

PROCESSO - A. I. N° 207668.0017/22-5
RECORRENTE - ELQUISSON RODRIGUES PINTO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6º JJF nº 0313-06/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO CJF N° 0238-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIA INCORRETA DE SALDO CREDOR DO PERÍODO ANTERIOR. INFRAÇÃO 01. A infração se deve à utilização indevida de crédito, relativa à transferência incorreta de saldo credor anterior, não tendo sido carreado aos autos qualquer comprovante que o amparasse. Infração 01 caracterizada. 2. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO DE VENDAS COM O USO DE CARTÕES. INFRAÇÃO 02. A segunda imputação resulta da divergência entre os valores informados pelas administradoras e aqueles registrados como vendas via cartões de débito e crédito, nos termos do art. 4º, § 4º, VI da Lei nº 7.014/96. Infração 02 caracterizada. 3. MULTA PERCENTUAL. **a)** IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. INFRAÇÃO 03; **b)** PARCELA DO IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGA POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. INFRAÇÃO 04. As infrações cuidam de multa percentual sobre o imposto e a parcela do imposto que deixaram de ser pagas por antecipação parcial, com saídas posteriores normalmente tributadas. Os recolhimentos apresentados na peça defensiva já haviam sido considerados no cômputo dos valores devidos. Infrações 03/04 caracterizadas. 4. LIVROS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS OU AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS. MULTA. INFRAÇÃO 05. Entradas ou aquisições de serviços tributáveis sem registro na escrita. Infração 05 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 6º JJF N° 0313-06/22-VD, às fls. 100/104 dos autos, que julgou Procedente o Auto de Infração em tela, lavrado em 11/03/2022, para exigir ICMS no valor de R\$ 57.167,54 e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 39.849,94, perfazendo o montante crédito tributário constituído de R\$ 97.017,46, em razão da imputação de 05 (cinco) infrações, a seguir descrita:

INFRAÇÃO 01 – 001.002.071: Utilização indevida de crédito, referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior. Segundo a autuante, o ilícito ocorreu no exercício de 2020, quando da transposição de valor de crédito sem correspondência no exercício anterior, de 2019 (01/2020). Lançado ICMS no valor de R\$ 54.240,98 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

Enquadramento Legal: Artigos 26, da Lei 7.014/96, c/c art. 311 e 317, inciso I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/20212.

INFRAÇÃO 02 – 005.008.001: Omissão de saídas tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com o uso de cartões (08/2019). Lançado ICMS no valor de R\$ 2.926,56 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996.

Enquadramento Legal: Artigos 4º, § 4º, inciso VI, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – 007.015.003: Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias para revenda em outras unidades da Federação, com saídas posteriores normalmente tributadas (06/2019, 01, 03, 04 e 05/2020). Lançado multa de R\$ 1.986,23

Enquadramento Legal: Art. 42, inc. II, “d”, da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 04 – 007.015.005: Multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias para revenda em outras unidades da Federação, com saídas posteriores normalmente tributadas (02, 03, 04, 10 e 11/2019, 06, 07, 08, 09, 11 e 12/2020). Lançado multa de R\$ 2.057,86.

Enquadramento Legal: Art. 12-A, inc. II, da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 05 – 016.001.006: Entradas ou aquisições de serviços tributáveis sem registro na escrita (01 a 12/2019, 01, 03, 04, 05, 06, 08, 09, 11 e 12/2020). Lançado multa de R\$ 35.805,85

Enquadramento Legal: art. 42, IX, da Lei 7.014/1996.

A 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 01/12/2022 (fls. 100 a 104) e decidiu pela Procedência, por unanimidade, através do Acórdão de nº 0313-06/22-VD, o qual foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, relativa à cobrança de ICMS.

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de auditoria, pois a autuante expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

A Ordem de Serviço é documento de mero controle interno da Administração Tributária e não existe qualquer dispositivo na legislação que determine a sua apresentação prévia ao contribuinte auditado.

O procedimento de fiscalização foi elaborado em obediência aos princípios constitucionais e legais que o regem, tendo tomado como base a Escrituração Fiscal Digital (EFD), as DMAs e as notas fiscais eletrônicas de entrada e de saída (inclusive as de venda a consumidor), constantes dos bancos de dados da Sefaz.

O sujeito passivo foi intimado para a apresentação de livros e documentos no dia 10/02/2022 (documento que é o substituto legal do Termo de Início de Fiscalização; fl. 09) via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), conforme o art. 28, II do RPAF/99.

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;
(...)”.

Inclusive, durante a ação fiscal houve troca de e-mails e solicitações de esclarecimentos (fl. 94), pelo que não prospera a tese de que o autuado teria sido surpreendido.

Os levantamentos e demonstrativos foram entregues, o que se observa nos campos “Anexos da Mensagem” de fls. 40/41.

O Termo de Encerramento de Fiscalização é o próprio Auto de Infração, a teor do art. 30 do RPAF/99.

“Art. 30. Quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração

constituirão um instrumento único”.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários ao julgamento estão contidos nos autos. Decido que não é o caso de realização de diligência, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia).

No mérito, o defendente fez expressa e veemente referência a uma inexistente exigência de ICMS-ST (Substituição Tributária), tendo inclusive alegado que a MVA (Margem de Valor Adicionado) foi equivocadamente aplicada (55%, quando o correto seria 30%) e que a mercadoria de NCM/SH 1905.90.2 não estava submetida a tal regime.

A infração 01 se deve à utilização indevida de crédito, relativa à transferência incorreta de saldo credor anterior, não tendo sido carreado aos autos qualquer comprovante que o amparasse (fls. 10 a 12 e 39).

A segunda imputação resulta da divergência entre os valores informados pelas administradoras e aqueles registrados como vendas via cartões de débito e crédito, nos termos do art. 4º, § 4º, VI da Lei 7.014/96.

As disposições da Instrução Normativa (IN) foram observadas, tendo sido efetuado o cálculo da proporcionalidade relativa às operações isentas, não tributadas ou sujeitas ao regime da substituição tributária (fls. 13 a 15 e 39).

As infrações 03/04 cuidam de multa percentual sobre o imposto e a parcela do imposto que deixaram de ser pagas por antecipação parcial, com saídas posteriores normalmente tributadas. Os recolhimentos apresentados na peça defensiva já haviam sido considerados no cômputo dos valores devidos, consoante os levantamentos de fls. 16 a 31 e 39.

A última infração trata de entradas ou aquisições de serviços tributáveis sem registro na escrita, de acordo com os demonstrativos de fls. 32 a 38 e 39.

O defendente, de fato, não apresentou elementos de prova que sustentassem as suas pretensões.

Infrações 01 a 05 caracterizadas.

Quanto ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim seja feito, tendo em vista a prescrição do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Cientificado da decisão de primeiro grau, relativo ao Acórdão 6ª JFJ Nº 0313-06/22-VD, através do Termo de Intimação de fl. 109 dos autos, em cumprimento ao disposto no art. 166 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por AR-Correio, em 03/03/2023 na forma do documento de fl. 110 dos autos.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 113 a 123, mediante o qual aduz que os valores mantidos não merecem prosperar, nos termos a seguir:

ELQUISSON RODRIGUES PINTO, já qualificada nos autos do processo epigrafado, vem, respeitosamente, interpor o competente Recurso contra o Acórdão JFJ nº 0313-06/22-VD, proferido pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou pela procedência do auto de infração supramencionado, cujas razões seguem abaixo descritas:

Diz que a questão em tela se refere a cobrança de ICMS com incidência de multa por infrações decorrentes da ação fiscal, onde foram lavradas cinco infrações em desfavor do recorrente por supostas irregularidades apuradas em ação fiscal.

Segundo consta dos autos, a infração 01, se refere a suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de saldo credor de período anterior (2019 para 2020), que segundo o fiscal autuante, o crédito constante no início do exercício de 2020 não foi localizado ao final da escrituração do exercício de 2019, achando por bem o fiscal autuar a empresa ao pagamento de multa no

percentual de 60% calculado sobre o valor do imposto supostamente apurado tomando por base o valor de R\$ 301.338,78.

Primeiro, consiga que resta saber qual o fundamento jurídico da referida base de cálculo? Qual o fato gerador? (Faturamento de qual período? É o crédito encontrado?).

Segundo, em sua impugnação, a recorrente pleiteou a realização de diligências para que pudesse comprovar os seus argumentos ventilados na impugnação tendo em vista a que as informações disponibilizadas pelo autuante serem insuficientes para o saneamento das questões levantadas na ação fiscal, inclusive, se verificada a base de dados fiscal da recorrente nos sistemas da própria SEFAZ, restara comprovado o devida contabilização dos créditos fiscais em 2019 e 2020, razão pela qual, não poderá prosperar a sanção da recorrente ao pagamento de multa por infração, tanto por inexistir nos autos as informações e tipificação sobre os valores da base de cálculo que deu ensejo a incidência da multa no percentual de 60%, assim como pelo cerceamento ao direito de defesa com o indeferimento da realização de diligências, tendo em vista que a única forma do contribuinte provar o seu direito e as suas alegações, tendo em vista a escrituração eletrônica armazenada e disponível na base de dados do próprio órgão autuador.

Passando para a infração 02, que se refere a suposta omissão de saída de mercadorias tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no mês de agosto de 2019.

Inicialmente diz que é imperioso ressaltar que a autuação, neste ponto, foi embasada em levantamento de dados bancários sem a prévia instauração de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, com a prévia intimação do contribuinte para oferecer o contraditório, violando o art. 6º, da LC 105/2001, bem como do art. 5º, XII, LIV e LV da Constituição Federal.

Registra que é imperioso mencionar que a prova da omissão ventilada pelo fisco se mostra frágil e foi construída de forma unilateral, inclusive, é importante deixar registrado o fato gerador do ICMS é a circulação de mercadorias e de serviços e que no presente caso, a autuação se baseia numa presunção de que uma simples diferença no valor informado pelas operadoras e os declarados pelo contribuinte acarretaria uma omissão de receitas. Neste ponto, faz-se a ressalva de que resta carente de prova de que ocorreu a circulação das mercadorias supostamente vendidas.

Diz que, em que pese exista o valor informado pelas operadoras, a circulação pode ter ocorrido posteriormente ao mês da operação (agosto de 2019), o pagamento da venda pode ter acontecido no dia 31/08/2019 e a entrega somente acontecido no dia seguinte, 01/09/2019, como é prática costumeira nos mercados de bairros das cidades da região metropolitana de entregar as vendas nas residências dos seus consumidores. Portanto, a presente autuação carece de diligências para sanear a controvérsia.

No que se refere as infrações 03 e 04, frisa que ambas se referem a multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referentes as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

No presente caso, julgadores, em que pese a peculiar cultura e proficiência do nobre fiscal autuante, diz que este deixou de observar os documentos de arrecadação estadual juntado aos autos, os quais comprovam o pagamento regular do imposto.

Diz que, no respectivo auto de infração, neste ponto em questão, a recorrente se depara com uma sanção imposta em seu desfavor, contudo, não entende qual o suposto ato ilícito praticado, uma vez que, o referido imposto foi devidamente recolhido, conforme as inclusas guias de recolhimento em apenso.

Além disso, é imperioso ressaltar, que o pagamento de antecipação parcial é devido quando o contribuinte do imposto adquire mercadoria para revenda, e que no presente caso, resta pendente de confirmação e comprovação a relação das mercadorias legalmente enquadradas na obrigação do recolhimento do imposto.

Registra que, para a satisfação legal das referidas infrações, se faz necessária a juntada de relatório fiscal apurado em ação fiscal, demonstrando o rol das mercadorias para que o próprio contribuinte possa auferir se realmente se trata de mercadoria adquirida para futura comercialização, uma vez que as empresas, contribuinte ou não do imposto, igualmente adquirem produtos para o seu próprio uso e consumo.

Outrossim, a controvérsia da infração 05, diz que gira em torno, de suposta omissão de registro na escrita fiscal de entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado nos exercícios de 2019 e 2020.

Quanto ao argumento apresentado no auto de infração, diz que vale destacar que a fiscalização que elaborou os demonstrativos deixou de juntar as vias das notas fiscais supostamente não registradas na escrita fiscal/contábil, e não foram entregues ao estabelecimento autuado, razão pela qual carece de comprovação, comprometendo desta forma o contraditório.

Aduz que, para a apuração do imposto e da sanção em desfavor da recorrente, na consideração do crédito fiscal e o pagamento do imposto no momento da saída das mercadorias, se faz necessária a análise das mercadorias e dos seus respectivos créditos e débitos, tendo em vista a existência de mercadorias abrangidos pela substituição tributária, mercadorias isentas do imposto, mercadorias com a base de cálculo reduzida, enfim, se faz necessário confrontar os dados constantes do arquivo magnético com os livros fiscais os quais devem refletir a escrituração fiscal do contribuinte.

Diz que o autuante deixou de descrever e demonstrar detalhadamente a suposta infração, tendo se baseado exclusivamente nos arquivos magnéticos disponíveis no fisco o que não implica ocorrência do fato gerador do imposto o fato de existirem entradas de mercadorias sem a devida comprovação de sua origem, uma vez que a incidência tributária ocorre na saída da mercadoria do estabelecimento, conforme hipóteses dos incisos VIII e XV, do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e dos incisos III, IV e V, do § 2º, do artigo 1º do seu regulamento, entretanto, deixou o autuante de considerar os registros realizados pelo contribuinte para sanar as possíveis irregularidades, inclusive, mediante a aplicação da sistemática do crédito e débito, assim como a aplicação de multa proporcional é razoável.

Diz que, salvo disposição em contrário, as multas aplicadas podem ser reduzidas ou relevadas pelos órgãos julgadores administrativos, desde que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de pagamento do imposto.

Desta forma, é possível a revisão do lançamento no sentido de se imputar a penalidade descrita no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, inclusive a concessão ao contribuinte do pedido de dispensa da multa preconizada no artigo 45-A da Lei nº 7.014/96.

Quanto a questão meritória, diz verificar que a recorrente era optante pelo simples nacional até 31/12/2018, excluída em 01/01/2019, voltando a ser optante a partir de 01/01/2021. Verifica-se, igualmente, que existem diversos produtos comercializados pelo recorrente, superior a 75% que estão amparados pelo instituto da substituição e/ou isenção tributária, além dos que estão com redução de base de cálculo do imposto, e nesse ponto, se faz necessária a juntada das notas fiscais para a comprovação das autuações assim como para a correta imputação de sanção por eventual descumprimento de obrigação fiscal.

Nesse quesito, menciona o autuante que a sua escrituração fiscal encontra-se totalmente disponibilizada nos sistemas da SEFAZ, inclusive no SPED, ECF, etc., declaradas através das obrigações assessorias mensais.

Portanto, o indeferimento do pedido de diligências provocado pelo recorrente, inibe a correta comprovação dos fatos, inclusive dificultou a adequada formulação técnica e jurídica do instrumento de impugnação, comprometendo de forma direta o contraditório e a ampla defesa no processo em questão. Portanto, o presente processo fere de morte o princípio da legalidade, do contraditório e da ampla defesa.

Assim, diz que resta inequivocamente, comprometida toda a impugnação protocolada pela recorrente, acarretando danos irreparáveis ou de difícil reparação em sua defesa, tanto na impugnação, quanto nesta peça recursal.

Por fim, trazendo vários outros argumentos, diz que, em que pese a peculiar cultura e proficiência dos ilustres julgadores, a decisão contida no Acórdão, ora em combate, merece reforma uma vez que o auto de infração encontra-se totalmente viciado, ferindo de morte o princípio constitucional da legalidade, uma vez que as alegações ventiladas estão desprovidas da mínima comprovação exigível, especialmente no tocante a alegação de entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, fato não verdadeiro, uma vez que numa simples consulta aos sistemas da SEFAZ, o fiscal encontrara todas as operações de compra e venda do recorrente, inclusive o pagamento do imposto, mês a mês.

Razão pela qual foi solicitado pelo recorrente a diligência administrativa para a comprovação dos seus argumentos de defesa, uma vez que se trata de necessidade e obrigação de comprovação de que não existiu a omissão ventilada nos autos e esta comprovação depende de diligência, isso porque a comprovação dos registros de entrada de mercadorias no estabelecimento nos exercícios de 2019 e 2020 estão consignadas na base de dados dos sistemas fiscais da própria SEFAZ, e que somente as pessoas devidamente autorizadas terão acesso.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão de Piso proferida pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal, em 01/12/2022, através do Acórdão 6ª JFJ Nº 0313-06/22-VD, às fls. 100/104 dos autos, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 207668.0017/22-5, em epígrafe, lavrado em 11/03/2022, resultante de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ ATACADO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 500206/22 constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) no valor de R\$ 57.167,54 e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 39.849,94, perfazendo o montante de crédito tributário constituído de R\$ 97.017,46, em razão da imputação de 05 (cinco) infrações descritas na inicial dos autos.

Inicialmente, observo que o Auto de Infração, em tela, objeto da presente peça recursal, em análise, fora julgado procedente, por unanimidade dos membros da 6ª JFJ, em que não se observou qualquer arguição de mérito das imputações constituídas, exceto quanto suposta irregularidade no cálculo de base de cálculo, utilização de alíquota devida do imposto (ICMS) e percentuais de Margem de Valor Agregado (MVA) em apuração do ICMS-ST, quando as 05 (cinco) imputações nenhuma delas se relacionam com operações abarcados pelo instituto da substituição tributária.

Aliás, o que se tem, no geral, da peça inicial impugnatória do presente PAF são arguições de preliminares, pugnano por anulação do Auto de Infração, em tela, por este não apresentar as formalidades devidas e necessárias para sua validade e eficácia, as quais foram devidamente enfrentadas na Decisão de Piso, que se pode resumir no seguinte trecho extraído do voto condutor:

“Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de auditoria, pois a autuante expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e

cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.”

Dado a outros argumentos trazidos na peça impugnatória inicial, inclusive retomado agora, na peça recursal, tem o destaque trazidos, pelo Recorrente, de que, conforme dispõe a legislação, para validade do Auto de Infração é necessário observar todos os requisitos legais, obrigação esta, que a Administração Pública não pode desvencilhar e, que, no caso, em tela, deixou de observar.

Sobre tal arguição, peço vênia para apresentar outros trechos do voto condutor da Decisão de Piso, que rechaça, com bastante precisão, tal elucubração sem prova, do Recorrente, os quais, após análise das peças processuais, agora em sede recursal, acompanho na sua inteireza:

“O procedimento de fiscalização foi elaborado em obediência aos princípios constitucionais e legais que o regem, tendo tomado como base a Escrituração Fiscal Digital (EFD), as DMAs e as notas fiscais eletrônicas de entrada e de saída (inclusive as de venda a consumidor), constantes dos bancos de dados da SEFAZ.

O sujeito passivo foi intimado para a apresentação de livros e documentos no dia 10/02/2022 (documento que é o substituto legal do Termo de Início de Fiscalização; fl. 09) via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), conforme o art. 28, II do RPAF/99.”

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização; (...).”

Inclusive, durante a ação fiscal houve troca de e-mails e solicitações de esclarecimentos (fl. 94), pelo que não prospera a tese de que o autuado teria sido surpreendido.

Os levantamentos e demonstrativos foram entregues, o que se observa nos campos “Anexos da Mensagem” de fls. 40/41.

O Termo de Encerramento de Fiscalização é o próprio Auto de Infração, a teor do art. 30 do RPAF/99.

“Art. 30. Quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único”.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

O Recorrente, então, não traz qualquer nova arguição de preliminar de nulidade do presente PAF, na peça recursal, que, após analisar detidamente as peças processuais, não vislumbro, em relação as 05 (cinco) imputações do Auto de Infração nº 207668.0017/22-5, em tela, qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, cujos documentos/demonstrativos de fls. 10 a 38 dos autos, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 39, foram fornecidos ao Contribuinte Autuado, por Mensagem DT-e, conforme documento de fl. 40, inexistindo qualquer cerceamento do direito de defesa, onde todos os dispositivos considerados infringidos à norma regulamentar terem sido indicados claramente no Auto de Infração, bem como os dispositivos legais referentes às multas imputadas.

Diferentemente da peça inicial de defesa, o Recorrente, agora, em sede recursal traz considerações de mérito para cada uma das imputações do Auto de Infração, em tela, cujo teor passo analisar.

A infração 01 diz respeito a utilização indevida de crédito, referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior. Segundo a Fiscalização, o ilícito ocorreu no início exercício de 2020, quando da transposição de valor de crédito sem correspondência no final do exercício

anterior, ou seja, no final do exercício de 2019, correspondente ao valor de R\$ 54.240,98.

Vê-se no demonstrativo da DMA de referência a 01/2020 (fl. 10), transmitida pela Recorrente à base de dados da SEFAZ a informação de “*Saldo Credor de R\$ 54.240,98*” transferido do período anterior, ou seja, oriundo da DMA de referência a 12/2019.

Ocorre que, no demonstrativo da DMA de referência a 12/2019 (fl. 11) transmitida pela Recorrente à base de dados da SEFAZ a informação de “*Saldo Credor é zero*”, ou seja, não há saldo credor a ser transferido para o período posterior.

Seja na peça de defesa, ou seja, na peça recursal, a Recorrente, não traz qualquer prova documental que possa elidir a acusação. Aliás, traz, na peça recursal, os seguintes argumentos: primeiro “*(...) resta saber qual o fundamento jurídico da referida base de cálculo*”; *Qual fato gerador? (...)*”; segundo: “*(...) realização de diligências para que pudesse comprovar os seus argumentos ventilados na impugnação tendo em vista a que as informações disponibilizadas pelo autuante serem insuficientes para o saneamento das questões levantadas na ação fiscal (...)*”.

Qualquer das duas arguições, na peça Recursal, não se sustenta para qualquer análise, pois estão desprovidas de documentos que demonstre a fidedignidade do crédito fiscal de R\$ 54.240,98 levado a efeito na apuração do imposto da data de ocorrência de 31/01/2020, quando tal crédito não existe, por informações produzidas pelo próprio Contribuinte Autuado.

A Fundamentação legal da autuação está claramente disposta no Auto de Infração, ou seja, Artigo 26 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 311 e 317, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/20212.

Quanto ao pedido de realização de diligência para comprovar os argumentos ventilados na impugnação, pelo Recorrente, em relação a infração 01, apresenta-se totalmente inócua nos termos do art. 147, inciso I, “b” do RPAF/BA por se tratar de verificação de documentos que estariam na posse do requerente e cuja prova poderia ter sido juntadas aos autos, o que não ocorreu, seja em sede de Primeira Instância, ou seja, em sede de Segunda Instância.

Infração 01 mantida.

A infração 02 diz respeito omissão de saídas tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com o uso de cartões nos anos de 2019 (fl.13) e 2020 (fl. 14). O levantamento indica omissão de saídas tributáveis de R\$ 37.802,03, na data de ocorrência de 31/08/2019, e com apuração de imposto (ICMS) no valor de 2.926,56, à alíquota de 18%, sob a base de cálculo reduzida pelo índice de proporcionalidade de 43,01% e enquadramento legal no art. 4º, § 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96.

A Recorrente, na peça recursal, traz de arguição que a autuação, neste ponto, foi embasada em levantamento de dados bancários sem a prévia instauração de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, como, também, a previa intimação do contribuinte para oferecer o contraditório, violando o art. 6º da LC 105/2001, bem como do art. 5º, XII, LIV e LV da Constituição Federal.

Sobre este aspecto, não vejo qualquer razão em tal argumentação, pois o roteiro de auditoria, que fundamenta a autuação, está embasado no demonstrativo de fls. 13 e 14 dos autos, onde se compara informações de vendas com “*NF-e*” e “*Cupom Fiscal- REDUÇÃO Z*”, através Cartão “*Débito*” e “*Crédito*”, obtidas de registros produzidos pelo próprio Recorrente e pelas instituições de crédito, através de “*Operações TEF*”, constantes da base de dados da SEFAZ (fl.15), devidamente respaldada na legislação que rege a matéria.

Neste contexto, não cabe a arguição de que o levantamento fora embasado em dados bancários sem a prévia instauração de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, com a previa intimação do contribuinte para oferecer o contraditório, quando fora intimado via Mensagem DT-e do procedimento fiscal, com ciência em 10/02/2022, na forma do documento de fl. 09 dos autos.

Vê-se, também, de arguição de defesa da infração 02, o destaque em que pese exista o valor informado pelas operadoras, diz a Recorrente, que a circulação das mercadorias pode ter ocorrido posteriormente ao mês da operação, ou seja, no mês de agosto de 2019. Complementa dizendo que *“o pagamento da venda pode ter acontecido no dia 31/08/2019 e a entrega somente acontecido no dia seguinte, 01/09/2019, como é prática costumeira nos mercados de bairros das cidades da região metropolitana de entregar as vendas nas residências dos seus consumidores”*.

A Recorrente não traz qualquer prova documental que possa atestar tal afirmativa, ou mesmo, ensejar diligência para atesta-la, como assim argui na peça recursal; nem tampouco se apresenta consistente tal arguição, pois, como está posto no levantamento fiscal traduzido nos demonstrativos de fls. 13 e 14 dos autos, têm-se movimentações de vendas e recebimentos por cartão de “débito” e “crédito” em grande volume para todos os meses do período fiscalizado.

Logo, na situação aventada pelo Recorrente de vendas por cartão de crédito ou de débito em um determinado “mês”, em que sua circulação dar-se-ia no mês seguinte, certamente haveria ocorrência de diferença no mês seguinte, o que não acontece. A diferença de vendas com cartão de crédito ou de débito, com vendas por “NF-e” e “Cupom Fiscal REDUÇÃO Z”, apurada no levantamento fiscal, ocorreu apenas no mês de agosto do ano de 2019, para todo o período fiscalizado, que diz respeito a 01/01/2019 a 31/12/2020.

Infração 02 mantida.

No que se refere as infrações 03 e 04, frisa, a Recorrente, que ambas se referem a multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referentes as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

De fato, a infração 03, diz respeito a multa sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago; a infração 04, diz respeito a multa sobre imposto (ICMS) que deixou de ser pago, decorrente de pagamento a menos, sendo todas as duas imputações relativo a antecipação parcial nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Diz, a Recorrente, em que pese a peculiar cultura e proficiência do agente Fiscal Autuante, diz que este deixou de observar os documentos de arrecadação estadual juntado aos autos, os quais comprovam o pagamento regular do imposto. Tal arguição não se sustenta, pois, além de não trazer prova concreta de tal arguição, vê-se que uma das imputações, mais especificamente a imputação de nº 04, diz respeito a cobrança de multa sobre o imposto (ICMS), que deixou de ser pago, decorrente de pagamento a menos, nos meses de 02, 03, 04, 10 e 11 do ano de 2019 e 06, 07, 08, 09 11, 12 de 2020. Por sua vez a imputação de nº 03, diz respeito a cobrança de multa sobre o imposto (ICMS) antecipação parcial, por falta de pagamento, nos meses 06 de 2019 e 01, 03, 04 e 05 de 2020.

Compulsando, então, o Sistema INC da SEFAZ, no que se trata de Informação do Contribuinte em relação aos pagamentos efetuados aos cofres público do estado, vê-se que todos os pagamentos efetuados, pelo Contribuinte Autuado, com DAE- 2.175 – ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL, foram todos considerados no levantamento fiscal, conforme se pode observar no “*Demonstrativo: ANTECIPAÇÃO PARCIAL do ICMS Recolhida a Menor ou Não Recolhida–Resumo do Débito*” de fls. 16 e 17 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 39.

Daí a imputação de nº 03, relacionar a cobrança de multa sobre o imposto (ICMS) antecipação parcial, por falta de pagamento, nos meses 06 de 2019 e 01, 03, 04 e 05 de 2020, pois não há qualquer pagamento de DAE-Código 2.175, para estes meses da autuação, quando, de fato, houve entrada de mercadoria para comercialização no estabelecimento do Contribuinte Autuado nesses meses da autuação, ensejando, então, a cobrança da multa sobre o imposto (ICMS) antecipação **não recolhido** à época dos fatos.

Por sua vez, em relação a imputação de 04, que diz respeito a cobrança de multa sobre o imposto

(ICMS) antecipação parcial, por pagamento a menos, nos meses 02, 03, 04, 10 e 11 do ano de 2019 e 06, 07, 08, 09, 11, 12 de 2020, observo que os pagamentos de *DAE-Código 2.175* constantes do Sistema INC da SEFAZ, os mesmos trazidos na peça recursal, foram considerados no levantamento fiscal, ensejando, então, a cobrança da multa sobre o imposto (ICMS) antecipação **recolhido a menos** à época dos fatos.

Infração 03 e 04 mantida.

Por fim, a infração 05 que diz respeito a entradas ou aquisições de serviços tributáveis sem registro na escrita, relativo ao período fiscalidade de 01/01/2019 a 31/12/2020, com lançamento de multa no valor de R\$ 35.805,85, correspondente ao percentual de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, conforme os termos do art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/1996, vê-se da arguição de defesa., na peça recursal, de que *“a fiscalização que elaborou os demonstrativos deixou de juntar as vias das notas fiscais supostamente não registradas na escrita fiscal/contábil, e não foram entregues ao estabelecimento autuado, razão pela qual carece de comprovação, comprometendo desta forma o contraditório.”*

Compulsando, então, as peças processuais do presente PAF, vê-se, diferentemente da arguição de defesa, os demonstrativos analíticos e sintéticos impressos e que fazem parte do CD/Mídia de fl. 39, nos termos do § 3º, do art. 8º do RPAF/BA, foram, de fato, entregues ao Contribuinte Autuado, por Mensagem Dt-e, emitido em 16/03/22 e ciência mesma data, na forma do documento de fl. 41 dos autos.

Observo, também, que os demonstrativos analíticos, que fundamentaram a autuação, trazem as informações de *“data”, “numero do documento fiscal”, “chave de acesso”, “CNPJ do remetente”, “Valor do item de produto”, “percentual da multa”* e o *“valor da multa apurada”*, que possibilitam, ao Recorrente, a confrontar com os dados constantes da sua escrituração fiscal, então produzir sua defesa, elidindo a acusação, que assim não procedeu.

Sobre a questão meritória de que a recorrente era optante pelo simples nacional até 31/12/2018, excluída em 01/01/2019, voltando a ser optante a partir de 01/01/2021, observo que, de fato, no período fiscalizado (01/01/2019 a 31/12/2020), os registros, no Sistema INC da SEFAZ, relativo ao Cadastro de Contribuinte, indica que, a Recorrente, se encontrava na situação de Contribuinte Normal, dentro do percurso do período fiscalizado. Observo, também, que o dispositivo de enquadramento da autuação (art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/1996) não diferencia o tipo de contribuinte para a aplicação da multa por descumprimento da obrigação acessória por falta de registro de documentos em sua escrita fiscal.

Também, em relação a arguição de que existem diversos produtos comercializados pelo recorrente, superior a 75% que estão amparados pelo instituto da substituição e/ou isenção tributária, além de que estão com redução de base de cálculo do imposto, e nesse ponto, se faz necessária a juntada das notas fiscais para a comprovação das autuações assim como para a correta imputação de sanção por eventual descumprimento de obrigação fiscal, vejo restar inócua tal arguição, pois o dispositivo de enquadramento da autuação, ou seja, o inciso IX, do artigo 42 da Lei nº 7.014/1996, não traz qualquer regra de exclusão de aplicação da multa sobre os bens, mercadorias ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, que é o caso dos autos.

Infração 05 mantida.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não mais possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, ao teor do artigo 158 do RPAF/BA, que foi revogado pelo Decreto nº 19.384, de 20/12/19, DOE de 21/12/19, efeitos a partir de 01/01/20, retirando, em relação as multas por descumprimento de obrigações acessórias, a autorização das Juntas ou Câmaras do CONSEF, de poder reduzir ou cancelar, desde que ficasse

provado que a infração houvera sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207668.0017/22-5**, lavrado contra **ELQUISSON RODRIGUES PINTO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 57.167,54**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 54.240,98 e 100% sobre R\$ 2.926,56, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e III da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das multas: por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$ 33.805,85** e percentual no valor de **R\$ 4.044,09**, previstas nos incisos IX e II, “d” da citada Lei, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS