

A. I. Nº - 269101.0026/22-6
AUTUADO - AGP DO BRASIL VAREJISTA E ATACADISTA LTDA.
AUTUANTE - LUIZ CÉSAR OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ AGRESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/06/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0100-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO; b) MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. CONSUMIDOR FINAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 4. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. 5. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA RECAÍDA SOBRE O VALOR DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA. OMISSÃO DE ENTRADAS. Argumentos defensivos voltados apenas para alegação de cerceamento do direito de defesa, em razão do Auto de Infração englobar seis infrações no mesmo lançamento. Não acolhido o argumento defensivo pois não há na norma regulamentar proibição para implementação do lançamento na forma prescrita pelo autuante. Não apresentados argumentos relacionados ao mérito da autuação. Adequação da penalidade aplicada em relação a infração 03. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos da exigência de crédito tributário no montante de R\$ 143.774,00, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

Infração 01 - 001.002.003: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Vide Anexo 01: - Demonstrativo do crédito indevido relativo a mercadorias isentas”*. Valor lançado R\$ 16.876,00 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 001.002.006: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Vide Anexo 02: - Demonstrativo do crédito indevido relativo a mercadorias da substituição tributária”*. Valor lançado R\$ 5.630,00 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 002.001.002: *“Deixou de recolher no(s) prazo (s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. O contribuinte emitiu Notas Fiscais de Consumidor eletrônicas, porém, algumas delas não foram lançadas na Escrituração Fiscal Digital. Com esse procedimento o contribuinte deixou de recolher ICMS, relativo à falta desses lançamentos, em vários meses do exercício de 2020. As chaves das NFCe não registradas não constam no livro Registro de Saída. Vide Anexo 03: - Demonstrativo analítico das NFCe’s não*

escrituradas. Vide Anexo 08: - Livro Registro de Saída de 2020. Obs.: Arquivos gravados em mídia (CD)". Valor lançado R\$ 3.233,00 mais multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 002.001.003: *"Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte deu saída a mercadorias tributadas como não tributadas nas vendas através de Notas Fiscais de Consumidor eletrônicas, implicando na falta de pagamento do ICMS relativo a esses lançamentos. Vide Anexo 04: - Demonstrativo das saídas tributadas como não tributadas. Obs.: Arquivos gravados em mídia (CD)". Valor lançado R\$ 6.982,00 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.*

Infração 05 - 003.002.002: *"Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte emitiu Notas Fiscais de Consumidor eletrônicas, porém, algumas delas foram emitidas com alíquota inferior à alíquota devida para determinadas mercadorias. Com esse procedimento o contribuinte recolheu o ICMS a menor em vários meses dos exercícios de 2019, 2020 e 2021. Vide Anexo 05: - Débito a menor - Erro na aplicação da alíquota (CFOP vs. UF) - Lista de notas fiscais/itens Obs.: Arquivos gravados em mídia CD". Valor lançado R\$ 52.172,00 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.*

Infração 06 - 004.005.005: *"Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Efetuamos a auditoria de estoque no exercício de 2021, obtivemos como resultado omissão de saída de mercadorias tributadas no valor de R\$ 9.412,00 e omissão de entrada de mercadorias tributadas no valor de R\$ 394.360,00. Segundo a Portaria 445/98 deve ser cobrado o ICMS Normal sobre o valor da omissão de entrada por ser superior ao valor da omissão de saída Valor da omissão de entrada: R\$ 394.360,00 Base de Cálculo: R\$ 321.560,00 Valor do ICMS: R\$ 57.881,00". Valor lançado R\$ 57.881,00 mais multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.*

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 80 a 83, onde, após apresentar uma descrição dos fatos, passou a alegar cerceamento ao direito de defesa, citando, para fim de respaldar seu argumento, o Art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, bem como o inciso LV, do Art. 5º da Constituição Federal, que assegura *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"*.

Citou, também, o inciso II e § 2º do referido dispositivo constitucional, referiu-se a doutrina para mencionar o objetivo principal do princípio do informalismo, que reflete o princípio da igualdade, para asseverar que o autuante não respeitou a essência dos princípios da ampla defesa e do formalismo moderado previsto pelo Art. 2º do RPAF/BA.

Aduziu que a exigência de recolhimento de ICMS decorrente de variadas infrações, em forma e datas distintas, todas lançadas em um único auto de infração, dificulta a elaboração da defesa, na medida que se colhe do mesmo 06 (seis) tipos de transgressões, cada uma com um tipo de enquadramento e multa distinta: o que viola o citado artigo 2º do RPAF/BA.

Concluiu pugnando pelo acolhimento da presente Impugnação para que seja determinado o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 98 a 102, transcrevendo, inicialmente as infrações imputadas ao autuado, observando que todas resultaram da auditoria eletrônica realizada pelo software SIAF, após rigoroso trabalho de parametrização de todas as mercadorias de cada exercício.

Observou que o preparo do processo obedeceu rigorosamente às normas do RPAF/BA, enquanto que o texto da presente defesa é idêntico ao texto do A.I. nº 2691010023/22-7.

Quanto a alegação de cerceamento do direito de defesa, onde o autuado alegou que o processo contém várias infrações em um único auto de infração, com seis tipos de transgressões distintas, disse que o processo foi apresentado de forma clara com cada infração municiada com todos os relatórios probatórios fornecidos em formato PDT pelo software SIAF e seguiu rigorosamente o RPAF/BA, não subsistindo, pois, o argumento defensivo.

Destacou que o autuado nada trouxe em relação ao mérito, tratando-se, assim, de mera peça protelatória, pugnando, desta forma, pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração sob exame foi lavrado para exigir crédito tributário no total de R\$ 143.774,00 decorrente de 06 (seis) imputações relacionadas aos exercícios de 2019, 2020 e 2021, todas devidamente indicadas e descritas com clareza no corpo da própria peça acusatória. As infrações estão acompanhadas por planilhas analíticas e sintéticas que proporcionaram ao autuado, sem qualquer dificuldade, todos os meios possíveis ao exercício da ampla defesa, sem qualquer empecilho que possa refletir em cerceamento do direito de defesa.

Vejo que o lançamento tributário atende ao previsto pelos artigos 39, 40 e 41 do RPAF/BA, que assim se apresentam:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

I - a identificação, o endereço e a qualificação fiscal do autuado;

II - o dia a hora e o local da autuação;

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato: a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela; b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido; c) a alíquota ou, quando for o caso, o percentual de cálculo do tributo; d) o percentual da multa cabível ou a sua determinação em quantidade de Unidades Padrão Fiscal (UPF-BA); e) o valor ou as parcelas do tributo ou dos acréscimos tributários decorrentes de pagamento intempestivo, por período, com indicação precisa do valor histórico e do valor atualizado até a data da autuação; f) o total do débito levantado;

V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária relativamente a cada situação: a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória; b) tidos como infringidos; c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;

VI - outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal;

VII - a intimação para impugnação administrativa no prazo de 60 (sessenta) dias, com indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida;

VIII - a indicação da repartição fazendária onde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa;

IX - o nome o cadastro e a assinatura do autuante;

X - a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto com a data da ciência ou a declaração de sua recusa.

§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

§ 2º Na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado.

§ 3º O débito constante no Auto de Infração, para efeito de intimação, será expresso pelos valores do tributo e pela indicação das penalidades, ficando sujeito à apuração, no momento do pagamento, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes.

§ 4º O Auto de Infração poderá ser lavrado contra o contribuinte, contra o substituto tributário ou contra qualquer pessoa à qual a lei atribua a responsabilidade tributária.

Art. 40. O preposto fiscal poderá lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado.

Parágrafo único. Sempre que for constatada infração à legislação tributária cuja exigência de crédito tributário seja em valor igual ou superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) deverá ser lavrado um auto exclusivamente com esta infração, ficando admitida a inclusão de outras, que sejam dela consequentes.

Art. 41. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente;

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Parágrafo único. O Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração poderão constituir um instrumento único nos termos do art. 30.

Desta maneira, e à luz do quanto acima transcrito, vejo que não existe nas normas regulamentares acima transcritas, nada que impeça constar do mesmo auto de infração ocorrências distintas relacionadas ao mesmo imposto, neste caso o ICMS.

Com isso, e pelo fato de não restar caracterizado nos autos qualquer fato que possa configurar cerceamento do amplo direito de defesa do autuado, não acolho os argumentos defensivos suscitados pela defesa.

Em relação ao mérito do lançamento o autuado não se pronunciou, entretanto, constatei que o Sistema de Gerenciamento de Crédito (SGC) desta SEFAZ, indica que a partir de março de 2012 a multa a ser aplicada para a infração de Código 002.001.002, neste caso, a constante na infração 03, é no percentual de 60% tipificada no Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Desta forma, para efeito de adequação ao Sistema, e seguindo orientação interna deste CONSEF, o percentual da multa referente a infração 03, Código 002.001.002, deve ser adequada do percentual 100% para o percentual de 60% nos termos no Art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, como assim está posto no Sistema de Gerenciamento de Crédito (SGC), recepcionado, na sua literalidade, pelo Sistema SIGAT, que é o Sistema desta SEFAZ apto a processar os lançamentos e julgamentos dos créditos tributários.

Em consequência, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, tendo em vista a adequação da multa de 100% aplicada na infração 03 para o percentual de 60%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269101.0026/22-6**, lavrado contra **AGP DO BRASIL VAREJISTA E ATACADISTA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 143.774,00**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 85.893,00, e de 100% sobre R\$ 57.881,00, previstas no Art. 42, incisos VII “a”, II “f”, II “a” e III da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR