

A. I. Nº - 102148.0029/22-7
AUTUADO - CASA RURAL COMÉRCIO DE PRODUTOS VETERINÁRIOS LTDA.
AUTUANTE - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/10/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0207-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO. ALTERAÇÃO DA ACUSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Caracterizada desconformidade entre os fatos indicados na acusação e os sugeridos pelo autuante em sede de informação fiscal, implicando em flagrante mudança no fulcro da autuação, o que resultou em nulidade do lançamento, com fulcro no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de exigência de crédito tributário no montante de R\$ 288.420,96, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte imputação relacionada aos exercícios de 2019 e 2020: **Infração 01 – 003.002.004:** “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto”.

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 138 a 142, onde, após considerações iniciais, adentrou ao mérito da autuação, destacando, inicialmente, que atua no ramo de insumos agropecuários e afins, os quais, de acordo com o art. 264, XVIII do RICMS/BA, cumulado com o Convênio ICMS 100/97, são isentos do ICMS, enquanto que a grande maioria das mercadorias que comercializa estão amparadas pela isenção, conforme afirma estar comprovado pelas notas fiscais que disse estar ora apresentando.

Destacou, em seguida, que as mercadorias que comercializa, quando não isentas, são tributadas pelo regime de substituição tributária, na forma do art. 289 e seguintes do RICMS/BA, e, em assim sendo, ainda que se considere que houve omissão de venda, jamais poderia haver presunção de falta de recolhimento de tributo, uma vez que todo o ICMS devido sobre a comercialização das mercadorias já foi devidamente recolhido antecipadamente, de modo que eventual cobrança de novo ICMS, ainda que a título de diferencial de alíquota, caracteriza-se bitributação.

Acrescentou que ainda que se entenda que houve apenas antecipação parcial do ICMS, ensejaria o crédito do valor antecipado de modo que, ainda assim, ter-se-á a improcedência do Auto de Infração, vez que desconsidera os recolhimentos realizados antecipadamente.

Registrou que além do presente Auto de Infração foram lavrados outros dois, que apuram período idêntico ao presente, ensejando nítida apuração em duplicidade, onde, neste A.I. nº 1021480029/22-7, referente período de janeiro/2019 a dezembro/20, aponta ICMS recolhido a menos em decorrência de erro na apuração do imposto, enquanto que no A.I. nº 1021480025/22-1, também relacionado ao mesmo período, acusa ICMS não recolhido sobre todos os valores informados por instituições financeira, decorrentes de vendas efetuadas através de cartões de crédito e/ou débito, e no A.I. nº 1021480025/22-1, vinculado ao mesmo período, exige multa sobre ICMS que supostamente deveria ter sido pago por antecipação parcial nas aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados.

Isto posto sustentou que está nitidamente demonstrado que o valor apontado no presente Auto de Infração não procede, devendo ser excluídas todas as operações que tiveram as notas fiscais regularmente emitidas, além de ser deduzido tudo que foi pago de forma antecipada, pelo regime

de substituição tributária, sob pena de cobrança em duplicidade.

Após questionar a aplicação da multa aplicada no percentual de 60%, concluiu pugnando pela improcedência do presente Auto de Infração ante aos fatos acima delineados.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 171 a 176, efetuando, inicialmente, um breve histórico da autuação, reportou-se as intimações efetuadas via DT-e e outras, além dos elementos da infração, quais sejam, planilhas e demonstrativos elaborados.

Sobre o argumento defensivo relacionado a isenção prevista para as operações envolvendo insumos agropecuários, art. 264, XVIII do RICMS/BA e Convênio ICMS 100/97, disse que o benefício alcança apenas às operações de saídas para o segmento agropecuário, entretanto, o autuado tem como código de atividade econômica principal 4789004 – Comércio varejista de animais e de artigos e alimentos para animais de estimação, diverso do que prevê a legislação para obter o benefício da isenção, portanto, não acoberta as operações praticadas pelo autuado.

Quanto ao argumento relacionado a operações envolvendo mercadorias incluídas no regime de substituição tributária, na forma do art. 289 do RICMS/BA, disse que não houve recolhimento de imposto nessa condição pelo autuado, inclusive a título de antecipação parcial, de acordo com os recolhimentos registrados no INC constante no Portal da SEFAZ, restando, ao seu entender, correta a apuração do imposto enquanto que a falta de recolhimento, afirma estar comprovada e que não houve bitributação, inclusive porque a base de cálculo daquele decorreu da diferença entre os valores das TEF e os valores constantes das notas fiscais emitidas pelo autuado, além do cálculo das saídas ter ocorrido de forma proporcional, não havendo qualquer interseção com a presente autuação.

Explicou que o presente Auto de Infração teve como base de cálculo as operações de saídas apuradas através de Notas Fiscais Eletrônicas e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas, sendo oferecido o crédito relacionado as mercadorias tributáveis, cuja planilha de cálculo disse que “*está incorporando agora*”, doc. 01-A e 1-B, observando que no INC não consta recolhimentos do imposto sob o Código de Receita 1145 – Substituição Tributária e 2175 – Antecipação Parcial e, muito menos, pelo Código de Receita 0729, apurado via conta corrente fiscal, conforme relação de DAES proveniente do Portal Sefaz, que disse estar “*incorporando agora*”, portanto não há que se falar a respeito de abatimento de recolhimentos por parte do autuado, pois inexistentes.

Sobre o A.I. 1021480025/22-1 disse que se refere a multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, portanto, são fatos geradores distintos, logo, não houve autuação em duplicidade.

Após citar não possuir competência para discutir o percentual da multa aplicada, apresentou a **CONCLUSÃO** abaixo:

“Após o exame dos diversos elementos (isenção, duplicidade, substituição tributária e multa) apresentados pela Defesa, quando pude constatar que razão não o assiste, aqui, venho opinar pela manutenção da minha autuação na íntegra, ou seja, a Infração 01 está mantida no valor de R\$ 288.420,96, a qual passa a ser R\$ 489.390,39, se considerarmos os acréscimos moratórios de R\$ 27.916,87 e a multa de R\$ 173.052,56.

Observe-se que a Infração 003.002.004, que foi lavrado, deveria ser “Infração 002.001.002 – Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, o ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios”. (grifo acrescido).

Aqui, adiciono também o Relatório de Informações TEF dos exercícios de 2019 e 2020, Doc. 03.

Nesse sentido, sugiro ao CONSEF, que é a autoridade competente, com base no § 1º, do Art. 18, que corrija o enquadramento da infração, já que se trata de incorreção, posto que, conforme planilhas acostadas ao PAF, é possível determinar o montante do débito.

Nesse contexto, caberá também ao CONSEF comunicar ao sujeito passivo tal correção”.

Consta à fl. 215, intimação ao autuado expedida em 26/05/2023, via DT-e, dando conhecimento ao mesmo da informação fiscal prestada pelo autuante, com concessão do prazo de 10 (dez) dias para manifestação, cuja ciência tácita pelo autuado foi considerada como ocorrida em 05/06/2023,

porém, não consta nos autos, até a presente data, que tenha ocorrido qualquer manifestação por parte do autuado.

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos para efeito de exigência de crédito tributário no montante de R\$ 288.420,96, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, está posta nos seguintes termos, relacionada aos exercícios de 2019 e 2020: **Infração 01 – 003.002.004**: “*Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto*”.

Para efeito de embasamento do lançamento o autuante se valeu dos demonstrativos de fl. 25 (exercício de 2020) e fl. 84, (exercício de 2019), intitulados “**Conta corrente fiscal – Cálculo do imposto com base no Débito e no Crédito das Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e**”, que, a rigor, seria uma espécie de reconstituição da conta corrente fiscal do autuado, nesses exercícios, considerando, apenas, os impostos destacados nas notas fiscais eletrônicas de entradas e de saídas do autuado, nos referidos exercício, que foram disponibilizadas pelo SEPD Fiscal, situação esta que não representa a real reconstituição da conta corrente fiscal.

Da análise dos elementos acima mencionados, vislumbro uma situação que conduz à nulidade do lançamento, a qual, como julgador, tenho o dever de suscitá-la de ofício.

Como já dito acima, a autuação se valeu de uma suposta reconstituição da conta corrente fiscal do autuado, tomando como parâmetro apenas os ditos valores de débito fiscal que estariam destacados nos documentos fiscais de vendas emitidos pelo autuado (NF-e e NFC-e) e deduzidos os créditos fiscais constantes nas notas fiscais eletrônicas de entradas do autuado, disponibilizadas pelo SPED, apenas isto. Não se considerou, por exemplo, a existência ou não de saldo credor anterior, bem como outros débitos/créditos decorrentes, também por exemplo, de devoluções (entradas/saídas), não se podendo admitir, consoante consta na acusação, que houve, por parte do autuado, “*erro na apuração dos valores do imposto*”, já que, na verdade, e na forma que se apresenta os levantamentos fiscais, nada foi apurado pelo autuado, mas, se trata de um levantamento tendente a uma espécie de arbitramento de forma não prevista pela legislação.

Aliado a isto, registro que o próprio autuante admitiu equívoco na acusação quando assim se posicionou na conclusão da informação fiscal que prestou:

“(…)”

Observe-se que a Infração 003.002.004, que foi lavrada, deveria ser “Infração 002.001.002 – Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, o ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

Aqui, adiciono também o Relatório de Informações TEF dos exercícios de 2019 e 2020, Doc. 03.

Nesse sentido, sugiro ao CONSEF, que é a autoridade competente, com base no § 1º, do Art. 18, que corrija o enquadramento da infração, já que se trata de incorreção, posto que, conforme planilhas acostadas ao PAF, é possível determinar o montante do débito.

Nesse contexto, caberá também ao CONSEF comunicar ao sujeito passivo tal correção”.

Portanto, estamos diante de uma situação fática que não pode prosperar, ante a divergência existente entre a acusação constante nos autos e os fatos verificados, onde o próprio autuante declara que a acusação está equivocada e sugere que o CONSEF a altere para outra que indica, o que não é possível, tampouco se trata de situação que remete ao CONSEF a atribuição de comunicar ao contribuinte tal tipo de correção suscitada pelo autuante, tendo em vista que a este Órgão compete, apenas, julgar os fatos presentes e não os alterar e, muito menos, fazer comunicação ao contribuinte de “*alteração*” sugerida pelo autuante.

Dessa maneira, resta caracterizada mudança do fulcro da autuação, proposta pelo próprio autuante, implicando em nulidade do Auto de Infração com sustentáculo no Art. 18, inciso IV, inciso “a” do RPAF/BA.

Nestas circunstâncias voto pela NULIDADE do presente lançamento com a recomendação que a Autoridade Fazendária competente da circunscrição fiscal do autuado analise a possibilidade da renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **102148.0029/22-7**, lavrado contra **CASA RURAL COMÉRCIO DE PRODUTOS VETERINÁRIOS LTDA.**, com recomendação a Autoridade Fazendária da circunscrição fiscal do autuado que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da decisão acima para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF 03 de outubro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR