que, na hipótese de não ser acatada tal nulidade, requer que a multa seja reduzida para 20%. No tocante às multas de caráter formal, pugnou por sua redução em 50% e, ainda, que seja aplicada a correção que não extrapole a SELIC.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 96 a 107, onde reproduziu as infrações imputadas ao sujeito passivo, tendo, em seguida, adentrado ao argumento defensivo relacionado a “*insegurança na determinação da infração e do cerceamento ao direito de defesa*”.

A este respeito observou que em nenhum momento o autuado apresentou argumentos diretos, precisos e próprios para serem apreciados, pois em vez de apresentar “números”, “tabelas”, ou quaisquer “documentos fiscais”, optou por “texto genérico”, sem fundamentação sob a base do trabalho apresentado neste auto de infração. Além disso, não apresentou nenhum meio de prova, nem aponta em que parte específica do processo pode haver erro, e, também, não apresentou quais foram os erros encontrados no levantamento, nem o estorno, nem as devoluções, nem os cancelamentos, nem as divergências na análise dos CFOPs, nem os produtos com operação ST, e nem as transferências realizadas, conforme citado na sua defesa acima.

No que diz respeito as infrações 06 e 07, após destacar os argumentos defensivos, disse que não se trata de influência à apuração do imposto ou omissão de recolhimento, mas, sim, da obrigação de escriturar quaisquer notas fiscais relacionadas as operações de mercadorias, conforme preceituam os artigos 217, e 247 a 250 do RICMS/BA.

No tocante aos argumentos de que “*no decorrer do procedimento administrativo, não se pautaram os Nobres Auditores acerca das formalidades legais do auto, tais como: a notificação ao fiscalizado da continuidade do procedimento fiscal*” e que “*No presente caso, entre o início da fiscalização e a autuação ocorreu transcurso de prazo superior a 60 (sessenta) dias, não havendo termo de prorrogação*”, pontuou que cumpre o RPAF/BA, no que diz respeito ao prazo do procedimento de fiscalização, enquanto que, no presente caso, foram cumpridos todos os prazos legais, à luz do que consta no Art. 28 do citado Regulamento, o qual transcreveu:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização...

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos...

III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração...

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito...

V – revogado...

VI - Auto de Infração ou Notificação Fiscal...

VII – Termo de Encerramento de Fiscalização...

§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso”

Observou que considerando que a ciência pelo autuada do Termo de Início de Fiscalização foi dada em 04/11/2020, e o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2020, concluiu que o procedimento aconteceu dentro do prazo regulamentar, obedecendo as formalidades legais, não procedendo, assim, os argumentos defensivos.

Destacou que não houve insegurança na determinação da infração, nem tampouco cerceamento do direito de defesa da impugnante, visto que todas as 07 (sete) infrações devidamente identificadas através dos seus respectivos códigos e textos descritivos, além da correta tipificação legal (campos “Enquadramento Legal” e “Multa Aplicada”), conforme se vê claramente no corpo deste Auto de Infração. Acrescentou que o autuado teve acesso a todas as planilhas desenvolvidas e anexadas ao processo, com a identificação de “DEMONSTRATIVO”, cujo conteúdo há diversas colunas para identificar, com clareza, os dados individualizados dos documentos fiscais relacionados nesta infração, desta forma, sustentou que não há o que se falar de cerceamento de defesa, haja vista que foi respeitado completamente o prazo para defesa, tendo cumprido literalmente as normas prescritas nos Arts. 28 e 30 do RPAF/BA.

Naquilo que pertine ao argumento defensivo relacionado ao “*Princípio da Verdade Material*”, sustentou que a defesa não foi precisa e nem concisa em suas ponderações, posto que é necessário mostrar especificamente qual infração está sendo contestada, tratando-se, pois, de uma defesa jurídica genérica e não se concentra ao que é importante em sua concepção com relação a cada item do referido auto.

Pontuou que se nota em seu bojo textualização “pronta”, “copiada”, sem se aprofundar ao mérito do próprio auto de infração, não se podendo identificar qual o questionamento do autuado, nem sequer o que deseja mudar com relação aos números, a descrição, ao período auditado, ao critério de cálculo do ICMS, a interpretação da legislação tributária do imposto ou a outro item importante.

No que diz respeito ao pedido de nulidade em razão da multa aplicada, considerada confiscatória, com ofensa à razoabilidade e proporcionalidade, além do pedido de cancelamento/redução das multas formais das infrações 06 e 07 em 50%, observou que não houve comprovação de que tais mercadorias foram devolvidas conforme argumentado na defesa, e, também, não foi trazido aos autos nenhum documento comprobatório das operações de devolução envolvida.

Desta forma, asseverou que se trata da falta de escrituração de documentos fiscais envolvidos nas operações do estabelecimento do autuado, portanto independe se afetou o recolhimento de imposto, ou se existiu intenção de praticar ou não tal irregularidade, conforme justifica o contribuinte, citando, ainda, que a atividade fiscalizadora está plenamente vinculada à aplicação da legislação vigente, e dessa forma, não é aceitável discutir ou definir os critérios de proporcionalidade da multa, cabendo apenas aplicar os dispositivos legais da forma que eles se apresentam.

Por fim, no tocante ao argumento relacionado a “*APLICAÇÃO DE JUROS E CORREÇÃO SUPERIORES A SELIC – ENTENDIMENTO DO STF*”, ressaltou que esse tema foge da sua competência fiscalizadora, haja vista que tem todos os atos vinculados à lei.

Em conclusão destacou que apesar do texto da defesa se apresentar de forma “genérica”, sem mostrar diretamente quais números, infrações, itens das planilhas, levantamentos, bases de cálculo ou que valores lançados de ICMS estão, hipoteticamente, errados, disse acreditar que foram esclarecidos todos os seus questionamentos sem base legal, razão pela qual solicitou que o presente Auto de Infração seja julgado Procedente.

VOTO

O presente Auto de Infração foi expedido para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 99.348,84, mais multas, em face da imputação de 07 (sete) infrações à legislação tributária, sendo as cinco primeiras relacionadas a exigência de imposto - (obrigação principal), enquanto as duas últimas referem-se a penalidades por descumprimento de obrigações de natureza acessória.

O autuado iniciou sua peça defensiva pugnando a nulidade das infrações 01 a 05, sob o argumento de que houve insegurança na determinação das infrações além de cerceamento ao seu direito de defesa.

Da análise levado a efeito nas peças constitutivas destes autos vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos. Isto porque o lançamento, em todas as infrações, está consubstanciado através de planilhas analíticas e sintéticas que apontam os fatos apurados de forma clara, possibilitando ao autuado os mais amplos meios para defesa, a qual, a rigor, não foi exercida em sua plenitude, por opção do próprio autuado.

Portanto, dúvidas não restam que o lançamento atende ao quanto estabelecido pelo Art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN, e, também, ao Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, não havendo, pois, que se cogitar de insegurança na determinação das infrações, posto que indicadas de forma correta, com citação das respectivas motivações, não havendo, desta maneira, sustentação ao argumento de cerceamento de defesa.

Não se sustenta ainda o argumento de que o autuante agiu com insegurança na determinação das infrações vez que não houve fato gerador criado pelo mesmo de forma presumida ou de maneira amostral mínima. Ao contrário, os fatos se encontram devidamente comprovados e não foram descaracterizados pelo autuado, não havendo por que se cogitar de violação ao Princípio da Verdade Material, que, a rigor, não foi comprovado pelo autuado.

Também não pode ser acolhido o argumento de que *“entre o início da fiscalização e a autuação ocorreu transcurso de prazo superior a 60 (sessenta) dias, não havendo termo de prorrogação”*, posto que, a fiscalização foi iniciada em 04 de novembro de 2020, devidamente cientificado ao autuado conforme assinatura aposta no doc. fl. 15, e foi concluída em 29/12/2020 com ciência ao autuado em 20/01/2021, portanto, dentro do prazo regulamentar de 90 (noventa) dias estabelecido no § 1º do Art. 28 do RPAF/BA, não havendo, portanto, necessidade de se notificar o autuado acerca de prorrogação da fiscalização já que não houve tal prorrogação.

Foi suscitada também a nulidade das infrações 06 e 07 sob o argumento de que se tratam de notas fiscais idôneas e referem-se a aquisições de materiais de consumo, devoluções, simples remessas, etc., situação esta que não geram créditos o que torna a ausência dos seus registros sem qualquer influência na apuração do tributo.

O que se percebe aqui é uma clara confirmação e confissão pelo autuado de que não processou o registro de tais aquisições. Não se discute idoneidade dos documentos fiscais, mas, penalidade por falta de escrituração de documentos fiscais, que, por força do contido no Art. 217, I do RICMS/BA que obriga o contribuinte a escriturar no livro Registro de Entradas *“as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento”*. Portanto, independe da natureza da aquisição ou da repercussão na apuração do imposto, o fato é que o contribuinte está obrigado, por força regulamentar, a escriturar todas as aquisições que efetuar, independente da natureza da operação.

O autuado também suscitou nulidade do Auto de Infração em função da aplicação da multa no percentual de 60%, a qual considera de natureza confiscatória e por ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade cancelamento/redução das multas consignadas pelas infrações 06 e 07 em 50%.

No que diz respeito a alegação de que o autuante incorreu em ofensa aos princípios do não-confisco, razoabilidade e proporcionalidade, também não há como se sustentar, pois o que há de verdadeiro no presente caso é aplicação da legislação tributária do Estado da Bahia a fatos concretos.

Assim é que, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que o autuante agiu estritamente em consonância que o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, *verbis*:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta.

Também não há como atender ao pleito do defendente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo, visto que, o § 7º do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, citado pelo autuado, foi revogado pela Lei nº 14.183 de 13/12/2019.

No tocante ao argumento defensivo relacionado a “*aplicação de juros e correção superiores a SELIC – entendimento do STF*”, a legislação tributária deste Estado segue rigorosamente ao entendimento do STF, obedecendo a fixação dos acréscimos moratórios tomando como parâmetro a SELIC, consoante determina o § 2º, Art. 102 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, c/c o Art. 51 da Lei nº 7.014/96, portanto, mais uma vez não se sustenta o argumento defensivo.

Isto posto, deixo de acolher todos os argumentos defensivos relacionados a nulidade do Auto de Infração, inclusive o pedido de diligência inerentes as questões também de nulidade, visto que não possuem qualquer sustentação ou motivação fática.

Por fim, considerando que o autuado não apresentou quaisquer argumentos relacionados ao mérito da autuação, apesar do pedido de julgamento pela improcedência do Auto de Infração, voto pela sua PROCEDÊNCIA no valor de R\$ 99.348,84.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269274.0008/20-0**, lavrado contra **REDE BRASIL DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 99.123,74**, acrescido das multas de 60% previstas no Art. 42, incisos VII, alíneas “a”, “b” e II “a” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além das multas pelo descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$ 225,10** previstas no inciso IX do mesmo dispositivo legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR