

PROCESSO	- A. I. N° 269511.0018/22-8
RECORRENTE	- SUPERMERCADO UNIPREÇO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0113-05/23-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 17/07/2024

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0204-12/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. Restou comprovado que a lavratura de autos de infração distintos decorrente da mesma ação fiscal não implicou em exigência em duplicidade. Neste processo os valores de imposto exigidos foram destacados nos documentos fiscais emitidos e escriturados aplicando alíquotas incorretas e exigido a diferença da prevista na legislação tributária. Alíquota considerada como correta pelo fisco não contestada pela recorrente. No AI 269511.0017/22-1 foi exigido valores do imposto que foram destacados no documento fiscal e não levados para escrita fiscal. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Não acolhido a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 26/12/2022, acusando cometimento da seguinte infração:

*Infração 01 – 003.002.002 – Falta de pagamento de ICMS, em face do contribuinte ter adotado a alíquota diversa da prevista na legislação de regência, em operações de saídas regularmente escrituradas (2019/2021) - R\$ 206.088,46. Multa de 60%.*

Na decisão proferida (fls. 52 a 54) foi apreciado que:

*De início, compete apreciar o requerimento da autuada no intuito das comunicações neste PAF serem encaminhadas para o endereço dos advogados com procuraçao nos autos, sob pena de nulidade.*

*Pode o órgão de preparo facultativamente dar ciência também dos atos processuais praticados aos i. profissionais constituídos no PAF. Tal providência é até benfazeja, do ponto de vista procedural processual, mas jamais a sua falta pode emperrar o andamento do feito. A obrigação vai apenas no sentido das comunicações e intimações serem encaminhadas via domicílio tributário eletrônico (DT-e), indicado pelo próprio contribuinte, conforme determina a legislação de regência, qual seja, o art. 129 do COTEB, c/c os arts. 108 e 109 do RPAF da Bahia. Portanto, não cabe a projeção de nulidade.*

*Por outro lado, a interposição da impugnação administrativa já acarreta a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em face da aplicação direta do art. 156, III do CTN. Qualquer disposição infralegal em sentido contrário estaria alijada do ordenamento jurídico. Pedido prejudicado.*

*Improcede o pleito de nulidade da pretensão estatal pelo descumprimento de forma, porquanto a auditoria só levou em consideração os dados constantes das notas fiscais, desprezando os dados contidos na Escrituração Fiscal Digital (EFD). Em verdade, o autuante verificou que as notas fiscais apontavam equívocos na aplicação da alíquota e isto acabou refletido na escrita digital. Se a alíquota estava errada desde o início, soa óbvio que o problema continuou na escrituração.*

*Sendo assim, o Auto de Infração está de acordo com os requisitos de lei.*

*Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da defesa ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no*

processo.

*Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios – constitucionais e infraconstitucionais - aplicáveis ao processo administrativo tributário.*

*Indeferido qualquer pedido de realização de diligência. Já há nos fólios processuais os elementos probatórios suficientes para elucidar a questão; acaso houvesse algo diferente nos documentos fiscais, de posse da impugnante, isto já teria sido demonstrado.*

*A autuação nasce do recolhimento a menor de ICMS incidente em saídas de mercadorias, advindo da adoção em notas fiscais de alíquotas incorretas, conforme estipulado na legislação tributária correspondente e já com a tipificação no lançamento de ofício.*

*A defesa de mérito restringe-se à existência de bis in idem, posto constar um outro auto de infração do mesmo autuante, de nº 269511.0017/22-1, abrangendo operações, notas fiscais e itens mais uma vez cobrados no PAF ora sob apreciação.*

*Na realidade, as situações são dessemelhantes: Naquele auto de infração, a cobrança partiu de valores de imposto já destacados nas notas fiscais e que não foram levados para a escrita digital e, consequentemente, não foram recolhidos pelo sujeito passivo. Aqui os valores de imposto sequer foram destacados nos documentos fiscais, dado que a autuada considerou a alíquota errada na operação, como no caso de a alíquota aplicável ser de 18% e a impugnante ter considerado como sendo de 7%. Logo, as autuações possuem aspectos bem diversos, podendo recair sobre uma mesma operação, sem com isso implicar em cobrança duplicada.*

*Não houve enfrentamento empresarial sobre ser correta a alíquota constante das notas fiscais, em vez daquela cobrada pelo representante da Fazenda Pública.*

*Auto de infração julgado PROCEDENTE.*

No Recurso Voluntário interposto (fls. 65 a 80) o recorrente ressalta a sua tempestividade, pleteia que as comunicações processuais sejam endereçadas ao seu advogado, sob pena de nulidade, conforme decisão judicial (Apelação Cível nº 2001.3500.0006.7044/2012/DF).

Atenta que nos termos do art. 169 do RPAF/BA, com a interposição do Recurso Voluntário, deve ser atribuído efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário.

Em seguida transcreve a ementa da decisão recorrida, apresenta um resumo da impugnação, da informação fiscal e dos fundamentos contido no voto.

No mérito argumenta que na decisão recorrida foi apreciado que não houve duplicidade da exigência desta autuação com a contida no Auto de Infração nº 269511.0017/22-1, por entender que naquele lançamento os valores do imposto não foram destacados no documento fiscal, enquanto no presente lançamento o estabelecimento autuado empregou alíquotas erradas, aplicando 7% quando deveria ser de 18%, configurando aspectos diversos.

Alega que conforme dito na impugnação apresentada, ratifica que a fiscalização lavrou o Auto de Infração nº 269511.0017/22-1 “adotando os mesmos procedimentos e fundamentos, sobre o mesmo fato gerador, divergindo apenas no que tange a demonstração de supostos itens em que estariam com a tributação em desacordo com a legislação deste Estado”, implicando em bis in idem que é vedado no nosso ordenamento jurídico.

Exemplifica o produto QUEIJO DO REINO TIROLEZ FRAC ABRE FÁCIL, contido na nota fiscal/DANFE cuja Chave de Acesso é o nº 29190633618362000108650020000011211863000233, exigido naquele auto de infração (Auto de Infração nº 269511.0017/22-1) conforme reprodução à fl. 74 e exigência também neste Auto de Infração nº AI 269511.0018/22-8 conforme indicação do arquivo na mesma fl. 74.

Afirma que o mesmo ocorre com o produto LINGUIÇA DE GRANGO [FRANGO] SEARA, contido na nota fiscal/DANFE cuja Chave de Acesso é o nº 29190633618362000108650010000017301849632460, exigido neste auto de infração, conforme reprodução de parte do arquivo na fl. 75.

Reproduz parte dos arquivos elaborados pela fiscalização (fl. 76) para tentar comprovar a dupla exigência e ressalta que o autuante contestou a alegação defensiva de dupla exigência, mas não se manifestou sobre os exemplos, que foi acolhido no julgamento de primeira instância.

Quanto a nulidade suscitada sob argumento de não ter sido considerado o fato de que a “*recorrente poderia ter promovido correções e adequações do documento fiscal à legislação estadual no bojo da declaração EFD*”, afirma que não concorda com o fundamento da decisão por entender que “*Se houve suposta diferença cabia ao preposto fiscal levantar as informações relativas a quais itens estariam com a suposta incorreção, submetendo-os a aplicação da legislação estadual para o ICMS*”, cujo ônus da prova cabia ao agente autuante, que dele não se desvincilhou.

Argumenta que todas as NFe(s) e NFCe(s) eram devidamente apreciadas pela recorrente quando da elaboração das suas obrigações acessórias e a partir do tratamento e do envio das informações através das declarações ao fisco, foram geradas as guias para o recolhimento do ICMS, cumprindo a obrigação principal decorrente de cada fato gerador, ratificando que promoveu a adequação das informações contidas nas NFe(s) e NFCe(s) “*declarando-as espontânea e tempestivamente ao fisco e, com base nas informações prestadas por meio da declaração EFD – SPED Fiscal, promovendo, destarte, a correta apuração do ICMS e recolhimento dos valores devidos aos cofres públicos estaduais*”.

Argumenta que não faz sentido lavrar auto de infração a partir do simples confronto dos ICMS destacados nos documentos fiscais com as informações tratadas, elaboradas e prestadas na EFD, que poderia ter eventuais e devidas correções e que “*Cabia ao preposto fiscal levantar as informações relativas a quais itens estariam com a suposta incorreção e que geravam o fato gerador desta autuação, mas deste ônus o agente autuante não se desvincilhou*”.

Discorre sobre o lançamento tributário a luza do art. 9º do Decreto nº 70.235/72, com indicação dos seus elementos e que resta evidente a omissão de informações no auto de infração, trazendo enormes prejuízos à recorrente, cerceando o seu direito constitucional da ampla defesa e do contraditório foram violados, que conduz a nulidade nos termos do art. 59, I, II e III do mencionado Decreto.

Requer reforma da decisão recorrida para declarar a nulidade do auto de infração.

Finaliza pedido o reconhecimento da tempestividade do Recurso Voluntário, indica enderço para encaminhamento de intimações, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, declarado a nulidade do lançamento ou a sua insubsistência ou ainda diligência saneadora, com reabertura do prazo de defesa.

Registro o impedimento do Conselheiro Marcelo Mattedi e Silva, tendo sido substituído pelo Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo.

## VOTO

O Auto de Infração acusa falta de pagamento de ICMS, em decorrência de adoção de alíquota diversa da prevista na legislação do imposto.

Inicialmente cabe apreciar a NULIDADE suscitada sob o argumento de que no levantamento fiscal foi considero apenas os dados constantes das notas fiscais, sem ter “*considerado o fato de que a recorrente poderia ter promovido correções e adequações do documento fiscal à legislação estadual no bojo da declaração da EFD*”.

Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA. O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbrou inobservâncias formais que conduza a sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

No que se refere a ocorrência ou não dos fatos geradores que ensejaram a exigência fiscal, trata-se questão de mérito que será apreciado a seguir.

No tocante ao pedido de realização de DILIGÊNCIA para averiguar se não houve correção das inconsistências identificadas nos documentos fiscais quando da apuração do ICMS na sua escrituração, observo que de acordo com o art. 150, I do RPAF/BA, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado. Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, "b" do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

No MÉRITO, apesar do extenso conteúdo apresentado no Recurso Voluntário constata se que:

- i) No demonstrativo elaborado pela fiscalização (mídia de fl. 6) foi indicado as alíquotas aplicadas incorretas nas notas fiscais e a correta, tendo sido exigido a diferença devida;
- ii) Na defesa o contribuinte alegou ter:
  - a) Sido exigido o imposto em outro Auto de Infração, apresentando exemplos para tentar demonstrar exigência em duplicidade;
  - b) Não ter sido verificado que foi efetuado as devidas correções no recolhimento.

Constata se que conforme exemplo apresentado na defesa e no recurso interposto, a nota fiscal emitida em 30/06/2019 relativa a comercialização de QUEIJO REINO TIROLEZ, com valor da operação de R\$ 12,28 o contribuinte aplicou a alíquota de 7% que resultou em valor de R\$ 0,86 e a fiscalização indicou a alíquota de 18% apurando valor de R\$ 2,21 e exigiu a diferença de R\$ 1,35.

Como o sujeito passivo não comprovou que a alíquota aplicável a comercialização do produto é de 7%, assiste razão a fiscalização e correta a fundamentação aplicada no julgamento em Primeira Instância.

No tocante ao argumento de que a exigência contida neste lançamento (Auto de Infração nº 269511.0018/22-8) também foi exigida no Auto de Infração nº 269511.0017/22-1, constato que o autuante na informação fiscal contestou que no primeiro lançamento foi exigido valores do imposto que foram destacados no documento fiscal e não levados para escrita fiscal, enquanto que no presente lançamento foi exigido a diferença entre o ICMS devido pela alíquota correta e a alíquota aplicada errada pelo estabelecimento autuado, apurado pela fiscalização, o que foi acolhido no julgamento pela 5ª JJJ.

Neste contexto, observo que no julgamento em Primeira Instância do Auto de Infração nº 269511.0017/22-1, o Acórdão JJF nº 0127-05/23 apreciou esta alegação de exigência em duplicidade, não acolhendo tal alegação e no julgamento do Recurso Voluntário interposto, conforme Acórdão CJF nº 0356-11/23 foi apreciado que:

*Ratifico o que já foi registrado no julgamento da JJF de que:*

*"restou demonstrado nos autos que os ajustes a créditos fiscais indicados no recurso (referências agosto de 2019 e maio de 2020) já foram considerados para fins de abatimento do crédito tributário quantificado em outra autuação (AI 269511.0018/22-8). Considerá-los aqui novamente implicaria em admitir o aproveitamento repetido de créditos fiscais.*

*A outra defesa de mérito alude à existência de bis in idem, posto constar um outro auto de infração do mesmo autuante, de nº 269511.0018/22-8, abrangendo operações, notas fiscais e itens mais uma vez cobrados no PAF ora sob apreciação.*

*Na realidade, as situações são dessemelhantes: Neste auto de infração, a cobrança partiu de valores de imposto já destacados nas notas fiscais e que não foram levados para a escrita digital na sua inteireza e, consequentemente, não foram recolhidos pelo sujeito passivo. Naquele, os valores de imposto sequer foram destacados nos documentos fiscais, dado que a autuada considerou a alíquota errada na operação, como no caso da alíquota aplicável ser de 18% e a impugnante ter considerado como sendo de 7%. Logo, as autuações*

possuem aspectos bem diversos, podendo recair sobre uma mesma operação, sem com isso implicar em cobrança duplicada.

Pela análise dos exemplos indicados na defesa e reapresentado no recurso constato que embora indique situações idênticas de exigência com relação a produtos, neste processo verifica se que:

- a) O produto QUEIJO DO REINO TIROLEZ FRAC ABRE FÁCIL, exigido neste auto de infração conforme reprodução à fl. 74 indica operação ocorrida no dia 30/06/2019 que foi aplicado alíquota de 7% e exigido a diferença para 18%;
- b) Já a operação com o mesmo produto cuja nota fiscal/DANFE indicou Chave de Acesso de nº 2919063361836200010865002000011211863000233, indica operações ocorridas no dia 22/06/2019 que naquele auto de infração nº 2695110017/22-1 foi exigido o ICMS por não ter lançado o imposto na escrituração fiscal.

A mesma constatação é válida pra o produto LINGUIÇA DE GRANGO [FRANGO] SEARA, que a operação indicada relativa a este auto de infração ocorreu no dia 30/06/2019 (alíquota de 7% ao invés de 18%) e a contido na nota fiscal/DANFE nº 29190633618362000108650010000017301849632460, em operação ocorridas no dia 20/06/2019 que no outro auto de infração, foi exigido o ICMS que foi destacado no documento fiscal mas não levado a tributação na EFD.

Pelo exposto, tendo apresentado na defesa exemplo que foi contestado pela fiscalização, acolhido no julgamento de primeira instância e reapresentado no recurso interposto, concluo que assiste razão a fiscalização quanto a afirmação de que embora tenha indicado a exemplo o mesmo produto (QUEIJO... LINGUIÇA), exigências fiscais se referem a documentos fiscais distintos emitidos em datas diferentes, com acusações distintas (destaque do ICMS na nota fiscal e não lançamento na escrita fiscal e alíquota empregada em porcentual menor que o previsto na legislação do imposto). Portanto, correta a decisão de que não houve exigência do ICMS em duplicidade.

No tocante ao argumento de que não foi verificado as correções das inconsistências no momento do recolhimento do imposto, observo que como apreciado no pedido de realização de diligência fiscal, sendo o sujeito passivo detentor dos documentos fiscais, EFD e DAEs que efetuou o recolhimento, caberia a ele fazer prova desta alegação.

Ressalto que de acordo com o disposto nos art. 142 e 143 do RPAF/BA, 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.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269511.0018/22-8, lavrado contra SUPERMERCADO UNIPREÇO LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para pagar o imposto no valor de R\$ 206.088,46, 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, 20 de maio de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS