

A. I. Nº - 269511.0016/22-5
AUTUADO - SUPERMERCADO UNIPREÇO LTDA.
AUTUANTE - LUIS ANTÔNIO MENEZES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0180-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS PELO CONTRIBUINTE. Comprovado que as operações de saídas analiticamente identificadas nos demonstrativos suporte não se sujeitam à substituição tributária e devem ocorrer com destaque do imposto. Inexistência de *bis in idem*, pois o outro Auto de Infração lavrado sob a mesma ordem de serviço exige diferença entre o valor do imposto recolhido e o lançado/destacado nos documentos fiscais de venda, enquanto neste a exação se refere ao imposto devido e não destacado nos documentos fiscais de saída. Procedimento fiscal regular executado sem vício. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/12/2022, exige o valor de R\$ 830.220,55, em decorrência da seguinte infração:

Infração 1 – 002.001.003 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$ 830.582,40. Período: junho 2019 a dezembro 2021. Enquadramento legal: Arts. 2º, I e 32, da Lei 7014/96 c/c art. 332, I do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Legalmente representado, o contribuinte impugnou o AI às fls. 18/61. Após tratar da tempestividade, pedir que as notificações/intimações acerca do caso sejam encaminhadas ao procurador constituído, atentar para o efeito suspensivo da exação e descrever os fatos, passa a cuidar do mérito do caso.

Diz que o AI contém vícios que o eivam de nulidade, pois, requerendo avaliação dos julgadores, alega que o Autuante não observou para todo o período fiscalizado, haver itens com tributação diferente do molde estabelecido no Anexo 1 do RICMS-BA, em face da redação vigente à época dos fatos, estes listados, por NCM (2202.99, 2202.9, 2101, 2202.1, 2202, 2106.90.1, 3304, 2106.9, 2208.9, 2207.10.9, 2402, 1101.00.1, 1902.1, 1905.32, 8212.10.2, 1901.2, 2207.10.9, 2402, 1905.3, 2208.9), conforme recortes dos demonstrativos suportes plotados na Impugnação, que diz serem exemplificativos.

Aduz que o Autuante atribuiu a “inúmeros itens a condição de normal para o ICMS, quando em verdade os mesmos sofrem ou sofriam a incidência do instituto da substituição tributária” e que existem “inúmeros créditos devidos aos quais não foram compensados quando da apuração do crédito tributário” exigido no AI, de modo que requer a declaração de sua nulidade.

DA INSUBSISTÊNCIA DO AUTO – DA COBRANÇA DE VALORES *BIS IN IDEM*

Afirma haver exigência de créditos fiscais em duplicidade, haja vista que em outro AI (269511.0017/22-1) se cobra valores acusando recolhimento a menos de ICMS em função de

divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais, declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos (Infração 003.001.004) para o mesmo período fiscalizado.

Diz ser fato que no outro AI o Autuante inseriu valores sem indicação de quais itens consubstanciam os fatos geradores para exigência do crédito fiscal, tampouco o NCM e CST dos produtos, indicando apenas a chave de acesso ao DANFE, fato que alega ter impossibilitado a empresa averiguar quais itens estariam com incorreções quanto à aplicação da legislação do ICMS, razão pela qual também requer a declaração de nulidade deste AI ante a exigência de crédito tributário em *bis in idem*.

Concluindo, pede julgamento pela insubsistência do AI e, caso assim não se entenda, subsidiariamente requer: a) a anulação dos atos processuais anteriores à Impugnação, com o permissivo de que a empresa possa se manifestar sobre valores e demonstrativos apresentados; b) em caso de diligência saneadora que lhe seja reaberto o prazo de 60 (sessenta) dias para defesa.

Prestada a informação fiscal, fls. 178-181. Após resumir a Impugnação, a autoridade fiscal autuante passa a contesta-la.

Informa não proceder a alegação defensiva de cobrança indevida sobre operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, pois:

- NCM's 2202, 2202.1 e 2202.99

Os produtos enquadrados na ST são: refrigerantes, águas minerais, bebidas energéticas e bebidas hidrolíticas (isotônicas);

- NCM's 2106.9 e 2106.90.1

Os produtos enquadrados na ST são: águas minerais, bebidas energéticas, bebidas hidrolíticas (isotônicas) e xarope ou extrato concentrado destinado ao preparo de refrigerantes em máquina "pré-mix" ou "post-mix";

- NCM's 2101 e 3304

Os produtos destas NCM's não estão no regime de substituição tributária;

- NCM 2208.9

O produto desta NCM que está na ST é "bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%";

- NCM 2207.10.9

O produto desta NCM que está na ST é "álcool combustível";

- NCM 2402

Os produtos desta NCM que estão na ST são "charutos, cigarrilhas e cigarros, de tabaco ou dos seus sucedâneos";

- NCM 1101.00.1

O produto desta NCM que está na ST é "farinha de trigo";

- NCM 1902.1

Os produtos desta NCM que estão na ST são "massas alimentícias não cozidas, nem preparadas de outro modo";

- NCM 1905.32

Os produtos desta NCM que estão na ST são "waffles e wafers";

- NCM 8212.10.2

Os produtos desta NCM que estão na ST são “aparelhos e lâminas de barbear”;

- NCM 1901.2

Os produtos desta NCM que estão na ST são “misturas e preparações para pães com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em qualquer embalagem”.

Portanto, afirma, as planilhas apresentadas na Impugnação (fls. 25/56), assim como o arquivo magnético em Excel “DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO”, anexado ao AI, onde constam as planilhas representativas dos demonstrativos analíticos dos exercícios fiscalizados, só comprovam que a cobrança do imposto recaiu sobre mercadorias submetidas ao regime normal de tributação, não contemplando mercadoria da ST.

Informa também não prosperar a alegada cobrança de crédito fiscal em duplicidade, pois o outro AI (269511.0017/22-1), fruto da mesma ação fiscal, exige o imposto recolhido a menos em função de divergência entre os valores do imposto lançados na escrita fiscal e os efetivamente debitados nas vendas de mercadorias com notas fiscais emitidas com destaque de ICMS. Ou seja, em face de cometimento de infração distinta da identificada neste AI.

Aduz que os demonstrativos DEMI(FALTA RECOL_OP TRIB COMO Ñ TRIB (NFCe)-LISTA ITENS POR MÊS_2019), DEM3(FALTA RECOL_OP TRIB COMO Ñ TRIB (NFCe)-LISTA ITENS POR MÊS_2020) e DEM5(FALTA RECOL_OP TRIB COMO Ñ TRIB (NFCe)-LISTA ITENS POR MÊS_2021), e o arquivo em Excel “DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO” identificam mensalmente todos os itens cobrados na infração, e os arquivos CSV das NFCes trazem o detalhamento de cada item e as respectivas notas fiscais emitidas, onde constam a chave de acesso da nota, data de emissão, quantidades e valores da operação, estando todos nos autos.

Pugnando pela procedência do AI, conclui que nenhuma das alegações da defesa identifica vícios ou erros que causem nulidade ou seja capaz de elidir a autuação e o Impugnante não explica quais seriam os supostos “inúmeros créditos” que não foram compensados na apuração do crédito tributário.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz uma só infração à legislação tributária, tipificada pelo código fiscal 002.001.003 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

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 constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos autuados às fls. 15, bem como do que se depreende da manifestação defensiva, 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 lavratura do Auto de Infração foi devidamente 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 claramente descrita, determinada com segurança, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma regulamentar e com os requisitos legais (fls. 06-09), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, o caso não impõe necessidade da diligência referida no tópico dos pedidos/requerimentos da Impugnação.

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).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS criado e desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre de depuração 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 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).

Tem suporte probatório nos demonstrativos e documentos autuados (CD de fl. 06), cujas planilhas, em formato PDF e Excel, analiticamente identifica: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CFOP, vlr item, BC ICMS, alíquotas, valores do ICMS e vlr da exação.

O representante do autuado impugnou o Auto de Infração alegando: a) haver itens com tributação diferente do molde estabelecido no Anexo 1 do RICMS-BA, em face da redação vigente à época dos fatos, estes listados, por NCM (2202.99, 2202.9, 2101, 2202.1, 2202, 2106.90.1, 3304, 2106.9, 2208.9, 2207.10.9, 2402, 1101.00.1, 1902.1, 1905.32, 8212.10.2, 1901.2, 2207.10.9, 2402, 1905.3, 2208.9); b) sem identifica-los, existência de “inúmeros créditos” não compensados quando da apuração do crédito tributário; c) *bis in idem* da exigência fiscal, pois também consignada em outro AI (269511.0017/22-1).

Já observando que as “planilhas” indicadas na Impugnação são meros recortes do demonstrativo suporte da acusação fiscal, por sua vez, a autoridade fiscal autuante informou:

Contra o item “a” da alegação defensiva:

NCM’s 2202, 2202.1 e 2202.99

Os produtos enquadrados na ST são: refrigerantes, águas minerais, bebidas energéticas e bebidas hidrolíticas (isotônicas);

- NCM’s 2106.9 e 2106.90.1

Os produtos enquadrados na ST são: águas minerais, bebidas energéticas, bebidas hidrolíticas (isotônicas) e xarope ou extrato concentrado destinado ao preparo de refrigerantes em máquina “pré-mix” ou “post-mix”;

- NCM’s 2101 e 3304

Os produtos destas NCM’s não estão no regime de substituição tributária;

- NCM 2208.9

O produto desta NCM que está na ST é “bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%”;

- NCM 2207.10.9

O produto desta NCM que está na ST é “álcool combustível”;

- NCM 2402

Os produtos desta NCM que estão na ST são “charutos, cigarrilhas e cigarros, de tabaco ou dos seus sucedâneos”;

- NCM 1101.00.1

O produto desta NCM que está na ST é “farinha de trigo”;

- NCM 1902.1

Os produtos desta NCM que estão na ST são “massas alimentícias não cozidas, nem preparadas de outro modo”;

- NCM 1905.32

Os produtos desta NCM que estão na ST são “waffles e wafers”;

- NCM 8212.10.2

Os produtos desta NCM que estão na ST são “aparelhos e lâminas de barbear”;

- NCM 1901.2

Os produtos desta NCM que estão na ST são “misturas e preparações para pães com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em qualquer embalagem”.

Pois bem. Lembrando a disposição do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, quanto ao exercício do direito de impugnar o Auto de Infração alegando de uma só vez toda a matéria de fato e/ou de direito, 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 (RPAF: Art. 123), exceções que não se aplicam ao caso, aquilatando a situação como sugerido pelo Impugnante, de modo a confrontar a legislação vigente à época dos fatos geradores, mais especificamente checando os produtos/mercadorias, suas NCM's expostas nos recortes dos demonstrativos plotados na peça de defesa *versus* produtos/mercadorias contemplados no Anexo 1 do RICMS-BA, onde constam indicadas as mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária pelas citadas NCM's, constata-se, neste ponto, o acerto da autoridade fiscal autuante ao exigir ICMS das operações expostas nos recortes do demonstrativo suporte da exação, pois, ao contrário do alegado pelo Impugnante, e conforme detalhado na Informação Fiscal, nenhum dos produtos/mercadorias ali indicados constavam sujeitos ao regime de substituição tributária, sendo, portanto, sujeitos à tributação nas saídas do estabelecimento autuado, operações que não foram tributadas pelo contribuinte sujeito passivo.

Para a alegação inespecífica de que “inúmeros créditos” não foram compensados quando da apuração do crédito tributário, é de se ter em conta que, tratando-se de lançamento fiscal com base em documentos fiscais de operações tributáveis sem destaque do imposto correspondente, não há falar em direito a crédito tributário, até porque, exceto especiais situações de comprovados desfazimento das operações de saídas – que não é o caso, pois, não demonstradas pelo Impugnante – o crédito fiscal do movimento empresarial do contribuinte decorre dos documentos fiscais de aquisição das mercadorias, cuja apropriação feita por ele em sua escrituração fiscal, não repercute no caso em apreço.

O *bis in idem* alegado pelo Impugnante não existe porque, ainda que de um mesmo período fiscalizado, o Auto de Infração 269511.0017/22-1 exige a diferença de ICMS devida em face de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado/destacado nos documentos fiscais de venda das mercadorias, enquanto que no presente auto a exação se refere ao imposto devido, mas não destacado nos documentos fiscais das operações de saídas analiticamente indicadas nos demonstrativos suportes da autuação, a exemplo de “Achocolatados”, cujas NCM's 2202, 2202.1 e

2202.99, no Anexo 1, serve a refrigerantes, águas minerais, bebidas energéticas e bebidas hidrolíticas (isotônicas).

As intimações/notificações relativas ao PAF devem obedecer à forma regulamentada (COTEB: Art. 129, c/c os arts. 108 e 109 do RPAF-BA), mas nada impede que o patrono do sujeito passivo seja também cientificado com cópia dos atos.

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 **269511.0016/22-5**, lavrado contra **SUPERMERCADO UNIPREÇO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 830.220,55**, 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, 12 de setembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADO