

A.I. Nº - 300766.0005/20-8
AUTUADO - KENIO SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTES - LUCIMAR RODRIGUES MOTA e JOSE NELSON DOS SANTOS
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ NORDESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2023

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0164-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Alegações defensivas desprovidas de apresentação de provas. Aplicado o disposto nos artigos 142 e 143 do RPAF/BA. Rejeitados os pedidos de nulidade. Excluídos os valores alcançados pela decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2020, para exigir ICMS no valor de R\$ 148.926,09 tendo em vista a apuração da seguinte infração:

Infração 01 - 03.02.05 - *Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.* Multa aplicada de 60% prevista no art. 42, inciso II da Lei 7.014/96.

O autuado através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 20 a 41, e, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requer que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado JUVENAL SÉRGIO OLIVEIRA – OAB/BA 44.711, e dirigidas ao endereço constante do rodapé da presente petição, em razão da celeridade processual.

Após transcrever o teor da infração assevera que não cabe a aplicação da alíquota de 18% nos seguintes casos:

- nas operações que não tem destaque do imposto como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, a exemplo das mercadorias como, cera líquida, biscoito, vinho pergula, chips cheetos, nutella, iogurte, energético nitrix, coxa de frango, etc., constante do demonstrativo do autuante;
- nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias importadas, com similar nacional, uma vez que a alíquota aplicável é 4%, a exemplo de: filé de salmão, uva passa, luvas multiuso, arranjo sortido de flores, esfregão, etc., conforme consta do demonstrativo do autuante;
- nas saídas de mercadorias para destinatários de operações sujeitas da cesta básica, como feijão, arroz, fubá, ovos, etc., conforme se constata no demonstrativo do autuante;
- nas saídas de mercadorias para destinatários de operações beneficiadas com isenção do ICMS, como frutas, verduras, tomate, broa, bolo, etc, como se vê no demonstrativo do autuante;
- nas saídas de mercadorias para empresas optantes do Simples Nacional, uma vez que a alíquota aplicável é de 7%, conforme consta do demonstrativo do autuante.

Assevera que a escrituração fiscal digital – EFD só passou a ser obrigatória para a autuada a partir de 01/09/2015. Portanto no período de abril a agosto a exigência fiscal baseada em tal escrituração não observa o devido processo legal. Assim, como se verá no decorrer desta peça impugnativa, foram muitos os equívocos ocorridos na ação fiscal sub examine, uns decorrentes de matéria de fato, outros de direito, culminando na lavratura do auto de infração em tela, razão pela qual este Egrégio Órgão Julgador se não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará improcedente, consoante às razões de fato e de direito que passa a expor:

Assevera que a CF/88 e as leis infra - constitucionais fundamentais que lhe seguem, atribuem encargos, deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbrir deles com a maior presteza possível, nesse sentido a instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo fiscal devem observar, entre outros, princípios como o da verdade, da legalidade, da ampla defesa, do devido processo legal (art. 2º do RPAF/BA).

Nesse sentido, é indispensável a demonstração pelo Fisco quanto ao critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação fiscal, bem como a falta de apreciação de todos os argumentos alegados na peça impugnativa configura inobservância aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Isto porque o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis.

Frisa que o Decreto nº 7.629/99, prevê os princípios de direito que devem ser perseguidos no processo administrativo fiscal, com destaque aos princípios da verdade real e da ampla defesa, razão porque os eminentes julgadores devem perquirir a verdade fática, abstraindo a versão unilateral do Autuante, notadamente para combater eventuais excessos decorrentes do exercício do Poder de Polícia Administrativa, sendo que a penalidade somente deve ser aplicada à luz de documentos comprobatórios da suposta infração.

Fala sobre a função fiscal e diz que a mesma deve ser exercida pela autoridade fiscal em obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade. Portanto a função fiscal, exercício do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Assim, diante da ausência de formalidade essencial acima mencionada, diante da ocorrência de vício insanável, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, e este Egrégio Conselho Fazendário Baiano deve decidir pela nulidade do lançamento de ofício, como se veá a seguir.

Abre tópico denominado DA PRELIMINAR - DA FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA ACUSAÇÃO FISCAL dizendo que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, estabelece formalidades que devem ser seguidas tanto pela Administração tributária quanto pelo sujeito passivo para que o processo siga o rito normal com julgamento de mérito do conflito aberto pelo Impugnante, valendo ressaltar que o ônus probatório pertence ao fisco, pois a este cabe comprovar o cometimento da infração com provas necessárias à demonstração do fato arguido, devendo este estar acompanhado de demonstrativos e/ou levantamentos congruentes.

No caso presente verifica-se no demonstrativo que fundamenta a infração que:

1. Não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para empresas optantes do Simples Nacional, uma vez que a alíquota aplicável é de 7%;
2. Não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas operações que não tem destaque do imposto como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada;
3. Não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias importadas, com similar nacional, uma vez que a alíquota aplicável é 4%;
4. Não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais de mercadorias para destinatários que possuam inscrição estadual, mas sim a alíquota de 12%;
5. Não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias enquadradas na cesta básica, como se vê nos cupons/notas fiscais;
6. Não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para destinatários de

operações beneficiadas com isenção do ICMS; e nem no período em a autuada não era obrigada a realizar a EFD.

Como se vê, a apuração da exigência fiscal, objeto da autuação, se afigura repleta de vícios que o macula e fragiliza, haja vista a dificuldade de se conhecer a verdade real, para quando se aplicar o direito positivo ao caso concreto, alcançar-se a eficácia desejada, de modo a se atingir uma justa decisão. Assim incorreções e carências verificadas nos autos, impedem determinar a natureza da acusação e o montante do débito tributário, resultando na formação de um lançamento de ofício pouco claro e inseguro quanto à presunção de legitimidade do crédito fiscal.

Tais incongruências, além dos equívocos anteriormente apontados, trazem seu bojo insegurança quanto à infração efetivamente apurada, suas ocorrências e valores, e da confusão estabelecida pelo Autuante na sua constituição, diante da flagrante nulidade verificada, que se enquadra na hipótese prevista no art. 18, incisos II e IV do RPAF-BA/99, o qual preconiza serem nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

Para comprovar o seu entendimento cópia diversos Ementas de Acórdãos deste Conselho e assevera que o lançamento de ofício em comento deve ser declarado NULO, por falta de certeza e liquidez e por inobservância do devido processo legal. Todavia, caso assim não entenda este Eminentíssimo Órgão julgador, o que somente se admite “AD ARGUMENTANDUM TANTUM”, a autuada postula pela IMPROCEDÊNCIA do auto de infração em comento, em razão do que segue:

Não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para empresas optantes do Simples Nacional, uma vez que a alíquota aplicável é de 7%; Nesse sentido, não houve erro na aplicação da alíquota do ICMS, uma vez que a alíquota reduzida do ICMS correspondente a carga tributária de 7% amparada na previsão contida no artigo 16, inciso I, alínea “c”, da Lei 7.014/96, o qual concede o benefício nas vendas destinadas a empresas optantes pelo regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006, ou seja, o Simples Nacional. Transcreve Ementa do ACÓRDÃO CJF Nº 0213-12/19;

Não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas operações que não tem destaque do imposto como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, como se verifica nas notas fiscais/cupons fiscais e transcreve Ementa do JJF Nº 0137-01/19;

Não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias importadas, com similar nacional, uma vez que a alíquota aplicável é 4%, como se constata nas notas fiscais/cupons fiscais. Transcreve Ementa do Acórdão CJF Nº 0190-12/19;

Não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais de mercadorias para destinatários que possuam inscrição estadual, mas sim a alíquota de 12%, como se vê nos CNPJ dos destinatários, a autuada prova que os adquirentes das mercadorias estavam cadastrados na situação de contribuinte nos Estados de destino das mercadorias. Neste contexto, a alíquota de ICMS a ser destacada nos documentos fiscais é a interestadual, ou seja, a de 12%, como assim assertivamente procedeu à época dos fatos geradores, e não 17% ou 18%. Nesse sentido o CONSEF, reiteradamente, vem decidindo, conforme Ementas de Acórdão que copiou.

Não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para destinatários de operações beneficiadas com isenção do ICMS, como se vê nos cupons/notas fiscais.

Conclui que por todo o exposto é que a infração em comento padece de motivação, e para robustecer a sua tese transcreve trechos de ensinamentos do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, HELY LOPES MEIRELLES, Seabra Fagundes.

No tópico DA INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, ressalta que o autuante imputada à empresa autuada o cometimento da infração, relativo ao período de abril a agosto de 2015, baseando na EFD, sem que o Contribuinte fosse obrigado a proceder com a respectiva escrituração fiscal digital, conforme prescreve o RICMS/BA, em seu artigo 248, vigente à época

dos fatos.

Assim, o suporte fático da imputação do auto de infração em apreço deve ser transparente e cristalino, corroborado com todos os meios de prova admitidos em direito, para que o ato possa prevalecer, trazendo os efeitos pretendidos, a fim de constituir o vínculo obrigacional entre o particular ao Fisco, no que tange a cobrança do tributo.

Ressalta assim, que no Direito Tributário, é nulo o Auto de Infração que não traga aos autos a prova que fundamenta a imputação realizada, vez que se converte em FICÇÃO, ferindo o princípio do Ato regrado ou Vinculado à Lei (CTN, art. 97, I e II, 114, 116, I, 141, 142, 144; CF/88, arts. 5º II; 37 “caput”, 150, I). Com efeito, a referida imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF, Dec. N° 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 18, inciso IV, alínea “a” e 41, inciso II, que transcreveu.

Reitera que a infração tributária deverá sempre ser provada. Sem prova não há que se falar em lançamento fiscal. Neste sentido copia o ensinamento do professor Clélio Berti e ressalta que inclusive neste sentido é o entendimento pacífico do CONSEF, conforme decisões ilustrativas que copiou.

Finaliza requerendo a nulidade total do referido Auto de Infração e, se assim não entender, por precaução, subsidiariamente, que decida pela sua IMPROCEDÊNCIA, por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

Reitera o seu pedido, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada e endereçadas a estes no endereço constante no rodapé da presente impugnação.

Um dos autuantes presta informação fiscal, às fls. 52 a 53, inicialmente transcreve o teor das infrações e registra a existência de demonstrativos de cálculos, contidos no CD, fl. 16 do PAF, entregue pessoalmente ao autuado, fl. 17, e também encaminhado em arquivo, via DTE, fl. 18, onde são apontadas as irregularidades, bem como bases de cálculo para a apuração do imposto reclamado, conforme enquadramento do RICMS/2012.

Faz um resumo dos argumentos defensivos e em seguida se pronuncia asseverando que todas as infrações cometidas e demonstradas neste PAF são, exclusivamente, de operações com saídas ECF em que o Contribuinte usou uma alíquota menor do que a enquadrada da Legislação do Estado da Bahia.

Na sua impugnação, o Contribuinte não se defende especificamente da infração que recebeu acusação, não discrimina as mercadorias, apontando onde se encontra o erro designadamente no demonstrativo e nem tampouco condena valores.

Quanto à nulidade do Auto de Infração, *diz ser* inquestionável, visto que o mesmo não desobedeceu ao que preceitua o Art. 18 do RPAF, Decreto N° 7.629/1999, ou seja, foi lavrado por servidor competente; foram entregues ao Contribuinte cópia do Auto de Infração e de todos os demonstrativos que compõem o PAF, a fim de que o seu direito de defesa fosse exercido; o lançamento possui elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza das infrações, o infrator e o montante do débito tributário; e ainda, o Sujeito Passivo é legítimo.

Finaliza opinando pela Procedência do Auto de Infração N° 3007760005/20-8, com imposto (valor histórico de R\$ 148.926,09), mais os acréscimos tributários devidos.

Analisando o processo na sessão suplementar realizada do dia 31 de maio de 2021, foi observado que de fato o deficiente não apontou objetivamente os equívocos acaso cometidos pela fiscalização. Por esta razão, esta 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência à INFRAZ de origem, para que o autuante intimasse o sujeito passivo, concedendo o prazo de 30 dias, a apresentar demonstrativo indicando todos os supostos equívocos existentes no levantamento que deu suporte a presente exigência com as devidas justificativas e comprovações.

Sendo apresentado o acima solicitado que a fiscalização elaborasse novo demonstrativo, se fosse

o caso.

Posteriormente, a Inspetoria deveria intimar o sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação, cópia dos novos elementos, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Havendo manifestação do autuado fosse dada ciência ao autuante a fim de prestar nova Informação Fiscal.

À fl. 66 foi anexada uma declaração prestada pela auditora responsável pela Informação anterior dizendo que enviou intimação, via DET, ao contribuinte para o cumprimento da diligência e às fls. 68 a 73 uma manifestação da autuada afirmando que a ação fiscal levada a efeito, pelas autoridades fiscais, contém vício de nulidade que impede a autuada de atender a determinação contida na aludida intimação. Isto porque, tais autoridades fiscais em seu demonstrativo que acompanha o Auto de Infração, não relacionou as Notas Fiscais, a que se refere as mercadorias que no seu entender deveriam ser tributadas, inviabilizando desta forma, não só o atendimento da intimação, mas também, o direito de defesa da empresa autuada. Vale dizer, a falta de apresentação das notas fiscais que serviram de base para a lavratura do auto de infração, impede a autuada de verificar se determinadas Notas fiscais possuem ou não mercadorias substituídas, isentas ou com redução de base de cálculo, ou mesmo se se trata de mercadorias tributadas.

Como se vê no demonstrativo apresentado pelos autuantes, em anexo (Doc. 02), faltam dados indispensáveis para que a empresa autuada possa apresentar os documentos comprobatórios (Notas fiscais de saída), e por via de consequência, comprovar que as mercadorias arroladas no demonstrativo se tratam de isentas, substituídas ou que sofreram redução de base de cálculo.

Fato é que a ausência nos autos das notas fiscais, objeto da acusação fiscal, enseja preterição do direito de defesa, além de tornar insegura a acusação fiscal. Desse modo os demonstrativos elaborados pela Fiscalização são imprecisos e padecem de elementos suficientes para determinar a infração, implicando no cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório.

Transcreve Ementas deste Conseg que conclui pela nulidade dos lançamentos e requer que o CONSEF/BA decrete a nulidade total DO AUTO DE INFRAÇÃO EM APREÇO, e se assim não entender decrete a IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO, para que se faça JUSTIÇA.

Com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, solicita que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição, em razão da celeridade processual, tudo por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

A autuante às fls. 112 a 113 assevera que nas fls. 68 a 73, do PAF, a Autuada apresentou sua manifestação, entretanto, não apresentou nenhum demonstrativo indicando supostos erros existentes no levantamento fiscal, conforme requisitado pela relatora, para dar sequência ao julgamento do Auto de Infração Nº 3007660005/20-8.

A patrona da Autuada diz que não foi relacionada no demonstrativo fiscal as Notas Fiscais, entretanto, a infração ocorreu por erro na determinação da carga tributária nas operações de saídas em ECF. Inclusive, os demonstrativos, os quais, a própria patrona anexou à sua manifestação, às fls. 77 a 110, descrevem perfeitamente as mercadorias, valores da carga tributária informada na EFD, carga tributária auditada, valores do ICMS calculado e, por fim, a diferença que deixou de ser recolhida aos cofres públicos. A partir desses demonstrativos, os erros poderiam ser facilmente apontados.

Na sua defesa, o patrono da Autuada diz que nem todas as mercadorias comercializadas pela autuada são tributadas a 18%, entretanto, não apontou nenhum erro nos demonstrativos. Vê-se, em uma simples verificação que o Contribuinte tributou com alíquota a menor diversas mercadorias, às fls. 07, temos Margarina tributada a 7%, quando o correto seria 17% (registro em 30/04/2015); Colônia Filhotes tributou a 17%, quando o correto seria 27%; e assim, aconteceu com todos os

lançamentos que fazem parte da autuação. Não existem produtos da cesta básica e nem de mercadorias isentas relacionadas nos demonstrativos elaborados para essa autuação.

A patrono da Autuada diz que a Autuada somente passou a ter escrituração fiscal digital – EFD a partir de 01/09/2015. Entretanto o Art. 248, do RICMS/2012, aprovado pelo Decreto 13.780/2012, diz que a partir de 01/01/2014, somente os microempreendedores individuais e os optantes pelo Simples Nacional não estão obrigados a esse tipo de escrituração.

Na Defesa, são citados acórdãos sem nenhuma correlação com as infrações reclamadas no PAF, sendo assim, acha desnecessário fazer qualquer comentário. Mais uma vez, o Contribuinte não se defende especificamente da infração que recebeu acusação, não discrimina as mercadorias, apontando onde se encontra o erro no demonstrativo e nem tampouco condena valores. Conforme o Art. 140, do RPAF, “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas*”. Quanto à nulidade do Auto de Infração, não se pode questionar, visto que o mesmo não desobedeceu ao que preceitua o Art. 18 do RPAF, Decreto Nº 7.629/1999, ou seja, foi lavrado por servidor competente; foram entregues ao Contribuinte cópia do Auto de Infração e de todos os demonstrativos que compõem o PAF, a fim de que o seu direito de defesa fosse exercido; o lançamento possui elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza das infrações, o infrator e o montante do débito tributário; e ainda, o Sujeito Passivo é legítimo.

Diante do exposto, pede a procedência do Auto de Infração Nº 300776.0005/20-8, com imposto (valor histórico de R\$ 148.926,09), mais os acréscimos tributários devidos.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data da representante legal do autuado, Drª Jéssica da Silva Cordeiro, OAB/BA nº 52.763, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O presente Auto de infração diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Após examinar as peças componentes do presente Processo Administrativo Fiscal, verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e o fato gerador do débito tributário reclamado e no que tange aos aspectos formais e materiais do auto de infração.

A fiscalização constituiu o crédito tributário, registrando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade cabível, tudo em absoluta consonância com o art. 142 do CTN, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visto que as infrações estão caracterizadas conforme demonstrativos apensos aos autos.

Constatou também que foram respeitados o direito à ampla defesa e ao contraditório inexistindo, assim qualquer vício ou falha que possa imputar nulidade ao Auto de Infração, não sendo detectada nenhuma ocorrência das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Foi arguido pelo defendant como causador de nulidade a falta de certeza e liquidez da acusação fiscal, sob o argumento de que a fiscalização incluiu em seu levantamento operações não tributadas à alíquota de 18%.

Tal argumento apesar de ter sido tratado pelo sujeito passivo como motivador de nulidade observo que se relaciona a questão de mérito, o que será a seguir apreciado, motivo pelo qual afasto as nulidades arguídas.

Antes, porém, apesar de não ter sido arguido pelo sujeito passivo observo, em relação aos fatos

geradores ocorridos entre abril a junho de 2015, que os créditos constituídos encontram-se trágados pela decadência, de acordo com o contido no art. 150, § 4º do CTN, tendo em vista que o sujeito passivo tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 08/07/2020, através de mensagem DTE, conforme se verifica à fl. 18, que é o marco inicial para a contagem do prazo decadencial.

Na situação sob análise a exigência tributária recaiu sobre o recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Neste caso, o autuado efetuou o lançamento dos documentos fiscais que deram causa à referida infração, portanto, declarou o imposto, o qual foi apurado mediante interpretação da norma tributária pelo próprio e o pagamento foi efetuado de acordo com o valor lançado, amoldando-se perfeitamente à regra prevista no mencionado Art. 150, § 4º do CTN.

Desta maneira, devem ser excluídos do lançamento os valores, referentes aos meses de abril a junho de 2015, R\$ 9.711,37; R\$ 9.926,50 e R\$ 9.791,13, totalizando o montante de R\$ 29.432,00.

Passo a análise do mérito, em relação ao valor remanescente de R\$ 119.494,09. Assim é que foi alegado pelo defensor, que a fiscalização teria incluído indevidamente no seu levantamento inúmeras mercadorias por ele tributadas corretamente, por estarem sujeitas à substituição tributária ou serem beneficiadas pela isenção ou redução da base de cálculo, assim como inclusão de operações destinadas a empresas optantes do Simples Nacional, uma vez que a alíquota aplicável é de 7%.

Considerando que não foram apontadas objetivamente as operações enquadradas nas alegadas irregularidades, o processo foi convertido em diligência para que o sujeito passivo fosse intimado, concedendo-lhe o prazo de 30 dias, a apresentar demonstrativo indicando todos os supostos equívocos existentes no levantamento, que deu suporte a presente exigência com as devidas justificativas e comprovações.

O defensor ao ser intimado informou ter ficado impossibilitado de atender ao quanto solicitado, desta vez arguindo que não constava no levantamento, elaborado pela fiscalização, os números das notas fiscais referentes as mercadorias ali indicadas, além de não terem sido apresentados os respectivos documentos fiscais.

Certamente que não pode prosperar a pretensão defensiva. Primeiro, porque a auditoria foi realizado com base na Escrituração Fiscal Digital - EFD, sendo que apesar do sujeito passivo ter asseverando que somente estava obrigado a apresentá-la a partir de 01/09/2015, fato é que os arquivos foram enviados a esta secretaria pelo próprio contribuinte, em obediência ao determinado no art. 248 do RICMS/BA, certamente porque o mesmo não era microempreendedor individual ou optante pelo regime do Simples Nacional, pois esta era a exceção para a não obrigatoriedade da modalidade de escrituração em comento.

Assim é que, se encontram registrados na EFD todos os documentos apontados no levantamento fiscal, e se referem a saídas através de ECF. Portanto, tratam-se de documentos de sua emissão e estão informados em sua escrita fiscal. Dessa forma, a acusação poderia, incontestavelmente, ser revisada a partir das informações constantes nos demonstrativos fiscais pela simples comparação com os documentos em poder da autuada.

Logo a autuação indica, individualmente, todos os produtos que tiveram suas saídas tributadas com erro na determinação da base de cálculo e o enquadramento legal com base na Lei nº 7.014/96, aliado ao fato de que na Defesa apresentada o sujeito passivo arguiu existir equívocos no levantamento, sem, entretanto, apresentar as provas necessárias, mesmo tendo sido intimado a fazê-lo.

Ademais, de acordo com as informações trazidas pela fiscalização, fl. 115, e verificações no demonstrativo que deu respaldo ao presente lançamento, fls. 07 a 12, com as quais concordo, o autuado tributou com alíquota a menor diversas mercadorias, a exemplo de: Margarina tributada a 7%, quando o correto seria 17%; Colônia Filhotes tributou a 17%, quando o correto seria 27%; e

assim, aconteceu com todos os lançamentos que fazem parte da autuação. Também no referido demonstrativo não estão elencados produtos de cesta básica e nem mercadorias isentas.

Assim é que, para desconstituir as infrações indicadas, o defendanteveria provar que os valores apurados pela fiscalização estavam incorretos, entretanto, de forma genérica, apenas sustentou não ter havido erro na aplicação da alíquota do ICMS nas mercadorias objeto do presente lançamento, contrariando o disposto no art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, que assim estabelece; “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas*”. Como tais provas se referem a documentos e livros que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir as infrações, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu.

Dessa forma, considerando o teor dos art. 142 e 143, do RPAF, que rezam que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Dessa forma, a infração é parcialmente subsistente, em razão da exclusão dos valores alcançados pela decadência.

Relativamente ao pedido do impugnante para que as intimações sejam entregues ao seu advogado, entendo que nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do dos atos processuais, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, no valor de R\$ 119.494,09.

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 **300766.0005/20-8**, lavrado contra **KENIO SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 119.494,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR