



A. I. N° - 203459.0008/21-3
AUTUADO - KAYALLA NATAMME DE CÁSSIA BRITO TOKUSHIGE EIRELI
AUTUANTE - RICARDO FRANÇA PESSOA
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27/11/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0207-03/23-VF**

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. PAGAMENTO COM CARTÃO CRÉDITO E/OU DÉBITO. VALOR INFERIOR AO INFORMADO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, uma vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. O Autuado logra êxito em elidir parcialmente a autuação. Rejeitadas preliminares de nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 01/07/2021, exige o valor de R\$ 178,386,73, em decorrência da **Infração 01 - 005.008.001.** Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de junho de 2018 a fevereiro de 2021. Demonstrativos às 07 a 14 e CD a fl. 19.

O Autuado apresenta Impugnação de fls. 25 a 33.

Inicialmente sustenta que a infração fiscal não pode prosperar, uma vez que cerceia o direito de Defesa da autuada por falta de prova da acusação, ou seja, pela falta de apresentação de Relatório TEF - Diário das apurações de venda.

DO DIREITO

Observa que a CF/88 e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem, atribuem encargos, deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir 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/99).

Frisa que 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.

Assinala que o RPAF-BA/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 da 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.

Registra que, assim como as pessoas são inteiramente livres para agir desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente, o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador.

Lembra que o agente público exerce uma atividade vinculada, portanto, fica obrigado a agir de acordo com o que determina a legislação que trata da matéria, não cabendo qualquer margem de discricionariedade quanto ao modo de apreciação dos fatos apurados. A inobservância dessa vinculação corre o risco de violar as disposições do art. 142, do Código Tributário Nacional.

Esclarece que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Prossegue destacando que a função administrativa tributária 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.

Revela que Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, lembra que o ato administrativo de medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas por lei, quanto à competência, à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto. Quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei, em uma relação de inquestionável subsunção. Explica, a consagrada mestra, que regras básicas a serem respeitadas pela fiscalização são: a) a necessidade, em consonância com a qual medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ou interesse público; b) a da proporcionalidade, que significa a exigência de uma delação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado; e, c) eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público.

Arremata observando, diante da ausência de formalidade essencial acima mencionada, diante da ocorrência de vício insanável, em estrita consonância com a alínea “a” do inciso IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, este Conselho Fazendário Baiano deve decidir pela nulidade do lançamento de ofício.

DO CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO APRESENTAÇÃO DE PROVAS

Assinala que para punir qualquer conduta tida como contrária à Lei, o Estado necessita de galgar várias etapas até que chegue nesta fase, e para que o contribuinte, que em tese foi de encontro à norma legal, possa ser apenado, deverá, obrigatoriamente, ser ouvido e por todos os meios necessários para refutar aquela quebra de lei imputada a ele, vindo isso a se constituir na ampla defesa e no contraditório.

Destaca que, para exercer seu amplo direito de defesa, é essencial e indispensável que receba o Relatório Diário de Operações - TEF, o que não ocorreu na imputação da infração em commento, uma vez que não existe prova nos autos de tal ocorrência, apresentando apenas o Relatório TEF - Anual (Doc. 04) que é insuficiente para validar a infração fiscal apresentada pela autoridade fiscal. Prova de tal assertiva constata-se no fato de que o citado relatório não foi acostado aos autos.

Assevera que tal fato cerceia seu direito de defesa. Diz que corroborando com tal assertiva, constata-se no entendimento já pacificado por este órgão julgador, como se constata na Ementa do Acórdão CJF Nº 0143-11/12 cujo teor da ementa transcreve.

Salienta que o art. 142, Código Tributário Nacional - CTN dispõe que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível e o seu parágrafo único dispõe que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Observa que no mesmo sentido, prevê o art. 41, do RPAF-BA/99, que o auto de infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente, dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

No caso em lide, reafirma não haver nos autos comprovação de que o contribuinte autuado recebeu cópia do Relatório TEF-Diário em que se funda a autuação.

Afirma não restar dúvida que o Relatório Diário - TEF é elemento de fornecimento indispensável e essencial para que a empresa autuada possa exercer a contento o contraditório, situação que por si só já inspira a nulidade do procedimento fiscal, conforme a previsão do inciso II, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Revela que o CONSEF assim já decidiu, indicando como precedentes os Acórdãos JJF Nº 0007-02/14, JJF Nº 0011-01/16 e JJF Nº 0167-04/14

DA INOBSErvâNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL EM FACE DA FALTA DE COTEJAMENTO DOS CUPONS FISCAIS.

Frisa que a autuação consignada no Auto de Infração foi embasada em uma presunção. Presunção legal, diga-se. Porém, trata-se de uma presunção “*juris tantum*”, ou seja, admite prova contrária, vale dizer, a diferença de receita apurada entre as informações da administradora de cartões e a declarada pelo autuado foram originadas dos cupons fiscais constantes da redução a “Z”, em que constam vendas de mercadorias isentas, não tributadas, substituídas, vendas a prazo, etc. Razão por que se torna imprescindível que haja o cotejamento de tais operações de modo a permitir elidir a presunção de infração.

Menciona que, apesar de a autoridade fiscal ter anexado ao PAF, o relatório de transmissão eletrônica de fundos - TEF sintético, constitui um vício de formalidade, dado que cria embaraços a sua ampla defesa, sendo certo que o TEF analítico é que lhe permitiria exercer o contraditório pleno, fato também não observado pelo autuante.

Explica que se trata de exigência de imposto por presunção legal, cujo roteiro de auditoria aplicado para apuração do débito deve advir exclusivamente de divergências, pela não emissão do documento fiscal pelo estabelecimento autuado, obtidas, inequivocamente, do confronto entre as operações realizadas com pagamento por meio de cartão/crédito informadas pelas administradoras e financeiras com os correspondentes documentos fiscais emitidos pelo sujeito passivo.

Reafirma que a Auditoria de Cartões de Crédito visa verificar se as vendas por meio de cartões de crédito/débito foram fornecidas a tributação, e o contribuinte tem que discriminar na Redução “Z”, qual o meio de pagamento utilizado pelo cliente. Do cotejo entre os valores informados pela administradora e os valores das Reduções “Z”, “cartão de crédito/débito”, e realizada a Auditoria Fiscal. No presente caso, foi utilizado um roteiro na o previsto, o que gerou inadequação, configurando lançamento de ofício que na o contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração nos termos do inciso IV, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Corroborando com tal entendimento, pondera que o CONSEF assim já decidiu consoante os Acórdãos JJF Nº 0244-03/13, JJF Nº 0074-02/14 e JJF Nº 0115-03/16, cujas ementas reproduz.

DOS PEDIDOS

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração em apreço pela inobservância do devido processo legal tudo em face das razões de Defesa acima expostas.

O Autuante presta informação fiscal à fl. 63, nos termos a seguir sintetizados.

Esclarece que se trata de Auto de Infração, que lançou crédito tributário, relativo à falta de pagamento do ICMS em razão de omissão de saídas de mercadorias, apuradas através levantamento de venda com pagamento de cartões de crédito e de débito.

Assinala que o contribuinte ingressou com defesa, argumentando única e, tão-somente, cerceamento do direito de defesa, pela falta de apresentação do relatório TEF diário.

Esclarece que toda argumentação apresentada pelo contribuinte tenta macular a peça de lançamento do crédito tributário em razão disso, o que não é verdade, eis que é só compulsar o presente processo à fl. 19, e verificar que há um CD com referido relatório, que também acompanhou a cópia do Auto de Infração destinada ao contribuinte.

Diante disso, afirma que se tornam improcedentes as alegações do contribuinte, e como não houve manifestação quanto ao mérito, entende-se como tacitamente reconhecido.

Conclui mantendo a autuação na íntegra.

Em pauta suplementar, essa 3ª JJF converte os autos em diligência para que fosse intimado o Autuado para fornecer na repartição cópia do Relatório TEF diário por operação, em mídia que deverá ser comprovado, no ato da entrega, o devido acesso aos arquivos e tomada a declaração do Autuado do referido acesso. Devendo constar na intimação expressamente a reabertura do prazo de defesa 60 dias para manifestação.

O Autuado se manifesta às fls. 72 a 78, nos termos a seguir sintetizados.

Inicialmente assinala que a infração fiscal em comento não merece prosperar, uma vez que se trata de uma presunção “*juris tantum*”, ou seja, admite prova contrária, vale dizer, a diferença de receita apurada entre as informações da administradora de cartões e a declarada pela empresa autuada foram originadas dos cupons fiscais, em que as notas fiscais de entrada (Doc. 01) em consonância com as DMAs (Doc. 02), apresentam os códigos CST das mercadorias e valores totais para mercadorias não tributadas e que deram entrada no estabelecimento, mercadorias estas que são isentas, não tributadas, substituídas, com redução de base cálculo, vendas a prazo, etc.

Pondera que seus próprios livros de Entrada (Doc. 03), pertencentes a EFD entregue ao Fisco, fazem constar os códigos CST de cada mercadoria constantes das notas fiscais de entrada, não restando, portanto, dúvidas de grande parte das mercadorias em comento se trata de isentas, não tributadas, substituídas, com redução de base cálculo, vendas a prazo, etc.

Afirma que comprova mediante notas fiscais de entrada (Doc. 01), DMAs (Doc. 02) e livros de entrada (Doc. 03), que a fiscalização incluiu no levantamento fiscal mercadorias constantes do Anexo I, RICMS-BA/12 vigente a época da suposta infração, mercadorias estas que têm particularidades na sua tributação, tais como, redução de base de cálculo e sujeição ao regime de substituição tributária, a saber:

NCM 2203 - Cerveja;

NCM 0203 0206 0209 0210.1 - Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos;

NCM 0207.1 0207.2 - Carnes de aves inteiras com peso unitário superior a 3Kg, temperadas;

NCM 0201 0202 0204 0206 - Carne de gado bovino, ovino e bufalino e demais produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, refrigerados ou congelados;

NCM 0210.2 0210.99 1502 - Carne de gado bovino, ovino e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado submetidos à salga, secagem ou desidratação;



NCM 2202 - Águas minerais, potáveis ou naturais, gasosas ou não, inclusive gaseificadas ou aromatizadas artificialmente, exceto os refrescos e refrigerantes;

NCM 2202 - Refrigerante em garrafa com capacidade igual ou superior a 600 ml;

NCM 1905.2 - Pães industrializados, inclusive de especiarias, exceto panetones e bolo de forma;

NCM 2201.1 - Água mineral, gasosa ou não, ou potável, naturais, em embalagem com capacidade igual ou superior a 5.000 ml.

Ressalta que tem como atividade principal, “Comércio varejista de carnes - açougue”, constando diversas das suas mercadorias no Anexo 1 ao RICMS-BA/12, como “Produtos Alimentícios”, tais como os supracitados.

Cita como exemplo a DMA referente a janeiro de 2019 (Doc. 02), na qual, o valor contábil de entradas de mercadorias é no montante de R\$ 53.458,41, tendo como isentas e não tributadas, o valor de R\$ 35.806,61. Analisando as saídas de mercadorias das empresas autuadas, a DMA de janeiro de 2019, apresenta o valor contábil de R\$ 175.540,64, sendo não tributado, o valor de R\$ 151.345,71, corroborando com o fato de que a maioria das mercadorias de entrada e saída já tiveram a sua fase de tributação encerrada, situação esta, que se repete em todos os outros períodos autuados.

Por isso, sustenta que devem ser excluídos do levantamento fiscal, vez que tais produtos, com respectivas NCMs se encontram listado no Anexo 1, ao RICMS-BA/12, portanto, os valores exigidos a maior neste lançamento de ofício, referentes às mercadorias identificadas nas linhas acima, juntamente com as notas fiscais de entrada (Doc. 01) e as DMAs (Doc.02), comprovam que 90% das mercadorias adquiridas e consequentemente repassadas aos consumidores finais, são mercadorias isentas, não tributadas, substituídas, vendas a prazo, etc.

Menciona que nessa vertente, o CONSEF possui entendimento no sentido de que é indevida a infração fiscal, reproduzindo a ementa do Acórdão JJF Nº 0095-05/21-VD.

Nesse sentido, afirma que a infração em comento padece de motivação, conforme ensinamentos da Doutrina pátria, trazendo a colação sobre o tema ensinamentos dos juristas, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meireles e Seabra Fagundes.

Assevera que não havia motivo para que se procedesse a lavratura do Auto de Infração, posto que é premissa exata que o auto de infração, ou a notificação fiscal, que se embasam em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos sem motivação, e assim, nulos.

Esclarece que a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, o mais vinculado possível, no exercício do qual serão praticados atos plenamente vinculados. Essa, aliás, é a expressão utilizada no art. 3º, do CTN, que define o tributo como “prestação pecuniária, compulsória, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Assim, o objeto do lançamento, como ato de vontade da administração (a saber, a declaração da ocorrência do fato jurídico, a identificação do sujeito passivo da obrigação, a determinação da base de cálculo e da alíquota para apuração do montante a pagar e os Termos da Exigibilidade) já está predeterminado na lei tributária, vale dizer, “*in casu sub examine*”, expressamente previsto os dispositivos de lei que autorizam a imputação de responsabilidade quando ocorrer infração a eles, inexistindo margem de liberdade de escolha para o agente que pratica o ato (autuante).

Frisa que, pelo que se constata, não havia motivo para que o Autuante lavrasse o auto de infração em apreço, pelo menos no que se relaciona a infração que ora se contesta.

Requer, desde já, com fulcro no art. 272, § 5º, do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus Patronos e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição, em razão da celeridade processual.

Conclui requerendo a decretação da nulidade do Auto de Infração em apreço, e se assim não for entendido requer a improcedência da ação fiscal em tela.

O Autuante presta nova informação fiscal, fls. 261 e 262, destacando que o Autuado contesta, tão-somente, que nos levantamentos fiscais não foram consideradas as operações com Substituição Tributária, isentas e não tributadas, afirmando ser o estabelecimento autuado um açougue, ou seja, comercializa carnes e derivados, todos inclusos no Anexo 1, do RICMS-BA/12.

Afirma ser essa a única contestação e que não procede, pois no trabalho fiscal a movimentação dessas mercadorias foi considerada. Explica que é só compulsar as fls. 07 e 10, para se ver que os valores das operações com tais mercadorias foram abatidos da base de cálculo do lançamento, portanto nenhum valor relativo a elas foi lançado.

Afirma que somente faz exceção a essa assertiva o exercício de 2018, que por algum equívoco, não consta na planilha os valores a essas mercadorias ST, isentas e não tributadas, e que, em razão disso a planilha foi refeita e anexa a esta informação fiscal e o valor total do lançamento foi proporcionalmente reduzido.

Assim, explica que o valor relativo ao exercício de 2018, que era de R\$ 75.589,87, passa a ser de R\$ 6.803,09. E, como consequência, o valor do Auto de Infração que era de R\$ 178.386,73, passa a ser de R\$ 109.599,95.

Conclui pugnando pela procedência parcial da autuação, nos termos aludidos.

Consta à fl. 264, intimação ao Autuado para ciência do teor da informação fiscal.

Em nova manifestação, às fls. 270 a 274, o Autuado se insurge contra a informação fiscal prestada pela autoridade fiscal por não reconhecer seu direito.

Observa que o percentual de 91% aplicado pelo autuante no exercício de 2018, não foi o mesmo aplicado nos demais exercícios. Deste modo, cabe a correção do percentual dos outros exercícios autuados para 91%, haja vista que a atividade principal da empresa autuada continua sendo a mesma do exercício de 2018 e, tendo as mesmas mercadorias como saídas da empresa, a exemplo de: NCM 2203 – Cerveja, NCM 0203 0206 0209 0210.1 - Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos, NCM 0207.1 0207.2 - Carnes de aves inteiras com peso unitário superior a 3Kg, temperadas, NCM 0201 0202 0204 0206 - Carne de gado bovino, ovino e bufalino e demais produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, refrigerados ou congelados, NCM 0210.2 0210.99 1502 - Carne de gado bovino, ovino e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado submetidos à salga, secagem ou desidratação, NCM 2202 Águas minerais, potáveis ou naturais, gasosas ou não, inclusive gaseificadas ou aromatizadas artificialmente, exceto os refrescos e refrigerantes, NCM 2202 Refrigerante em garrafa com capacidade igual ou superior a 600 ml, NCM 1905.2 Pães industrializados, inclusive de especiarias, exceto panetones e bolo de forma, NCM 2201.1 Água mineral, gasosa ou não, ou potável, naturais, em embalagem com capacidade igual ou superior a 5.000 ml.

Ressalta que tem como atividade principal, “Comércio varejista de carnes – açougues”, constando diversas das suas mercadorias no Anexo 1, do RICMS-BA/12, como “PRODUTOS ALIMENTÍCIOS”, tais como os supracitados.

Por isso, afirma caber a verificação da proporção das operações não tributáveis em relação ao total geral das operações dos exercícios de 2018 e 2022, de modo que venha a considerar o percentual de 91% em todos os anos autuados.

Registra ainda, que há se falar no crédito referente as mercadorias tributadas normalmente, os quais não foram utilizados pela empresa autuada, e, também, não foram considerados pela autoridade fiscal, o qual apresentou planilha apontado o suposto ICMS devido, mas não levou em consideração determinado créditos fiscais.

Revela que a Constituição Brasileira e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem atribuem encargos deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível. 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.

Prossegue aduzindo que, assim como as pessoas são inteiramente livres para agir desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente, o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador.

Afirma que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal, como bem está expresso no trecho da Revista dos Tribunais, cujo teor transcreve à fl. 273.

Assinala que a atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo, portanto, não se envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal, que, também, não é parte credora de uma relação jurídica.

Explica que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos. Registra que ratificando tal entendimento o CONSEF assim já decidiu citando como exemplo e reproduzindo as ementas dos Acórdãos: Acórdão de N°s JJF Nº 0150-05/16, JJF Nº 0117-04/14 e CJF Nº 0013-11/15.

Arremata destacando que pelo que se constata, não houve o respeito diante do que postula o princípio da verdade material para que o autuante lavrasse o auto de infração em apreço, pelo menos no que se relaciona a infração que ora se contesta.

Requer, desde já, com fulcro no art. 272, § 5º, do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus Patronos e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição, em razão da celeridade processual.

Conclui requerendo a decretação da nulidade do Auto de Infração em apreço, e se assim não for entendido requer, a improcedência da ação fiscal em tela

O Autuante presta informação às fls. 281 e 282, depois de sintetizar as manifestações anteriores do Autuado, destaca que o Impugnante reivindica que o percentual de substituição tributária atribuído a 2018, seja também considerado para os demais exercícios, isso de forma aleatória sem apresentar qualquer elemento para respaldar tal reivindicação.

Explica que os percentuais não são atribuídos dessa forma, eles devem refletir a movimentação do contribuinte, e foi o que foi feito no presente caso, com base nas DMAs do Autuado que, ora anexa aos autos, fls. 283 a 286, e, para maior clareza apresenta à fl. 282, planilha com os cálculos que levaram aos percentuais de ST consignados nos demonstrativos de apuração.

Prossegue assinalando que o Autuado também requer os créditos tributários para as operações objeto da autuação. Entretanto, explica que também não faz o menor sentido, haja vista que nas omissões inexistem documentos que deem respaldo para o aproveitamento de créditos.

Conclui mantendo a autuação parcialmente subsistente, no valor de R\$ 109.599,95, corrigido na informação presta anteriormente.

Na sessão de julgamento foi realizada sustentação oral pela Dra. Jessica da Cordeiro - OAB/BA-52.763.

VOTO

O Impugnante suscitou preliminar de nulidade por cerceamento ao seu direito de Defesa por falta de apresentação do Relatório Diário de Operações - TEF e por inobservância do devido processo legal pela falta de cotejamento dos cupons fiscais.

Depois de examinar os elementos que compõem os presentes autos, constato que não assiste razão ao Autuado, uma vez que, como se verifica à fl. 22 e CD a fl. 19, intimação via DT-e informa o envio de cópia do Auto de Infração com todos os demonstrativos e documentos da fiscalização. Ademais, para que não pairasse dúvida alguma acerca da entrega ao Autuado da cópia do Relatório Diário de Operações - TEF, esta 3ª JJF converteu os autos e diligênciou, fl. 65, para que fosse entregue pessoalmente ao autuado cópia do referido Relatório e reaberto o prazo de defesa de 60 dias, cujo cumprimento se verifica à fl. 68.

Logo, claramente se depreende que os óbices apontados pelo Autuado foram devidamente ultrapassados, não remanescendo, assim, qualquer impedimento para o exercício da sua ampla defesa.

Consigno também que, da análise dos elementos que compõem os autos, resta patente a inexistência de qualquer ofensa ao devido processo legal e aos princípios da legalidade e do contraditório como aduz o Autuado, eis que, o presente Auto de Infração foi lavrado em total consonância com a legislação de regência que faculta expressamente a aplicação dos procedimentos administrativos fiscais adotados.

Nestes termos, as peças que integram o PAF revelam o pleno cumprimento das formalidades legais, eis que estão explicitamente determinados o contribuinte autuado, a natureza da infração, bem como o montante do crédito tributário apurado que, no transcurso da instrução, foi aperfeiçoada a exação tendo sido reduzido o valor originalmente lançado e dada ciência ao Autuado. Constatou também a inexistência de vícios formais que pudessem comprometer a eficácia da autuação fiscal, a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses preconizadas pela legislação de regência, precípuamente as contidas art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade a autuação.

No mérito, o presente lançamento imputa, ao sujeito passivo, omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de junho de 2018 a fevereiro de 2021, conforme demonstrativo às fls. 07 a 14 e CD a fl. 19.

O Auto de Infração exige ICMS do Autuado em face da clara constatação do não recolhimento do imposto devido, ante a não emissão de documento fiscal relativa a venda de mercadorias tributáveis, cujo pagamento ocorreu via cartão de crédito e/ou débito, consoante operações listadas no Relatório Diário Operações - TEF do período fiscalizado, cuja cópia foi entregue ao Impugnante.

Em sede de Defesa, além das preliminares de nulidades articuladas, já enfrentadas e rechaçadas no início desse voto, o Autuado, contestou, tão-somente, que nos levantamentos fiscais não foram considerados as operações com Substituição Tributária, isentas e não tributadas, afirmando ser o estabelecimento autuado um açougue, ou seja, comercializa carnes e derivados, todos inclusos no Anexo 1, do RICMS-BA/12.

O Autuante ao prestar informação esclareceu que, conforme consta nos demonstrativos de apuração, foi aplicada na apuração a proporcionalidade entre as operações com Substituição Tributária, isentas e não tributadas e as saídas totais. Entretanto, explicou que, em relação ao exercício de 2018 ocorreu um equívoco e não foi aplicada a proporcionalidade, ocasião em que corrigiu o demonstrativo que resultou na redução da exação nesse exercício para R\$ 6.803,09 e deu vistas ao Autuado.

O Impugnante solicitou a aplicação do percentual apurado pelo Autuante relativo ao exercício de 2018, para os demais exercícios e pugnou pela utilização dos créditos fiscais das mercadorias

tributadas normalmente, os quais não utilizou e que também, não foram considerados no levantamento fiscal.

Ao compulsar os elementos que compõem a acusação fiscal e os que emergiram do contraditório instalado, constato que as intervenções levadas a efeito pelo Autuante, precipuamente a aplicação da proporcionalidade entre as operações sujeitas ao regime de Substituição Tributária, isentas e não tributadas e o total das operações no exercício de 2018, foram realizadas de forma escorreita e em consonância com a legislação de regência. Saliento que não tem procedência o pleito do Autuado para que seja aplicado o percentual pelo Autuante para o exercício de 2018 para os demais exercícios, uma vez que o cálculo da proporcionalidade deve ser feita por período de apuração, com base nas correspondentes DMAs. Portanto, o Autuante laborou de forma correta.

No que diz respeito a solicitação para utilização dos créditos fiscais pretendidos pela defesa, entendo que não deve prosperar, uma vez que se trata de apuração de operações realizadas sem documentação fiscal, logo sem lastro legal para suportar a utilização dos referidos créditos.

Assim, constato que o lançamento originário, objeto do presente Auto de Infração, foi aperfeiçoado no transcurso da instrução do PAF com base na legislação de regência, tendo sido o autuado devidamente cientificado de todos os ajustes realizados em sede de informação fiscal.

Logo, concluo pela subsistência parcial da autuação, nos termos do demonstrativo corrigido pelo Autuante relativo ao exercício de 2018, acostado à fl. 263, e mantidos os valores originalmente lançados em relação aos demais exercícios.

No que concerne ao pleito da Defesa para que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos seus Patronos e endereçadas ao endereço constante do rodapé de sua petição, em razão da celeridade processual, assinalo inexistir impedimento algum para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o inciso III, do art. 26, do RPAF-BA/99, a intimação deve ser endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos arts. 108/109, do mencionado Regulamento, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber as intimações atinentes ao presente feito.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 203459.0008/21-3, lavrado contra **KAYALLA NATAMME DE CÁSSIA BRITO TOKUSHIGE EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 109.599,95, acrescido da multa de 100%, prevista no inciso III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA