
PROCESSO	- A. I. N° 087016.0002/20-8
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRISA INDÚSTRIA DE TECIDOS TECNOLÓGICOS S.A.
RECORRIDAS	- BRISA INDÚSTRIA DE TECIDOS TECNOLÓGICOS S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0021-01/24-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0309-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Confirmado o cometimento de equívocos no levantamento fiscal original, após diligência realizada em primeiro grau por Auditor Fiscal estranho ao feito, com a redução do valor do débito. O Autuado, quando cientificado do resultado da segunda diligência, consignou o seu reconhecimento quanto ao valor do débito apontado, não se enxergando na peça recursal fundamentos para nova revisão. Não acolhida a nulidade arguida. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos de Ofício (fl. 193) e Voluntário (fls. 203 a 210) em face da Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, implicando desoneração do Sujeito Passivo no montante de R\$ 2.340.940,21 ao tempo da decisão (fl. 195).

O Auto de Infração foi lavrado em 30/03/2020 e notificado ao Sujeito Passivo (Inscrição Estadual n° 049.092.330) e notificado em 13/04/2020 (fl. 45), para exigir ICMS no montante histórico de R\$ 1.360.860,98, agravado por multa de 60% sobre o valor lançado, e demais acréscimos previstos na legislação.

Ao Sujeito Passivo foi imputado o cometimento de uma irregularidade em todos os períodos de apuração compreendidos entre outubro de 2015 e dezembro de 2017, enunciada da seguinte maneira:

Infração 01 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Referente à aplicação da alíquota de 4%, prevista na Resolução SF n° 13/2012 e art. 15, III, da Lei n° 7.014/96, c/c Convênio ICMS n° 88/2013, nas saídas de mercadorias tributadas sem comprovação do Conteúdo de Importação, mediante a apuração do custo unitário da mercadoria, na forma do Convênio ICMS n. 38/2013, Convênio ICMS n. 88/2013, ratificado pelo Ato Declaratório SE/CONFAZ n° 16/2013, conforme Anexo Brisa_FCI_Res_SF_13_2012_ICMS a Menor – FCI Revenda, parte integrante do Auto de Infração. [...]. **Enquadramento legal:** Artigos 15, 16 e 16-A, da Lei 7.014/96. **Multa Aplicada:** Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

O cerne da lide diz com a higidez do procedimento fiscal, que o Sujeito Passivo aduz decorrente de “presunções” a partir da descaracterização de operações interestaduais com mercadorias ora imputadas com conteúdo de importação inferior, ora com conteúdo de importação igual ou superior a 40%. O Sujeito Passivo vale-se do cumprimento das obrigações acessórias, máxime do preenchimento da Ficha de Conteúdo de Importação (FCI) para cada operação, e a Fiscalização afirmou que não bastam as FCI para comprovação do conteúdo de importação, sendo necessário também apresentar o Mapa de Produção/Custo, o que não foi feito durante a ação fiscal, nem com

a apresentação da Defesa.

O contraditório desenvolveu-se de modo regular em primeiro grau de julgamento, com **Defesa** (fls. 48 a 65), aparelhada por documentos e mídia digital com arquivos eletrônicos (fls. 49 a 80); **Informação Fiscal** (fls. 82 a 86), sustentando a manutenção do lançamento; **Primeira Diligência Fiscal** (à Inspetoria de Origem) - com *Requisição* (fl. 89); *Manifestação do Defendente* (fls. 94 a 97); *Relatório de Diligência* (fls. 99 a 102, com novos demonstrativos às fls. 103 a 118), que conclui “*informando que foram acatados todos os relatórios apresentados pelo Autuado servindo de base para retificação dos valores exigidos anteriormente*”; nova *Manifestação do Defendente* (fls. 123 a 125), postulando novas exclusões; **Segunda Diligência Fiscal** (à Inspetoria de Origem) - com *Requisição* (fls. 157 e 158); *Informação* (fls. 162 a 162, reduzindo o valor do lançamento); *Manifestação do Defendente* (fl. 178), de “*sua ciência e concordância e sua concordância em relação à revisão realizada pelo ilustre Autuante, que reduziu o crédito tributário para R\$ 241.657,27, em linha com a manifestação prévia da Autuada*”.

A 1^a JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte (fls. 182 a 193), consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração imputada ao autuado, decorrente de recolhimento a menos do ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Conforme consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado, trata-se de aplicação da alíquota de 4%, prevista na Resolução SF nº 13/2012 e art. 15, III, da Lei nº 7.014/96, c/c Convênio ICMS nº 88/2013, nas saídas de mercadorias tributadas sem comprovação do Conteúdo de Importação, mediante a apuração do custo unitário da mercadoria, na forma do Convenio ICMS n. 38/2013, Convenio ICMS n. 88/2013, ratificado pelo Ato Declaratório SE/CONFANZ nº 16/2013, conforme Anexo Brisa_FCI_Res_SF_13_2012_ICMS a Menor – FCI Revenda, parte integrante do Auto de Infração.

Inicialmente, no que tange a arguição do impugnante de nulidade da autuação, não vislumbro como possa prosperar a pretensão defensiva, haja vista que o lançamento de ofício em exame foi realizado em conformidade com a legislação de regência, especialmente, no que tange ao seu aspecto formal, de acordo com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

A descrição da infração com o registro adicional feito pelo autuante constante no campo próprio do Auto de Infração, permite, claramente, identificar a conduta infracional imputada ao contribuinte.

Não se trata de presunção ou mesmo arbitramento, conforme aduzido pelo impugnante, mas sim de levantamento fiscal levado a efeito pelo autuante com fundamento nos documentos referentes às operações realizadas pelo autuado e na legislação específica mencionada acima. Na ação fiscal o autuante entendeu que não houve comprovação do Conteúdo de Importação das mercadorias que deram saída do estabelecimento, em operações interestaduais, à alíquota de 4%, pois para comprovar o Conteúdo de Importação, que é declarado na FCI é necessária a apresentação do Mapa de Produção/Custo, para que seja verificado e confirmado o Conteúdo de Importação. Cabível assinalar que, neste sentido, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência, cujo resultado será objeto de análise no exame de mérito.

As planilhas/demonstrativos (análíticos e sintéticos) elaboradas pelo autuante foram entregues ao autuado, via DT-e, conforme comprovante acostado à fl. 45 dos autos, possibilitando que este exercesse plenamente o direito à ampla defesa e ao contraditório, registre-se, conforme exerceu, inclusive, reconhecendo como devido o valor que aponta na peça defensiva.

Diante disso, não acolho a preliminar de nulidade do Auto de Infração, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18, do RPAF/BA/99, capaz de invalidar o lançamento de ofício em lide.

Quanto ao pedido de perícia formulado pelo impugnante resta indeferido, haja vista que as diligências solicitadas por esta Junta de Julgamento Fiscal se mostraram suficientes para o deslinde da questão. Ademais, a participação de perito técnico, no presente caso, é totalmente desnecessária, haja vista que a matéria de que cuida a autuação é de pleno conhecimento dos Julgadores que compõem essa Junta de Julgamento Fiscal. Indeferido, portanto, o pedido com fulcro no art. 147, II, “a”, do RPAF/BA/99.

No mérito, o impugnante na sua peça defensiva vestibular, diz que revisou criteriosamente todos os cálculos e as FCIs das operações objeto da autuação, tendo constatado que o valor total da diferença de ICMS não recolhida por erro na aplicação da alíquota interestadual totaliza R\$ 164.520,18, conforme operações

tributadas a 4%, porém com conteúdo de importação inferior a 40%.

Independentemente do reconhecimento do autuado, esta Junta de Julgamento Fiscal, em face de o próprio autuante na Informação Fiscal ter consignado que era favorável à realização de diligência para exame do Mapa de Produção/Custo e, também, acesso à memória de cálculo da Autuada do CI – Conteúdo de Importação das operações relacionadas nesta ação fiscal; e no intuito de alcançar a verdade material; após análise e discussão em Pauta Suplementar, converteu o feito em diligência à IFEP/INDÚSTRIA, a fim de que o diligenciador intimasse o autuado a apresentar o Mapa de Produção/Custo e a memória de cálculo da empresa referente ao CI - Conteúdo de Importação atinente às operações de que cuida a autuação, e, após o atendimento da intimação, verificasse e analisasse se os elementos fornecidos pelo autuado, confirmavam ou não as alegações defensivas, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos/planilhas com os ajustes que porventura se fizessem necessários.

O autuante cumpriu a diligência apresentando como resultado a redução do valor originalmente exigido de R\$ 1.360.860,98 para R\$ 504.284,97, conforme novos demonstrativos que elaborou.

Apesar de o resultado da diligência ter reduzido o valor do débito, o autuado ao ser cientificado consignou o seu inconformismo, alegando que o autuante utilizou uma premissa equivocada no cálculo do Conteúdo de Importação, que o reduziu artificialmente e, por conseguinte, resultou na indevida majoração do ICMS supostamente devido, pois nos termos da cláusula quarta do Convênio ICMS n. 38/2013, o Conteúdo de Importação corresponde ao quociente da divisão entre o custo dos insumos importados e o valor total da operação de saída interestadual do produto. Alega, ainda, que o § 2º, inciso II, da referida cláusula quarta determina que o valor da operação de saída do produto a ser considerado é o preço de venda excluídos o ICMS e IPI destacados, sendo que o autuante equivocadamente dividiu o valor dos insumos importados pela base de cálculo do ICMS na operação de saída.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão na assentada de julgamento, deliberou, por unanimidade, pela conversão do feito em diligência à IFEP INDÚSTRIA, a fim de que o diligenciador revisasse o levantamento fiscal considerando as disposições da cláusula quarta, caput e § 2º do Convênio ICMS n. 38/2013, ou seja, considerasse o divisor, para fins do Conteúdo de Importação, o valor da saída menos o ICMS destacado, e não o valor da base de cálculo do imposto, com o ICMS incluído, conforme procedido pelo autuante, elaborando novos demonstrativos/planilhas contendo os valores revisados.

A diligência foi cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito, cujo resultado da revisão fiscal realizada, na forma determinada por esta JJF, trouxe como ICMS devido o valor de R\$ 241.657,27, conforme planilha/demonstrativo que elaborou acostados aos autos.

Cabível assinalar que o impugnante, antes mesmo da ciência do resultado da diligência, protocolizara petição, acostada às fls. 151/152, na qual informa que procedeu a juntada da planilha ajustada com o valor do ICMS reduzido para R\$ 241.657,27, nos termos da coluna AD da referida planilha, sendo que cientificado do resultado da diligência, se manifestou concordando com o valor do ICMS devido de R\$ 241.657,27, apurado pelo diligenciador.

Diante do exposto, a infração é parcialmente procedente no valor de ICMS devido de R\$ 241.657,27, conforme demonstrativo de débito elaborado pelo diligenciador, acostado à fl. 178 dos autos, reproduzido abaixo:

Data de Ocorrência	ICMS devido (julgado) R\$
31/10/2015	11.314,07
28/02/2016	675,82
31/03/2016	325,36
30/04/2016	3.304,11
31/05/2016	6.191,86
30/06/2016	4.044,26
31/07/2016	38.965,27
31/08/2016	2.963,73
30/09/2016	27.458,39
31/10/2016	29.775,59
30/11/2016	12.313,85
31/12/2016	11.439,85
31/01/2017	26.217,24
28/02/2017	25.274,34
31/03/2017	7.956,56
30/04/2017	6.637,38
31/05/2017	2.981,22
30/06/2017	4.556,14
31/07/2017	3.934,97
31/08/2017	5.602,55

30/09/2017	2.038,30
31/10/2017	946,70
30/11/2017	3.988,37
31/12/2017	2.751,34
TOTAL	241.657,27

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Foi interposto recurso de ofício.

Regularmente intimado, o Autuado, ora Recorrente, aduziu razões recursais parcialmente reiterativas da Defesa, no que concerne à nulidade absoluta da autuação, por utilização de presunção sem amparo legal, com violação ao Convênio ICMS 38/2013. Afirmou que, consoante inteligência da Cláusula Oitava do referido Convênio, a avaliação da alíquota interestadual aplicável a cada operação deve ser feita *“a partir da análise dos documentos que comprovem o valor da importação (no caso da revenda) ou o cálculo do conteúdo de importação (no caso de produção).”*

Afirmou que a Fiscalização, em lugar de se valer da documentação que sempre esteve disponível à mesma, optou por uma presunção, e concluiu que *“um determinado produto, que eventualmente tenha sido vendido (e regularmente declarado, diga-se de passagem) em um determinado momento com Conteúdo de Importação inferior a 40%, SEMPRE seria enquadrado com Conteúdo de Importação inferior a 40%”*. Fez referência aos Acórdãos CJF nºs 0367-11/02 e 0211-11/07A; exemplificou com operações de ago/2017 e nov/2017; concluiu requerendo decretação de nulidade do lançamento, pois lastreado em presunção não prevista em lei alguma.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos em 19/06/2024, e por considerá-los regularmente instruídos solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 29/07/2024 para julgamento, oportunidade em que a Recorrente se fez representar pelo Dr. Luiz Fernando Sande Mathias OAB/BA Nº 29.391, tendo realizado sustentação oral nos termos regimentais.

VOTO

DO RECURSO DE OFÍCIO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), por isso dele conheço.

O cerne do recurso está em examinar se agiu com acerto a 1ª JJF ao acatar a redução do valor lançado, operada em sede de uma segunda Diligência Fiscal, à luz da documentação disponibilizada pela Defendente.

Com efeito, constato que os trabalhos do Diligente estranho ao feito estão fundamentados em documentação idônea, de modo que nada tenho a acrescentar em relação à decisão do órgão julgador de primeiro grau.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

A Recorrente o interpôs conforme a hipótese do art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

Não há questões preliminares em torno da decisão recorrida, por isso adentro o mérito, que versa exclusivamente sobre a nulidade da ação fiscal, a seu ver empreendida conforme critérios que não se encontram presentes na legislação, derivando em uma presunção não prevista em lei, e com a inobservância das normas do Convênio ICMS 38/2013.

Com a devida vênia, não visualizo a nulidade apontada.

A **uma**, a ação fiscal se realizou ante a ausência, segundo informa o Autuante, de elementos para

a comprovação do conteúdo de importação, em especial a ausência de “Mapas de Produção/Custo”, que fora, pelo que aduz, demandado do Sujeito Passivo no curso da ação fiscal, e, ante a não disponibilização, deu-se a lavratura do Auto de Infração com os elementos de que dispunha o Autuante.

A **duas**, diante dos esclarecimentos e elementos fornecidos com a Defesa e após uma primeira ação fiscal, nota-se com o refazimento dos demonstrativos, implicaram expressiva redução do lançamento, a partir dos elementos coligidos no curso da instrução em primeiro grau. É dizer, o Recorrente anuiu expressamente com o resultado da diligência, que implicou manutenção em parte do lançamento.

Não há, a propósito, que se falar em presunção aqui. “Presunção” é meio de aferição indireta de um fato jurídico (f2), a que se atinge quando se constata a ocorrência de um certo fato (f1) e um juízo de probabilidade (→) de que a ocorrência desse fato (f1) gera na ocorrência do fato (f2). É dizer, na falta de prova de um fato relevante (f2), mas na presença de um fato (f1) que com o outro (f2) guarde juízo de probabilidade de ocorrência (→), presume-se a ocorrência do fato relevante (f2).

No caso concreto, portanto, houve um juízo avaliativo sobre a comprovação do Conteúdo de Importação, que a legislação comete à Fiscalização. E, pela linguagem das provas, concluiu-se por sua parcial manutenção (repita-se, com a expressa anuência do Sujeito Passivo).

Ante o exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACÓRDÃO os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 087016.0002/20-8, lavrado contra **BRISA INDÚSTRIA DE TECIDOS TECNOLÓGICOS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 241.657,27, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2024.

EDUARDO RAMOS SANTANA – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS