

A. I. N° - 269101.0029/22-5
AUTUADO - SUPER OFERTA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ CESAR OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ AGRESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12/12/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0225-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos fiscais não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. Infração subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Comprovado que o defendante não destacou o ICMS relativo às operações tributadas. Mantida a exigência fiscal. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração comprovada de acordo com o levantamento fiscal. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/12/2022, refere-se à exigência de R\$ 30.945,06 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 002.001.002: Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro de 2020 a dezembro de 2021. Valor do débito: R\$ 11.986,34. Multa de 60%.

Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte emitiu Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas, porém, algumas delas não foram lançadas na Escrituração Fiscal Digital. Com esse procedimento, o contribuinte deixou de recolher ICMS relativo à falta desses lançamentos, em vários meses dos exercícios de 2020 e 2021.

Infração 02 – 002.001.003: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2020 a dezembro de 2021. Valor do débito: R\$ 16.796,25. Multa de 60%.

De acordo com a descrição dos fatos, o contribuinte deu saída a mercadorias tributadas como não tributadas nas vendas realizadas através de Notas Fiscais de Consumidor Eletrônico, implicando falta de pagamento do ICMS relativo a esses lançamentos.

Infração 03 – 003.002.002: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2020 a dezembro de 2021. Valor do débito: R\$ 2.162,47. Multa de 60%.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 124 a 127 do PAF. Quanto à Infração 01, alega que o erro que está acontecendo é que por força de alguma limitação sistêmica, por vezes a Nota Fiscal de saída é dada como emitida pelo seu sistema e aparece como contingenciada no SPED, promovendo uma divergência, já que não é possível alterar tal

condição. Ou seja, a empresa emitiu a Nota Fiscal e o sistema da Sefaz não a contabilizou gerando a distorção no sistema e o *pseudo* erro no recolhimento.

Sobre a Infração 02, afirma que as operações não tributadas estão corretas. Diz que é empresa do ramo de supermercados, trabalhando com quase 2.000 itens listados e verificados, as nomenclaturas e os códigos de alguns produtos são alterados e fazem com que mudanças ocorram num espaço de tempo ínfimo, muitas vezes, mudanças que implicam em uma nova classificação e preço.

Explica que o sistema de controle de estoque eletrônico, baseado apenas e tão somente no código dos produtos, com um leque de tão grande de mercadorias, costuma possuir pequenas e corrigíveis falhas humanas, não aceitas pelo sistema, mas que não causaram qualquer prejuízo ao fisco.

Informa que impugna tanto a diferença de quantidades, quanto a presunção decorrente, tendo em vista que os equívocos de uma repercutem na outra, prejudicando a formação do “*quantum debeatur*”.

Uma vez que as planilhas e lançamentos eletrônicos acompanham todo o procedimento fiscal, despiciendo a juntada de novas planilhas de valores, mas, imprescindível para a compreensão do alegado, o informativo com a nomenclatura das mercadorias e a fácil visualização da *pseudo* diferença detectada.

Como já afirmado, o valor apurado se refere a mais de 1900 itens, e exíguo tempo para a apresentação defesa não permitiu o cotejamento de todos.

Quanto à Infração 03, diz que o Auditor Fiscal alega erro na alíquota aplicada, mas o equívoco foi perpetrado pelo mesmo.

Afirma que os produtos apontados são óleo de soja e charque, cujas alíquotas adotadas são aquelas previstas na legislação, não havendo qualquer tributo a recolher quanto a este item.

Pugna pela realização de diligência por fiscal estranho ao feito, para exata verificação do alegado quanto aos itens e sistema, e ao final, seja declarada a improcedência do Auto de infração, com a consequente extinção da pretensão tributária nele lançada, vez que não há crédito tributário a ser recolhido.

Protesta por todas provas em direito admitidas, em particular a revisão por fiscal estranho ao feito.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 131 a 135 dos autos. Reproduz a descrição das infrações e faz uma síntese das alegações defensivas. Diz que em relação à Infração 01, o Defendente alegou que emitiu a Nota Fiscal e o sistema da SEFAZ não a contabilizou, gerando distorção no sistema e o *pseudo* erro no recolhimento.

Afirma que o Autuado não traz elementos que possam anular no todo ou em parte a cobrança presente nessa infração. Trata-se de uma alegação meramente protelatória.

Sobre a Infração 02, reproduz as alegações defensivas e também afirma que o Impugnante não traz elementos para anular a cobrança, e também se trata de alegação meramente protelatória.

Infração 03: Diz que o Defendente alegou que os produtos são óleo de soja e charque, cujas alíquotas são aquelas previstas na legislação, não havendo qualquer tributo a recolher quanto a este item.

Informa que de acordo com a escrituração fiscal, o autuado utilizou a alíquota de 12% sobre o valor da venda integral sem redução da base de cálculo, enquanto a legislação determina que, para óleo de soja, algodão, charque e *jerked beef*, deve-se reduzir a base de cálculo em 33,33%, de

forma que a carga tributária corresponda a 12%. Reproduz o art. 268, Inciso XXII e LI do RICMS-BA/2012.

Ressalta que calculou de forma correta, aplicou a redução da base de cálculo em 33,33%, de forma que a carga tributária correspondesse a 12%. Diz que está ocorrendo é a apuração de diferenças ínfimas (centavos) de aproximação por ter calculado conforme a legislação, e em razão de o Contribuinte ter aplicado 12% diretamente sobre o valor da venda integral sem redução da base de cálculo, as diferenças para esses produtos foram ínfimas.

Entende que a alegação defensiva não anula no todo ou em parte a cobrança efetuada nessa infração e se trata de alegação meramente protelatória.

Por fim, apresenta o entendimento de que não há necessidade de diligência por fiscal estranho ao feito e pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, 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, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade desse Auto de Infração.

O Defendente requereu a realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, para exata verificação do alegado quanto aos itens e sistema.

Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, a Infração 01 trata da falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro de 2020 a dezembro de 2021.

De acordo com a descrição dos fatos, o contribuinte emitiu Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas, porém, algumas delas não foram lançadas na Escrituração Fiscal Digital. Com esse procedimento, o contribuinte deixou de recolher ICMS relativo à falta desses lançamentos, em vários meses dos exercícios de 2020 e 2021.

O Defendente alegou que o erro está acontecendo por força de alguma limitação sistêmica. Por vezes, a Nota Fiscal de saída é dada como emitida pelo seu sistema e aparece como contingenciada no SPED, promovendo uma divergência, já que não é possível alterar tal condição. Ou seja, a empresa emitiu a Nota Fiscal e o sistema da Sefaz não a contabilizou gerando a distorção no sistema e erro no recolhimento.

Afirmou que o erro que está acontecendo é por força de alguma limitação sistêmica, por vezes, a Nota Fiscal de saída é dada como emitida pelo seu sistema e aparece como contingenciada no SPED, promovendo uma divergência, já que não é possível alterar tal condição. Ou seja, a empresa emitiu a Nota Fiscal e o sistema da Sefaz não a contabilizou gerando a distorção no sistema e o *pseudo* erro no recolhimento.

O RICMS-BA/2012 prevê que antes da concessão da Autorização de Uso da NF-e, a SEFAZ analisa alguns elementos, podendo resultar na rejeição do arquivo da NF-e, conforme arts. 88 e 89 do mencionado Regulamento, abaixo reproduzido.

RICMS-BA/2012:

Art. 88. Previamente à concessão da Autorização de Uso da NF-e, a Secretaria da Fazenda analisará, no mínimo, os seguintes elementos:

- I - a regularidade fiscal do emitente;
- II - a autoria da assinatura do arquivo digital;
- III - a integridade do arquivo digital;
- IV - a observância aos leiautes dos arquivos estabelecidos na legislação;
- V - a numeração do documento.

Art. 89. Do resultado da análise referida no art. 88, a Secretaria da Fazenda cientificará o emitente:

- I - da rejeição do arquivo da NF-e, em virtude de:
 - a) falha na recepção ou no processamento do arquivo;
 - b) falha no reconhecimento da autoria ou da integridade do arquivo digital;
 - c) duplicidade de número da NF-e;
 - d) falha na leitura do número da NF-e;
 - e) outras falhas no preenchimento ou no leiaute do arquivo da NF-e;

No caso em exame, o Defendente não apresentou qualquer comprovação quanto ao fato alegado, inexistindo qualquer informação de que os arquivos das notas fiscais foram rejeitados pela SEFAZ.

Dessa forma, considerando que os documentos fiscais emitidos e não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, é devido o tributo exigido. Infração subsistente.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2020 a dezembro de 2021.

Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte deu saída a mercadorias tributadas como não tributadas nas vendas realizadas através de Notas Fiscais de Consumidor Eletrônica, implicando falta de pagamento do ICMS relativo a esses lançamentos.

O Defendente afirmou que as operações não tributadas estão corretas. Disse que é empresa do ramo de supermercados, trabalhando com quase 2.000 itens listados e verificados, as nomenclaturas e os códigos de alguns produtos são alterados e fazem com que mudanças ocorram num espaço de tempo ínfimo, muitas vezes, mudanças que implicam em uma nova classificação e preço.

Explicou que o sistema de controle de estoque eletrônico, baseado apenas e tão somente no código dos produtos, com um leque de tão grande de mercadorias, costuma possuir pequenas e corrigíveis falhas humanas, não aceitas pelo sistema, mas que, não causaram qualquer prejuízo ao Fisco.

Observo que o contribuinte deve adotar código único para cada item de mercadoria ou serviço. No caso de alteração do código, o contribuinte deverá comprovar a data da alteração, o código anterior e o novo código, indicando a descrição da mercadoria ou do serviço.

Em qualquer hipótese, o Autuado não acostou aos autos elementos que pudessem elidir no todo ou em parte a cobrança do imposto neste item do presente lançamento.

Entendo que neste caso, cabia ao contribuinte apresentar as provas de suas alegações para elidir a totalidade da exigência fiscal, mesmo que os elementos já tivessem sido apresentados anteriormente. Trata-se de comprovação que está na posse do autuado, e a fiscalização pode verificar, em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial. Portanto, não é acatada a alegação defensiva. Mantida a exigência fiscal.

Infração 03: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2020 a dezembro de 2021.

O Defendente não contestou os dados numéricos constantes nos demonstrativos do Autuante. Afirma que em relação aos produtos óleo de soja e charque, cujas alíquotas adotadas são aquelas previstas na legislação, não há qualquer tributo a recolher quanto a este item.

O levantamento fiscal (fls. 90 a 113 do PAF) foi realizado em relação a diversas mercadorias, mas o Defendente contestou somente óleo de soja e charque, mercadorias alcançadas pela redução de base de cálculo, conforme previsto no art. 268, Incisos XXII e LI do RICMS-BA/2012. Foi calculado o imposto item a item de cada documento fiscal, indicando o valor do item, base de cálculo informada pelo contribuinte, alíquota utilizada pelo contribuinte, valor do ICMS informado pelo contribuinte, base de cálculo apurada na auditoria, percentual da base de cálculo, base de cálculo reduzida apurada pela auditoria, alíquota utilizada pela auditoria e valor do ICMS devido, apurado na auditoria.

Na informação fiscal, o Autuante ressaltou que de acordo com a escrituração fiscal, o autuado utilizou a alíquota de 12% sobre o valor da venda integral sem redução da base de cálculo, enquanto a legislação determina que, para óleo de soja, algodão, para charque e *jerked beef*, deve-se reduzir a base de cálculo em 33,33%, de forma que a carga tributária corresponda a 12%. conforme art. 268, Inciso XXII e LI do RICMS-BA/2012, abaixo reproduzido.

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

XXII - das operações internas com óleo refinado de soja ou de algodão, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12% (doze por cento);

...

LI - nas operações internas com charque e jerked beef, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento).

O Autuante esclareceu que aplicou a redução da base de cálculo em 33,33%, de forma que a carga tributária correspondesse a 12%. Disse que está ocorrendo é a apuração de diferenças ínfimas (centavos) de aproximação por ter calculado conforme a legislação, e em razão de o Contribuinte ter aplicado 12% diretamente sobre o valor da venda integral sem redução da base de cálculo, as diferenças para esses produtos foram ínfimas.

Não se deve confundir redução de base de cálculo com redução de alíquota e com redução de carga tributária. Existe redução de base de cálculo quando o legislador altera apenas o elemento de mensuração da base imponível.

Vale destacar que o legislador, reconhecendo a distinção entre *redução da base de cálculo*, e *redução da carga tributária*, fez acrescentar ao art. 29 da Lei nº 7.014/96 o § 8º, estipulando limite percentual do crédito em caso de redução da carga tributária quanto à utilização de crédito fiscal, com fixação expressa de carga tributária.

Pelo visto, no tocante à legislação que prevê redução da base de cálculo, por isso, o Autuante informou que aplicou a redução da base de cálculo aplicando a alíquota correta sobre a base de cálculo encontrada, o que resultou nas diferenças apuradas (centavos).

Observo que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material e formal estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora, isto é, o lançamento está sujeito à observância dos ditames da lei e cumpre verificar se o tributo é ou não devido, se há ou não provas do cometimento, e não cabe a este órgão julgador promover a busca de outros elementos. Portanto, nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal. Infração subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269101.0029/22-5, lavrado contra **SUPER OFERTA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 30.945,06, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA