

A. I. Nº - 281077.0007/22-7
AUTUADO - VALMIR MOURA DE SOUZA
AUTUANTE - ANDREA FALCÃO PEIXOTO
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/04/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0051-02/23-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. A impugnação se limita a arguir afastada preliminar de nulidade do lançamento tributário. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2022, exige o valor de R\$ 289.682,33, em decorrência da seguinte infração:

Infração 1 – 003.002.002: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. **Período:** janeiro de 2017 a dezembro 2018.

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96. **Multa** de 60%: Artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. **Valor histórico:** R\$ 289.682,33

O representante legal do autuado apresenta Impugnação de fls. 12/20. Inicialmente trata da tempestividade da defesa e pede que as intimações emitidas do presente processo sejam enviadas para a advogada subscritora no endereço da Avenida João Durval Carneiro, 3.665, Edf. Multiplace, 8º andar, sala 813, Bouvard Shopping – Feira de Santana/BA, CEP 44.051-900 e/ou para o e-mail: jaciane@jmlaw.adv.br, sob pena de nulidade dos atos processuais.

Seguindo, passa a abordar o caso:

3. DAS RAZÕES DE NULIDADE E/OU IMPROCEDÊNCIA

Sustenta que o auto de infração não merece prosperar, pois segundo a fiscalização a contribuinte teria deixado de recolher o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e instruiu a infração com o Demonstrativo 0, em arquivo xls., onde enumera em abas separadas as operações com NFce, NFe e ECF.

Salienta que nas operações com NFce em que aponta um total supostamente devido de R\$ 113.233,35 referente ao ano de 2018, destaca que, apesar de enumerar uma série de produtos que supostamente teriam sido comercializados com alíquota erradas, não constou informações quanto ao número e chave de acesso da NFce para possibilitar a identificação da operação de que se trata, conforme se mostra no *print*, de fl. 15.

Em relação às operações com ECF que exige um total de R\$ 175.850,98 de diferenças de ICMS e no demonstrativo anexo, parece ter agrupado as operações por produto e por mês, constando o valor total das saídas, sobre o qual aplicou as alíquotas cheias, sem individualizar cada operação de modo a possibilitar a autuada identificar o cupom fiscal em questão. Anexa “*print*” de tela, fl. 16.

Para às operações com NFe, onde aponta o número das notas fiscais a que se refere o lançamento, afirma ter verificado que a alíquota aplicada é cheia sobre o valor de saída dos produtos,

deixando de abater os créditos das entradas, conforme se mostra na coluna “desconto” no demonstrativo.

Fala que o mesmo parece ter ocorrido nas operações com NFCE e ECF, pois, aparentemente, o valor utilizado de base de cálculo é o total das saídas, sem abatimento dos créditos das entradas, sobre o qual foi aplicada a alíquota cheia, o que a leva a crer que há no caso exigência indevida.

Ressalta que para conferir se os valores realmente são devidos ou não, seria necessário que o demonstrativo, especialmente os demonstrativos das operações com NFCE e com ECF, apontasse o número do documento fiscal a fim de que fosse possível identificar a operação em questão e a sua respectiva base de cálculo, pois da maneira como foi elaborado o demonstrativo a autuada não possui elementos suficientes para identificar as operações e para se defender quanto ao mérito da exigência fiscal.

Observa, ainda, que a falta do abatimento dos créditos das entradas não é algo pontual, mas parece ter acontecido em todo o levantamento fiscal, como é possível verificar no demonstrativo que instrui o auto de infração, relativamente as operações com NFCE, NFe e ECF, daí porque não aponta exemplos das ocorrências.

Reitera que, em virtude da insuficiência de informações para materializar a infração, o que também obsta indevidamente o direito de defesa da autuada, argui nulidade do auto de infração, pois não é possível identificar as operações objeto da autuação fiscal, sobretudo a base de cálculo da exigência.

Após reproduzir o art. 39, IV, do RPAF, diz que, ao que consta no demonstrativo, o levantamento fiscal teria considerado o valor total da operação de saída supostamente praticada pela autuada, tendo sido aplicada as alíquotas de 18%, 20% e 27% em todas as operações, sem, contudo, abater o crédito das entradas, fato que entende viciar o procedimento fiscal e, por isso, deve ser declarado nulo com base no inciso IV, “a” do art. 18 do RPAF ou, se assim, não se entender, deve ser convertido em diligência, para determinar à autuante a entrega do demonstrativo no qual estejam enumeradas as notas fiscais eletrônica de venda ao consumidor, e suas respectivas chaves de acesso, bem como o número dos cupons fiscais, que serviram de lastro à autuação, a fim de que a autuada possa identificar individualmente cada operação e sua base de cálculo, para, assim, poder se defender quanto ao mérito da infração, providência que requer.

Concluindo, pede:

- Acolhimento integral das razões de defesa para declarar a nulidade do lançamento fiscal ou julgá-lo improcedente;
- Subsidiariamente, conversão do “julgamento” em diligência fiscal;
- Juntada dos documentos anexos à presente defesa;
- Seja oportunizado à Autuada prazo para manifestação e juntada de outros documentos que se façam necessários a depender do resultado da diligência e/ou do teor da manifestação fiscal;
- Envio das intimações de todos os atos processuais para a advogada subscritora.

A autoridade fiscal autuante prestou Informação Fiscal às fls. 25/27. Contrapõe-se aos argumentos defensivos dizendo que o levantamento fiscal tem base na escritura fiscal digital do contribuinte (EFD).

Informa que no registro de suas operações de saídas acobertado por NFCE, os valores dos produtos comercializados foram escriturados pela autuada com alíquota diversa da prevista na legislação, não necessitando do número e da chave de acesso da NFCE para identificar a operação.

Aduz que, conforme sua EFD, a Autuada deu saídas de mercadorias acobertadas por NFCE com alíquotas diversas da prevista na legislação, recolhendo assim o imposto menor que o devido em

relação a mercadoria que deu saída. Assim, a alegação da Autuada acerca da impossibilidade de identificar as operações não tem fundamento, pois basta a ela verificar seus registros na sua EFD apresentada a SEFAZ para ver que calculou o imposto devido aplicando alíquota menor que a prevista na legislação. Portanto, inconsistente a alegação de insuficiência de informações para materializar a infração, pois o direito de defesa está plenamente preservado.

No que concerne às operações com ECF, onde alega que o débito exigido no levantamento fiscal foi apurado agrupando as operações por produto e por mês, que sem individualização de cada operação impossibilita identificar o cupom fiscal, também esclarece que todo levantamento fiscal foi baseado na EFD da Autuada onde também o contribuinte registrou as operações de saídas agrupada por produto e calculou o imposto com alíquota menor que a prevista na legislação. Portanto, sustenta que a alegação defensiva não tem fundamento, pois para identificar a operação basta verificar a EFD apresentada a SEFAZ onde foi escriturado o valor do imposto menor que o devido por ter aplicado alíquota menor que a prevista na legislação.

Informa o mesmo valer para a alegação defensiva relativa às operações com NFe e, rebatendo a alegada falta de abatimento do crédito pelas entradas, informa que a autuada se equivoca, já que o crédito em questão foi escriturado pela mesma no momento da entrada das mercadorias no estabelecimento e que tal crédito já foi apropriado pelo próprio contribuinte quando apurou o periódico saldo do ICMS no regime de conta corrente fiscal. Afirma que não deve ser levado em consideração este argumento, pois, sem fundamento.

Aduz que para conferir se os valores apurados no levantamento fiscal são devidos, não é necessário que o demonstrativo da autuação aponte o número do documento fiscal/cupom fiscal e/ou chave de acesso para identificar a operação e alíquota utilizada, pois verificando a EFD da Autuada, facilmente se identifica as operações objeto da exigência fiscal.

Acrescenta que o levantamento fiscal apresenta todos os elementos que determina o art. 39, inciso IV do RPAF, permitindo o direito de defesa da autuada: *“a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento; b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo; c) a alíquota; d) o total do débito levantado”*, de modo que o AI não contém vício de nulidade.

Discorda da necessidade de diligência fiscal por alegação de insuficiência de informações e falta da compensação dos créditos das entradas das mercadorias nos valores apurados, pois toda a informação necessária para identificar o valor exigido consta na EFD elaborada pelo próprio contribuinte autuado, onde, na apuração do ICMS dos períodos compreendidos pela autuação, verifica-se a aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, ocasionando o recolhimento a menor do imposto devido e lançado através deste AI.

Ressalta que a alegação de impedimento de identificação das operações objeto da Infração não procede, pois, os valores apurados no levantamento fiscal foram baseados na EFD apresentada pela Autuada à SEFAZ.

Conclui mantendo a autuação em sua inteireza.

Presentes na sessão de julgamento a representante legal do sujeito passivo Karina Mascarenhas dos Santos, OAB/BA 75.989 e a autoridade fiscal autuante.

Na oportunidade, a representante legal do sujeito passivo, preliminarmente, repisa o argumento de nulidade aduzido na peça de defesa, o qual abriga e limita todo o fundamento da Impugnação, inclusive o pedido de diligência, como pedido subsidiário, caso a nulidade seja superada.

Por sua vez, a autoridade fiscal autuante diz que a representante legal do sujeito passivo nada de novo apresentou na sua manifestação oral, dado que apenas repetiu os argumentos aduzidos na peça de defesa.

Seguindo, disse que o resultado da autuação, como dito em sua Informação Fiscal, resulta da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas operações de saída das mercadorias,

como constante da EFD, citando o exemplo da mercadoria acetona aplicando a alíquota de 18% quando a prevista legalmente é 20%, em face do adicional de 2% destinado ao Fundo de Erradicação da Pobreza, o mesmo ocorrendo com as bebidas alcoólica que tributou sob alíquota de 18% quando a prevista legalmente é 25% mais a adição de 2% destinado ao FUNCEP, ocorrência que se repetiu com outras mercadorias.

Quanto à alegação de cerceamento por falta de especificação da chave de acesso para identificar o equívoco que motiva a autuação, informa não proceder, pois a auditoria resulta da extração das informações registradas pelo contribuinte em sua EFD, único formato com valor jurídico e, dela tendo posse, pode, sem dificuldade, confrontar os dados dos demonstrativos suportes do Auto de Infração com os correspondentes registros que efetuou na EFD que transmitiu ao Fisco, como real espelho de sua movimentação comercial com repercussão tributária.

Com relação à alegação defensiva de falta de consideração dos créditos fiscais de direito em face da aquisição das mercadorias para comercialização, também informa sem fundamento lógico-jurídico, já que tal crédito foi apropriado quando da apuração periódica do ICMS no sistema de conta corrente fiscal.

VOTO

Como acima relatado, contendo 01 (uma) infração, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$ 289.682,33.

De logo, observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário restam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documento de fl. 10, bem como do que se percebe na peça de defesa, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na sua lavratura foi cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§ , 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está clara e exaustivamente descrita, corretamente tipificada, tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 08 e CD de fl. 09 contendo 29 arquivos magnéticos no formato Excel), está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Liquidada por Autoridade Fiscal competente do Ente tributante (COTEB: art. 107, § 2º), mediante regular procedimento administrativo contendo os elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta), a obrigação tributária tem por suporte probatório os demonstrativos contidos no CD de fl. 09 (cujo demonstrativo suporte resumo impresso consta à fl. 08), detalhando os fatos geradores da obrigação tributária.

Registre-se, por oportuno, que para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, utilizando-se do SIAF, ferramenta de auditoria desenvolvida por Auditores Fiscais com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais da Bahia – IAF e homologada pela SEFAZ, o lançamento tributário em apreço decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias, regularmente transmitidos pelo contribuinte e recebidos pela SEFAZ sem inconsistências na forma indicada no Ajuste SINIEF 02/09 (Cláusula décima), única escrituração com valor jurídico a provar a favor e contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º), com demais registros das operações empresariais com repercussão fiscal angariados e constantes da base de dados do Ente tributante, em face da legislação tributária vigente no período objeto da fiscalização.

Com suporte nos demonstrativos indicados na letra “d” retro citada, em que se vê apurado o valor de ICMS devido e exigido do período autuado e relativo às operações detalhadamente relacionadas e amplamente identificadas com CNPJ/CPF do consumidor, Cód Ident., Descrição da mercadoria, nº do documento fiscal, destinatário, Vl. total item, alíquotas, BC e ICMS a recolher, compreendendo o período janeiro 2017 a dezembro 2018, a acusação fiscal é que o sujeito passivo recolheu ICMS a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Cabe observar que quando o procedimento fiscal do qual deriva o lançamento tributário relativo à homologação dos prévios procedimentos encarregados ao contribuinte, no sentido de cumprir suas obrigações tributárias, é contestado, abre-se o processo administrativo fiscal objetivando aperfeiçoar a liquidez do crédito constituído, cujo valor pode ser ajustado no curso do contraditório (CTN: Arts. 140, 141 e 145; RPAF: Art. 18, § 1º).

Em tal situação, o direito à impugnação é assim disciplinado:

RPAF

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.

§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

§ 4º A petição de defesa será entregue preferencialmente na repartição fiscal do domicílio do sujeito passivo ou na repartição do local da ocorrência do procedimento fiscal

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Como exposto no relatório que integra este PAF, bem como repetido oralmente por sua representante legal na sessão de julgamento, ainda que apresentando certa confusão sobre os conceito de “mérito”, a impugnação do sujeito passivo se limita a arguir preliminar de nulidade por cerceamento ao seu direito de defesa, alegando vício formal na lavratura do AI, uma vez que, segundo ele, os demonstrativos suportes da acusação fiscal não lhes oferecem elementos suficientes para identificar as operações e se defender quanto ao mérito da exigência fiscal, pois:

a) no que toca às operações com NFC-e, em que se exige R\$ 113.233,35, apesar de enumerar uma

série de produtos que supostamente teriam sido comercializados com alíquota erradas, não contém informações quanto ao número e chave de acesso da NFCe para possibilitar a identificação da operação de que se trata; **b)** em relação às operações com ECF que exige um total de R\$ 175.850,98 de diferenças de ICMS e no demonstrativo anexo, parece ter agrupado as operações por produto e por mês, constando o valor total das saídas, sobre o qual aplicou as alíquotas cheias, sem individualizar cada operação de modo a possibilitar a autuada identificar o cupom fiscal em questão; **c)** para às operações com NFe, onde se aponta o número das notas fiscais a que se refere o lançamento, afirma ter verificado que a alíquota aplicada é cheia sobre o valor de saída dos produtos, deixando de abater os créditos das entradas, conforme se mostra na coluna “desconto” no demonstrativo, situação que alega ocorrer nos demais levantamentos fiscais.

Ademais disso, suscitou a necessidade de diligência fiscal para sanar as lacunas que alega, pedido que, considerando suficientes para formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, indefiro com fundamento no art. 147, I, do RPAF.

Indo ao caso, observo, de pronto, que mesmo tendo os argumentos defensivos por preliminar a ser previamente apreciada, para verificar a pertinência da arguição, o caso requer análise dos elementos autuados, ainda que perfunctória seja.

Pois bem, como exposto no relatório, também presente na assentada de julgamento do caso, a autoridade fiscal autuante, inclusive com exemplos, refutou os argumentos defensivos. Assim, analisando os autos e os argumentos de acusação e defesa, constato que:

a) o levantamento fiscal tem base na EFD, cujos registros foram efetuados pelo próprio contribuinte autuado e de ali captados na auditoria sem qualquer alteração. Ou seja, tanto os documentos fiscais (NFC-e, NF-e e Cupom Fiscal emitido em ECF) com as “carências” alegadas, quanto o “agrupamento” das operações por período e por mês, são de sua própria lavra. Portanto, sendo autor e detentor de tais registros, não lhe cabe o argumento da impossibilidade de identificar as operações e/ou insuficiência de informações para materializar a infração, uma vez que, como se vê nos demonstrativos suportes (Demonstrativo 01: Débito Menor - Erro na aplicação da alíquota, com as três situações: NFC-e, NF-e e Cupom Fiscal emitido por ECF) constam na mídia magnética CD (fl.09), cujo Demonstrativo Resumo impresso demonstrando as exigências fiscais periódicas consta impressa e autuada na fl. 08 do PAF, identificando detalhadamente as operações, os demonstrativos cuidam apenas de ajustar/calcular o imposto devido em face das incorretas alíquotas aplicadas pelo contribuinte autuado por ocasião dos fatos geradores ali claramente identificados, conforme exemplificado nas operações acetona aplicando a alíquota de 18% quando a prevista legalmente é 20%, em face do adicional de 2% destinado ao Fundo de Erradicação da Pobreza, o mesmo ocorrendo com as bebidas alcoólica que tributou sob alíquota de 18% quando a prevista legalmente é 25% mais a adição de 2% destinado ao FUNCEP, ocorrência que se repetiu com outras mercadorias.

b) No que se refere à alegação defensiva acerca de não consideração do crédito fiscal de direito por conta das entradas das mercadorias objeto da autuação, também não vejo sentido lógico ou fundamento jurídico, uma vez que este já fora apropriado/aproveitado pelo contribuinte quando da regular apuração do ICMS periódico no regime de conta corrente fiscal.

Assim, considerando que o sujeito passivo além de possuir todos elementos para, se fosse o caso, objetivamente apontar eventual inconsistência nos detalhados demonstrativos suportes resultantes do procedimento fiscal do qual resultou o lançamento tributário em apreço, exerceu seu amplo direito de defesa sem observar o disposto no § 5º, do art. 123, do RPAF acima transcrito, superada a preliminar de mérito arguida, tenho por subsistente, a infração regularmente constatada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281077.0007/22-7**, lavrado contra **VALMIR MOURA DE SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 289.682,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADO