

A. I. – 279459.0027/22-4  
AUTUADO – WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.  
AUTUANTE – FERNANDO ANTÔNIO CANDIDO MENA BARRETO  
ORIGEM – DAT METRO/IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO INTERNET – 08/03/2023

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0014-01/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS AMPARADAS POR ISENÇÃO NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS. Apesar de haver afirmado que as saídas que realizou ocorreram com tributação, o que poderia possibilitar um pedido de restituição de indébito a ser submetido à apreciação da autoridade fiscal competente, o autuado nada trouxe para comprovar sua alegação, tendo, na realidade, o autuante trazido aos autos diversas notas fiscais de saída de arroz emitidas pelo autuado nas quais não há o destaque do imposto. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/07/2022, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 283.391,64, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto.*

Consta adicionalmente o seguinte registro: *Contribuinte se creditou do imposto destacado nas notas fiscais de mercadorias isentas de tributação, tais como, arroz, sal e flocão.*

*O Art. 265, II, c, do RICMS, diz que são isentas as saídas internas de: arroz, feijão, sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho.*

Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2019, janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2020.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls. 25 a 46). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Sustenta que o Auto de Infração em questão além de nulo é improcedente.

Em caráter preliminar, argui nulidades da autuação.

Alega incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal.

Salienta que em conformidade com o art. 196 do CTN *a autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.*

Assinala que a legislação aplicável é o Decreto nº. 7.629/99 [RPAF] que, em seu art. 28, § 1º, especifica que a fiscalização dispõe do prazo de 90 dias, contados da ciência do contribuinte do termo de início de fiscalização, para a execução do procedimento de fiscalização, podendo este ser prorrogado por igual prazo, autorizado pelo órgão fazendário competente. Reproduz referido dispositivo normativo.

Acrescenta que a norma reguladora do processo administrativo indica que a intimação, de todos e quaisquer atos praticados pelo agente fiscalizador, deve ser feita, preferencialmente, na pessoa do contribuinte. Diz, ainda, que o parágrafo único do art. 196 do CTN e art. 28 do Decreto nº

7.629/99 [RPAF] que os termos de fiscalização serão lavrados em livro fiscal do contribuinte e apresentados ao processo administrativo.

Invoca o art. 41, incisos I e II, do RPAF/BA/99 para dizer que este prescreve, de forma clara e objetiva, que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará obrigatoriamente, e dos demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante, se necessário, e das provas imprescindíveis à demonstração do fato apurado. Transcreve aduzido dispositivo regulamentar processual.

Afirma que o autuante não cumpriu as exigências formais contidas na legislação vigente, apresentando vícios, geradores da nulidade, haja vista que conforme descrito no Auto de Infração, a fiscalização tem origem na Ordem de Serviço nº 501634/22, sem, contudo, apresentá-la quando da ciência do lançamento fiscal, impossibilitando a verificação do cumprimento do prazo para concluir a sua fiscalização ou acerca da existência de prorrogação. Acrescenta que isto também inviabiliza a constatação se o autuante estava designado para promover a atividade fiscalizatória e se o período autuado foi o mesmo indicado para ser fiscalizado.

Diz que diante desse contexto observa-se que as referidas situações geram a nulidade do lançamento fiscal, consoante o art. 18 do RPAF, por ofensa ao art. 2º, § 1º também do mesmo diploma regulamentar.

Enfatiza que atividade administrativa de lançamento do crédito tributário é plenamente vinculada, devendo o agente do Fisco sujeitar-se, rigorosamente, às disposições legais sob pena da sua inobservância viciar o ato praticado, consoante o art. 142, parágrafo único, do CTN.

Ressalta que tal fato vem motivando a declaração de nulidade de Autos de Infração por este CONSEF, conforme o Acórdão CJF Nº 0426-11/08, cuja ementa reproduz.

Conclusivamente, diz que a declaração de nulidade do lançamento fiscal por ausência dos elementos essenciais e necessários à sua validade jurídica, decorrente da incerteza quanto a competência do Auditor Fiscal, e do cumprimento do prazo para conclusão da fiscalização, omissões que traduzem afronta à legislação vigente e, por sua vez, impõem a nulidade da autuação.

Alega preterição do direito de defesa: descumprimento de dispositivo legal e a ausência de comprovação da infração.

Observa que em conformidade com o art. 2º do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), *na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito*, contudo referidos princípios estão sendo violados.

Diz que isso ocorre 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.

Alega que a planilha apresentada pelo autuante foi praticamente realizada de forma unilateral, pois não há apresentação dos documentos que a embasa. Diz que a partir do momento que a planilha apresentada pela fiscalização não vem acompanhada dos documentos necessários torna-se insuficiente para caracterizar as infrações indicadas.

Afirma que nesse contexto, o exercício do direito de defesa resta prejudicado porque as planilhas indicadas pelo autuante não dizem, com certeza, a base de cálculo efetiva para fins de cobrança do imposto.

Aduz que a falha na identificação das notas fiscais mediante as chaves de acesso e das mercadorias objeto da autuação prejudica 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.

Pontua que tanto é verdade que o § 1º do art. 39 do RPAF somente excepciona as exigências meramente formais, sendo que, no presente caso, o lançamento incorre em nulidade por ausência de prova da infração em relação aos elementos determinantes da base material tributável.

Diz que a falha apontada demonstra que o levantamento apresentado pela fiscalização não é suficiente, pois a liquidez e certeza só se comprovam mediante a demonstração de todos os dados que compõe o valor exigido, uma vez que o ato administrativo, para ter validade e exigibilidade, deve estar revestido dos seguintes elementos: agente, objeto, forma, motivo e o fim.

Alega que a forma como foi apresentado o crédito tributário não é suficiente à caracterização do valor exigido e, consequentemente, não fornece segurança ao Auto de Infração.

Acrescenta que a teor do art. 142 do CTN, a Autoridade competente para lançar é obrigada a discriminar clara e precisamente os fatos geradores, a matéria tributável, calcular o imposto devido e os períodos cobrados.

Assevera que desse modo, apesar do lançamento decorrer de regra jurídica inquestionável, em que é dever da administração tributária adequar o fato pretendido às normas tanto administrativas quanto constitucionais e infraconstitucionais, é também obrigação legal apresentar o débito respaldado dos documentos correlatos, caso contrário, desprezará o direito ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente assegurado à Impugnante (art. 5º, LV, da Constituição).

Salienta que não à toa, o art. 18, II, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99 [RPA] dispõe que são nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa e desobedeçam aos dispositivos expressos em lei, o que, pelo visto, é exatamente o caso presente.

Assinala que esse é o entendimento do CONSEF/BA, conforme os Acórdãos JJF Nº 2027/00 e CJF Nº 0384-12/02).

Sustenta que dessa forma, impõe-se a declaração de nulidade do Auto de Infração, primeiro, porque não se verifica a materialidade do Auto de Infração haja vista a ausência de elementos comprobatórios dos valores postos nas planilhas, em razão da não apresentação da documentação correspondente à sua elaboração; e, segundo, porque essa insegurança repercute no seu amplo direito de defesa.

Salienta que não se trata de meras incorreções ou omissões formais, mas sim de omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento e que invalida o trabalho fiscal porque lhe retira o seu direito de defesa.

Conclusivamente, diz que por tais razões, resta evidente a nulidade da autuação.

Argui a nulidade da autuação por aplicação de alíquota genérica.

Alega que o autuante aplicou a alíquota de 18% na lavratura do Auto de Infração para todos os produtos objetos da autuação e supostamente irregulares, conforme *print* que apresenta do demonstrativo de débito.

Assevera que não pode o autuante aplicar uma alíquota genérica, sendo que a suposta falta de recolhimento não é razão suficiente para alterar a alíquota do ICMS. Ou seja, a autuação deveria observar quais são os produtos autuados e o respectivo regime tributário a que está submetido, contendo as informações sobre as alíquotas aplicadas com a discriminação das operações detalhadas. Diz que isto não ocorrendo, que é o caso em questão, resta evidente que se está diante de uma autuação ilíquida e incerta.

Consigna que tanto é verdade, que a discussão já foi objeto de julgamento do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco, de modo a reconhecer a nulidade quando é aplicada

base de cálculo e alíquota de forma indiscriminada. Reproduz trechos do Acórdão 2<sup>a</sup> TJ N°0035/2019.

Salienta que a teor do art. 142 do CTN a autoridade competente para lançar é obrigada a discriminar clara e precisamente os fatos geradores, a matéria tributável, calcular o imposto devido e os períodos cobrados, não sendo este o caso dos autos.

Afirma que é inevitável a declaração de nulidade do presente Auto de Infração, haja vista que o autuante faz em desobediência aos dispositivos expressos em lei. Acrescenta que inexiste segurança para a empresa e para os Julgadores, de modo que repercute diretamente no amplo direito de defesa.

Conclusivamente, diz que não há que se contestar que o Auto de Infração é nulo, em razão da indicação e aplicação de alíquota genérica a todos os produtos supostamente acusados, e a vaguezza dos dispositivos legais que lhe dão suporte, violando, assim, a ampla defesa, impondo, claramente, que macula a segurança jurídica que requer o processo administrativo fiscal, devendo ser declarado nulo.

Prosseguindo, consigna que conforme dito, as nulidades apontadas prejudicam o seu direito de defesa, de forma que a defesa do mérito fica, pelo menos em grande parte, prejudicada, entretanto, em observância ao princípio da eventualidade, passa a indicar a improcedência da autuação, para os casos em que, minimamente, fora possível indicar a sua improcedência.

Afirma que a infração não prospera, haja vista que, ainda que tenha eventualmente se aproveitado do crédito pelas entradas dos produtos objeto da autuação, o fato é que efetivou o devido débito do imposto quando da saída com a alíquota respectiva, o que anularia o suposto crédito a maior, não ensejando qualquer prejuízo ao Erário.

Ressalta que a definição do valor do ICMS a ser recolhido decorre de apuração, em que os débitos do ICMS devidos pelas saídas ocorridas no mês são compensados com os créditos advindos de operações anteriores (não-cumulatividade), não sendo o simples fato de haver crédito irregular que importa recolhimento a menor do ICMS. Acrescenta que neste sentido, o CONSEF em autuações idênticas vem considerando improcedente o lançamento fiscal diante da inexistência de prejuízo ao Erário, conforme o Acórdão CJF N° 0065-13/12 e Acórdão JJF N°0273-01/13.

Assevera que a manutenção da exigência de pagamento de montante dos valores creditados, que não promoveram nenhum efeito tributário no pagamento do tributo, porquanto anulados por procedimento espontâneo da empresa de lançamento do débito fiscal, ao tempo em que a sugestão que sejam realizados procedimentos visando a restituição dos valores escriturados como débito, configura verdadeiro *solut et repet*, instituto sobejamente repudiado na doutrina e jurisprudência, que não pode ser admitida em nenhuma instância jurisdicional.

Salienta que o fato é que a inexistência de imposto a ser recolhido constitui razão para não persistir a exigência do ICMS com juros e multa, ainda mais nos valores expressivos dispostos no caso em questão, haja vista que o procedimento que adotou não acarretou em tributo que teria deixado de ser liquidado, conforme imaginado na referida infração que deve ser julgada improcedente ou, ao menos, ter seus valores revistos, em atenção a realidade fática apresentada no feito.

Conclusivamente, diz que é isso que requer, ou seja, que o procedimento seja analisado por instância administrativa não sob a ótica da legalidade, mas sob a ótica do prejuízo, questão de ordem prática, já que nenhum imposto deixou de ser recolhido, considerando os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, fazendo-se necessária a convalidação desse procedimento.

Continuando, alega exorbitância da multa aplicada.

Frisa 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.

Aduz que duas as 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.

Quanto ao primeiro ponto, diz que 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. Ou seja, longe de haver fraude ou dolo, seu procedimento, perpetrado com amparo na mais lídima boa-fé, foi completamente amparado pela legislação de regência atual e vigente, de sorte que, não se podendo exigir comportamento contrário da empresa, não pode esta ser apenada por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regramentos de regência.

Observa que em casos como tais, os pretórios administrativos entendem pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante. Apresenta como exemplo Acórdão proferido pelo CARF, (CSRF. Recurso nº 155.351. Acórdão nº 9101-00.5496. Sessão de 11 de janeiro de 2010)

Tece amplas considerações sobre o efeito confiscatório da multa imposta, invocando, neste sentido, o art. 150, IV, da Constituição Federal, a doutrina de Ricardo Corrêa Dalla e a jurisprudência dos tribunais federais e estaduais.

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

Reporta-se sobre o in dúvida pro contribuinte.

Alega que é de ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Observa que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Reproduz referido dispositivo legal. Acrescenta que assim também entendem os Tribunais Superiores, conforme transcrições de decisões que apresenta.

Salienta que na verdade, pelo desenvolvimento dos argumentos, evidencia-se a sua certeza da em ver desconstituída a autuação, em função da sua improcedência.

Diz que desse modo, o direito está prenhe de certeza, porém, se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando improcedente o Auto de Infração em lide.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade e/ou improcedência do Auto de Infração. Sucessivamente, requer, 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.

Requer, por fim, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à empresa, consoante o 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 prestou a Informação Fiscal (fl.96). Consigna que o art. 265, II, “c”, do RICMS/12, Decreto n. 13.780/12, dispõe que são isentas as saídas internas de arroz, feijão, sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho, razão pela qual não poderia o autuado se creditar do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição.

Observa que as planilhas elaboradas refletem as informações contidas na Escrituração Fiscal Digital – EFD, transmitida pelo autuado dentro do ambiente do SPED.

Afirma que é perfeitamente comprovado, que o autuado realizou operações de saídas dessas mercadorias sem a devida tributação do imposto.

Assinala que anexou diversas notas fiscais de entradas comprovando o crédito do ICMS destacado, bem como, diversas notas fiscais de saídas dessas mercadorias sem a tributação do ICMS. Salienta que compartilhou com o autuado todo o trabalho desenvolvido e após prazo combinado ele retornou afirmando com observações sobre a procedência da infração, conforme se observa nas planilhas gravadas em mídia anexada e *prints*.

Ressalta que na formação do débito por meio do sistema de lançamentos do crédito tributário do Auto de Infração está sendo exigido o valor de R\$ 283.391,64 que é o valor que consta na planilha demonstrativa anexada ao PAF. Diz que assim sendo, a alíquota de 18% serviu para o cálculo do imposto sobre a base de cálculo.

Finaliza a peça informativa dizendo que é o que tem a informar.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls.131 a 144). Reitera os argumentos sobre as nulidades do lançamento fiscal, dizendo que o autuante não se desincumbiu do seu ônus de elaborar parecer quanto as preliminares apresentadas, destacando, tão somente, que *“as planilhas elaboradas refletem as informações contidas nas EFDs (escrituração fiscal digital) transmitidas pelo contribuinte dentro do ambiente do SPED”*

Alega que diante desse argumento, o autuante confirma a violação ao devido processo legal, haja vista que para sua validade, torna-se imprescindível a apresentação de todos os documentos analisados e que vieram a basear o lançamento fiscal e a elaboração dos demonstrativos apresentados, pois só assim fica assegurada a segurança jurídica. Acrescenta que esta situação independe se a autuação tem por base a movimentação efetuada pela empresa e os documentos lhe pertencerem.

Reafirma que a apresentação dos documentos que respaldam a infração é uma obrigatoriedade disposta em lei e não uma faculdade da fiscalização, portanto, a planilha apresentada, mesmo que elaborada com dados do contribuinte, não é suficiente para ser utilizada como prova da infração.

Afirma que a inalterável situação, uma vez que o autuante atesta a validade da autuação mesmo sem a apresentação das provas, confirma a nulidade do lançamento fiscal por preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude da ausência de comprovação da exigência fiscal.

Ressalta que as planilhas apresentadas, mesmo que elaborada com dados do contribuinte, não são suficientes para ser utilizada como prova da infração, pois compromete a materialidade dos valores exigidos, já que não confirmados com a apresentação dos documentos de suporte. Diz que esta situação macula o crédito tributário exigido de iliquidez e incerteza, cerceando, por sua vez, o direito de defesa e o devido processo legal, uma vez que a ausência dos documentos fiscais mencionados pelo autuante não é passível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis.

Sustenta 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 satisfatória para conferir certeza e liquidez ao crédito tributário.

Diz que da forma como foi e continua sendo apresentado o crédito tributário não é suficiente à caracterização do valor exigido e, consequentemente, não fornece segurança as infrações.

Pontua que simplesmente exigir o ICMS, sem cumprir a formalidade legal, 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 do contribuinte, mas também, como visto, da PGE/PROFIS e do corpo julgador administrativo, em especial quando o raciocínio matemático aplicado sequer confirma o resultado apontado.

Assevera que com isso, o autuante despreza o comando do art. 18, II, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99 [RPAF], que dispõe que são nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa e que desobedeçam a dispositivos expressos em lei, o que, pelo visto, é exatamente o caso

presente. Assinala que este é o entendimento do CONSEF, conforme os Acórdãos JJF N° 2027/00 e CJF N° 0384-12/02.

Conclusivamente, diz que desse modo, impõe-se a declaração de nulidade da autuação primeiro porque desobedeceu a dispositivos expressos em lei; e, segundo, porque essa insegurança repercute no seu amplo direito de defesa.

Quanto à aplicação da alíquota genérica, reitera que o Auto de Infração é nulo, em razão da indicação e aplicação de alíquota genérica a todos os produtos supostamente acusados, e a vaguezza dos dispositivos legais que lhe dão suporte, violando, assim, a ampla defesa, impondo, claramente, que a autuação macula a segurança jurídica que requer o processo administrativo, devendo o mesmo ser declarado nulo.

No tocante ao mérito, diz que após a apresentação da Informação Fiscal, não houve esclarecimentos e embasamentos legais para que seja procedente a autuação. Reitera as suas razões apresentadas na Defesa inicial.

Do mesmo modo, reitera as suas razões apresentadas na Defesa inicial atinentes a desproporcionalidade da multa imposta.

Finaliza a Manifestação requerendo a nulidade/improcedência do Auto de Infração.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado, se pronunciou (fl.152), dizendo que mantém os termos da Informação Fiscal prestada.

## VOTO

A acusação fiscal diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias cujas operações de saídas são amparadas por isenção do imposto.

Argui o impugnante, em caráter preliminar, nulidades da autuação, cuja apreciação faço abaixo:

### **- Alega incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal.**

Afirma que o autuante não cumpriu as exigências formais contidas na legislação vigente, apresentando vícios, geradores da nulidade, haja vista que conforme descrito no Auto de Infração, a fiscalização tem origem na Ordem de Serviço nº 501634/22, sem, contudo, apresentá-la quando da ciência do lançamento fiscal, impossibilitando a verificação do cumprimento do prazo para concluir a sua fiscalização ou acerca da existência de prorrogação. Aduz que isto também inviabiliza a constatação se o autuante estava designado para promover a atividade fiscalizatória e se o período autuado foi o mesmo indicado para ser fiscalizado

Certamente que não há como prosperar essa pretensão defensiva, haja vista que a Ordem de Serviço se trata de um documento interno da Administração Fazendária, não interferindo na constituição do crédito tributário, assim como a sua ausência não cerceia o direito à ampla defesa e ao contraditório do contribuinte. Inexiste no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, qualquer exigência expressa para apresentação da Ordem de Serviço ao Contribuinte, portanto, não se constituindo como motivo de nulidade do lançamento.

Na realidade, conforme dispõe o art. 28, § 1º, do RPAF/BA/99, invocado pelo próprio impugnante, a ausência de prorrogação permite ao sujeito passivo exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso, jamais invalidar o Auto de Infração posteriormente lavrado.

Vale assinalar que este é o entendimento predominante na jurisprudência deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF N° 0011-11/19, no qual o ilustre Conselheiro/Relator consignou o seguinte:

[...]

*Referente a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo aduzindo que a incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal pela não apresentação da Ordem de Serviço – O.S. e*

*do Termo de Início de Fiscalização, a JJF já analisou e verifico que o que diz respeito a não apresentação da OS, observo também que inexiste qualquer exigência expressa para apresentação da O.S. ao Autuado, bem como o RPAF-BA/99, não contempla esse requisito como motivo de nulidade.[...]*

Assim sendo, não acolho a nulidade arguida pelo autuado em face à Ordem de Serviço.

**- Alega preterição do direito de defesa: descumprimento de dispositivo legal e a ausência de comprovação da infração.**

Afirma o impugnante que a planilha apresentada pelo autuante foi praticamente realizada de forma unilateral, pois não há apresentação dos documentos que a fundamenta. Alega que a partir do momento que a planilha apresentada pela fiscalização não vem acompanhada dos documentos necessários torna-se insuficiente para caracterizar as infrações indicadas.

O exame dos elementos que compõem o presente processo, especialmente o exame do demonstrativo elaborado pelo autuante “Crédito Fiscal Indevido Isentos”, acostado em papel às fls.09 a 13 dos autos, assim como, constante do disco de armazenamento (CD) acostado a fl.18 dos autos, permite constatar que não há como prosperar a pretensão defensiva de nulidade por preterição do direito de defesa. Isto porque, no referido demonstrativo analítico, verifica-se, claramente, que consta todos os dados e informações necessários e suficientes para o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, ou seja, identificação das notas fiscais com respectivas numerações, datas de emissão, CFOP, CNPJ do emitente, base de cálculo, alíquota aplicada e o crédito fiscal indevido, objeto da glosa referente à aquisição das mercadorias.

Nesse sentido, cabe registrar, tem sido o entendimento deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF Nº. 0244-12/18, no qual foi rechaçada a pretensão defensiva de nulidade por ausência dos documentos que fundamentaram a autuação, conforme excerto do voto abaixo reproduzido:

[...]

*Pretende ainda a recorrente a declaração de nulidade da autuação, alegando que a mera indicação da mercadoria e da nota fiscal não é suficiente para provar a infração e que a ausência dos documentos nos autos prejudica a verificação dos valores apresentados pela fiscalização.*

*É certo afirmar que as notas fiscais listadas nos demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante são notas eletrônicas e que, portanto, são de total conhecimento da recorrente, visto que são facilmente resgatadas junto ao sistema público estadual- SPED. [...].*

[...]

*Refutadas ficam, portanto, as arguições de nulidade lançadas pela recorrente. [...]*

Observa-se que o lançamento de ofício em exame foi efetuado em conformidade com a legislação do ICMS, tanto no sentido material, no caso a Lei nº 7.014/06 e RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, como no sentido formal, ou seja, Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O autuante elaborou e acostou aos autos os elementos necessários e indispensáveis à validação do lançamento de ofício em questão, cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme intimação via DT-e, anexada a fl. 22 dos autos.

No que tange às decisões deste CONSEF invocadas pelo impugnante, no caso Acórdãos JJF Nº. 2027/00 e CJF Nº. 0384-12/02, observo que inexiste qualquer vinculação entre as referidas decisões e o presente processo, haja vista que as nulidades proferidas decorreram da ausência de prova, que conforme visto acima, não é o caso do presente Auto de Infração.

**- Argui a nulidade da autuação por aplicação de alíquota genérica.**

Apesar de efetivamente constar no Auto de Infração a alíquota de 18%, verifica-se, claramente, no demonstrativo elaborado pelo autuante “Crédito Fiscal Indevido Isentos”, acostado em papel às fls.09 a 13 dos autos e constante do disco de armazenamento (CD) acostado a fl.18 dos autos, que além de constar as notas fiscais com respectivas numerações, datas de emissão, CFOP, CNPJ do emitente, base de cálculo, consta também a alíquota aplicada no Estado de origem com o

respectivo destaque do imposto que foi creditado indevidamente pelo autuado, objeto da glossa, no valor total de R\$ 283.391, 64, portanto, o mesmo valor apontado na Auto de Infração.

Vale dizer que não houve nenhuma alteração no tocante ao valor apurado no trabalho fiscal, reitero, o valor do crédito fiscal indevido apurado é o mesmo valor lançado no Auto de Infração. A indicação da alíquota de 18% decorre de adequação feita pelo sistema de geração do Auto de Infração que não impõe qualquer ônus ao Contribuinte.

Diante do exposto, não acolho as nulidades arguidas, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de invalidar o ato de lançamento.

No mérito, verifico que o impugnante não apontou, mesmo que por amostragem, qualquer inconsistência porventura existente no levantamento levado a efeito pela Fiscalização, inclusive no tocante aos documentos fiscais arrolados na autuação.

Na realidade, o impugnante conduziu as suas razões defensivas atinentes ao mérito da autuação alegando que a infração não procede, pois ainda que tenha eventualmente se aproveitado do crédito fiscal pelas entradas dos produtos objeto da autuação, o fato é que efetivou o devido débito do imposto quando da saída com a alíquota respectiva, o que anularia o suposto crédito fiscal a maior, não ensejando qualquer prejuízo ao Erário.

Neste sentido, invocou decisões do CONSEF que considerou improcedente a autuação em situações idênticas, no caso os Acórdãos CJF Nº. 0065-13/12 e JJF Nº. 0273-01/13.

No tocante à decisão desta Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão JJF Nº. 0273-01/13, cumpre assinalar que referida decisão pela improcedência da autuação foi reformada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do Acórdão 0206-11/14, portanto, não servindo de paradigma para determinar a improcedência do presente Auto de Infração.

Apesar de haver afirmado que as saídas que realizou ocorreram com tributação, o que poderia possibilitar um pedido de restituição de indébito a ser submetido à apreciação da autoridade fiscal competente, o autuado nada trouxe para comprovar sua alegação, tendo, na realidade, o autuante trazido aos autos 27 notas fiscais de saída de arroz emitidas pelo autuado nas quais não há destaque do imposto.

Diante disso, a infração é subsistente.

No tocante ao pedido de realização de diligência/perícia, observo que o autuado nada trouxe em termos valorativos ou quantitativos que pudesse suscitar a possibilidade de sua realização, razão pela qual indefiro o pedido com fulcro no art. 147, I, “a”, “b” II, “a” do RPAF/99.

No tocante ao argumento defensivo de que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao Contribuinte, consoante previsão do art. 112 do CTN, no presente caso descabe tal aplicação, haja vista a inexistência de qualquer dúvida interpretativa.

Quanto à alegação defensiva de que a multa aplicada é exorbitante e viola o princípio do não confisco, saliento que de acordo com o inciso I do art.167 do RPAF-BA/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual, sendo que a multa aplicada se encontra prevista artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

No tocante ao pedido de redução da multa, ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de descumprimento de obrigação tributária principal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0027/22-4**, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte, a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 283.391,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR