

PROCESSO - A. I. N° 281401.0070/13-5
RECORRENTE - S.A. FÁBRICA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS VIGOR
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0015-03/15
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 14/08/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0187-11/15

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS: **a)** IMPOSTO DEVIDO PELAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS. Ficou demonstrado que o levantamento atendeu ao disposto na legislação que regula tal procedimento. Infração caracterizada. **b)** IMPOSTO DEVIDO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO, RELATIVO ÀS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. Ficou demonstrado que o levantamento atendeu ao disposto na legislação que regula tal procedimento. Infração caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidade e de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/12/2013 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$351.068,62, em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações, a seguir transcritas:

Infração 01 - 04.05.02. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercício fechado de 2008, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. ICMS no valor de R\$293.630,11, e indicada a multa de 70% %.

Infração 02 - 04.05.11. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2008. Exigido o valor de R\$57.438,51 e indicada a multa de 60%;

Foram apresentadas Defesa tempestiva às fls. 1308 a 1319, pugnando pela improcedência das exações, e a correspondente Informação Fiscal pelo autuante às fls. 1464 a 1467, ratificando o entendimento da procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 3ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, por constatar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, haja vista que a descrição dos fatos foi efetuada 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 demonstrativos do levantamento quantitativo de estoques os levantamentos acostados aos autos e entregue cópias ao impugnante. Quanto à alegada insegurança na determinação da infração em decorrência de enquadramento legal genérico não deve prosperar tendo em vista que, de acordo com o art. 19 do RPAF-BA/99, “a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja

correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”. Portanto, não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

O impugnante, albergado no que dita o §4º do art. 150 da CTN, argumenta que a ciência obtida, acerca da autuação, deu-se em 19/12/2013, assim, os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes aos períodos de janeiro a dezembro de 2008, estariam atingidos pela decadência, haja vista que teria sido regularmente intimado do Auto de Infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos.

A questão da contagem do prazo decadencial afigura-se assente e pacificada nesse Contencioso Administrativo, tem sido objeto de reiteradas decisões, que tratam do tema sob o mesmo enfoque hermenêutico aplicando-se a previsão contida no inciso I do art. 173 do CTN, a exemplo dos Acórdãos CJF nos 0365/11-14, 0011/12-14, 0371-11/14 e 0376-12/14.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular um outro marco para a contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no §4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, §4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, inciso I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2008 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2014. Nestes termos, fica comprovada nos presentes autos que na data da ciência da autuação pelo impugnante ainda não havia decaído o direito de Fazenda Estadual constituir o crédito tributário.

No mérito o Auto de Infração refere-se à falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para cálculo do imposto o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, infração 01; e falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado - infração 02.

Em sede de defesa, o impugnante refutou a acusação fiscal asseverando que o levantamento fiscal não levou em consideração os estornos realizados em razão das mercadorias devolvidas e das perdas de mercadorias avariadas, perecidas ou sinistradas. Sustentou que as omissões apuradas decorreram de ajustes em seus estoques por esses fatores inerentes ao seu ramo de atividade - fabricação e distribuição de produtos alimentícios.

Em homenagem ao princípio da busca da verdade material esta 3ª JJF deliberou converter os autos em diligência para que o autuado apresentasse a comprovação inequívoca de suas alegações atinentes às perdas de mercadorias não contempladas no levantamento quantitativo de estoques. Entretanto, não se logrou êxito, uma vez que o autuado não se manifestou no prazo regulamentar de dez dias concedido para manifestação.

Quanto ao pedido de benefício do Decreto nº 7799/00, conforme corretamente afirmou a autuante, constato que o autuado não faz jus à redução de base de cálculo, considerando que o levantamento quantitativo de estoques apurou saídas de mercadorias sem o respectivo documento fiscal, portanto, impossível saber se o autuado cumpriu a condição prevista no art. 1º do citado Decreto, que é promover saídas das mercadorias para contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Depois de examinar os elementos que consubstanciam a acusação fiscal, constato que os demonstrativos acostados aos autos e entregues ao autuado comprovam o cometimento das infrações pelo autuado e foram elaborados consoante nos moldes definidos na Portaria 445/08 e consoante previsão na legislação de regência.

Observe que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, e neste caso, a exigência de imposto relativo à diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível, bem como da falta de retenção e o conseqüente recolhimento do imposto.

Considerando que o autuado não trouxe aos autos os elementos necessários a comprovar o não cometimento das irregularidades apontadas. Saliento que sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, o entendo incurso nas disposições do art. 142 do RPAF-

BA/99.

Assim, concluo pela subsistência das infrações 01, 02.

Quanto ao pedido do impugnante de que todas as intimações sejam encaminhadas ao escritório de seu advogado, FÁBIO AUGUSTO CHILO, OAB/SP nº 221.616, e-mail fabio.chilo@jbs.com.br, telefone (11) 3144-4072, na Av. Marginal Direita do Tietê, nº 500, Vila Jaguará, CEP 05101-000, São Paulo - SP, ressalto que na esfera administrativa, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O Órgão Competente desta Secretaria poderá enviar as comunicações sobre o presente processo no endereço indicado.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 1499 a 1511, objetivando a revisão do julgamento de primeiro grau.

Após apontar a tempestividade do Recurso e narrar um breve histórico dos fatos e a Decisão recorrida, passa a delinear suas argumentações recursais.

Como preliminar, alega o cerceamento do direito de defesa por não especificar “*os incisos norteadores da suposta infração praticada pelo recorrente*”. Colaciona o inciso LV, do art. 5º, da CF/88, para afirmar que um dos meios inerentes à ampla defesa não é outro senão a demonstração, clara e indubitosa, dos motivos que levaram ao lançamento, bem como o detalhamento dos dados essenciais à instrução do mesmo.

Afirma que “*O lançamento tem que ser harmônico e coerente entre si, sob pena de nulidade, ou seja, não se pode realizá-lo de forma genérica, sem detalhar em quais incisos e artigos de Lei decorre a infração do contribuinte*”.

Diz que o Auto de Infração trouxe como fundamentação legal diversos dispositivos, conforme narrado no item anterior, apresentando capitulação genérica, visto que os artigos indicados, diversos incisos e parágrafos, lhe impossibilita de exercer seu direito de defesa, por não saber exatamente qual situação restou configurada.

Reafirma que a capitulação genérica da fundamentação da notificação de lançamento incorre em evidente cerceamento de defesa, rechaçado pela Magna Carta, que eleva à condição de direitos e garantias fundamentais a ampla defesa e o contraditório.

Sustenta que sem a correta e detalhada capitulação da infração não há como defender-se, como contraditar o que não conhece, implicando em vício insanável, mesmo com toda a informalidade do processo administrativo, pois a garantia à ampla defesa é de índole constitucional e o citado art. 5º, LV, diz que o processo administrativo deve também assegurar a defesa ampla. Prossegue assinalando que tudo isto gera o cerceamento do direito de defesa, por não permitir, de forma clara e precisa, a devida compreensão dos fatos que motivaram o lançamento realizado, assertiva que está respaldada em decisões do Colendo Conselho de Contribuintes, a exemplo de ementa que transcreve de Decisão do 1º Conselho de Contribuintes/MF. 6ª Câmara no Processo nº 10469.004170/91-30. Acórdão nº 106-09658. j. 10.12.97.

Requer, com fundamento no art. 18, inciso II, do RPAF-BA/99, a nulidade do lançamento, em decorrência do cerceamento de seu direito de defesa.

Em outro tópico, aduz que o lançamento também foi efetuado com insegurança na determinação da infração, infringindo-se o art. 18, inciso VI, alínea a, do RPAF-BA/99, cujo teor reproduz.

Destaca que foi apresentada capitulação genérica, e que por isso, houve patente insegurança na determinação da infração pela inconsistência pela qual se apresentaram os supostos dispositivos infringidos devendo o Auto de Infração ser anulado.

Em seguida, passa a discorrer sobre o mérito da autuação.

Primeiramente, alega que o Auto de Infração exige o recolhimento do tributo referente a certos períodos do ano de 2008. Alega que ocorreu a decadência, haja vista o fato gerador do tributo ter

ocorrido há mais de 5 anos.

Pontua que a intimação ocorrera em 19 de dezembro de 2013 e que o instituto da decadência está preconizado no art. 150, §4º do CTN - Código Tributário Nacional.

Acerca da decadência nos tributos sujeitos a lançamento por homologação diz ser clara a jurisprudência dos Tribunais pátrios e transcreve as ementas de decisões do: STJ 1ª Turma, AgRg no REsp nº 1.044.953/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 03.06.2009 e do TJ-GO, MS n. 2009.03.877044, Quarta Turma, Quinta Câmara Cível, Rel. Hélio Maurício de Amorim, DJE 22/09/2010.

Caso as circunstâncias trazidas não sejam acolhidas, assegura que a autuação não merece subsistir, porquanto jamais realizou qualquer saída ou entrada de mercadorias sem a emissão dos devidos documentos fiscais.

Revela que, ao contrário do que foi afirmado pelo autuante na descrição da infração, *“não houve saída de mercadorias sem emissão de documentos, já que as diferenças apuradas ocorreram em razão de ajuste de estoque decorrente da perda de mercadorias”*.

Informa que atua no ramo de fabricação e distribuição de produtos alimentícios, especialmente lácteos, de modo que não são raras as ocorrências de sinistros com suas mercadorias, tais como perecimento, avarias, defeitos técnicos e, até mesmo, pequenos furtos anormais. Continua aduzindo que em razão dos sinistros noticiados acima, as mercadorias ficam impossibilitadas para a comercialização, razão pela qual são descartadas e o imposto destas mercadorias é estornado, conforme prevê o art. 100, inciso V, do RICMS-BA/99, cujo teor reproduz.

Afiança que, agindo conforme o permissivo legal, *“procedeu com a devida baixa das mercadorias sinistradas, bem como o estorno do tributo eventualmente devido, de modo que jamais deixou de proceder com a emissão da documentação fiscal devida”*. Registra que o autuante não levou em consideração os estornos realizados, em razão das mercadorias devolvidas ou sinistradas.

Diz ser certo que nas devoluções as mercadorias não retornam ao estoque do recorrente, de modo que são descartadas e inutilizadas em sua integralidade, circunstância que também ocorre nos casos em que houve sinistro, perecimento e quebras.

Argumenta que no trabalho fiscal realizado, *“os estornos foram simplesmente ignorados, razão pela qual se gerou a diferença apurada”*.

Adiante, passa a perquirir sobre a correção da alíquota que deveria ser aplicada na cobrança do imposto.

Diz que no demonstrativo de débito que instruiu a autuação, nota-se que foi aplicada a alíquota de 17%, no cálculo do imposto supostamente devido.

Pondera que a *“Decisão recorrida sequer analisou este fundamento, uma vez que se limitou a argumentar que o recorrente não havia supostamente comprovado o não cometimento das irregularidades apontadas”*. Nesta senda, pede pelo retorno dos autos para que seja analisada a referida questão.

Coloca que a fiscalização ignorou a existência do Decreto nº 7799/00, que dispõe sobre a concessão de redução na base de cálculo do ICMS, cujo teor do artigo primeiro reproduz.

Esclarece que firmou Termo de Acordo e compromisso para usufruir do benefício previsto no Decreto nº 7.799/00, que prevê nas saídas interestaduais, a base de cálculo será reduzida em 41,176%, ou seja, redução de carga tributária de 17% para 10%. Arremata destacando que, com exceção dos produtos da substituição tributária (iogurtes, massas e macarrão instantâneo), os demais produtos tem redução, devendo ser aplicada a alíquota de 10% e não 17%, e em relação à margarina (item da cesta básica na época), deve ser aplicada a alíquota de 7%.

Chega a conclusão que o presente Auto de Infração não pode subsistir, pois equivocado o percentual que pretende ver-se cobrado. Assinala que, caso prevaleça a autuação, deverá ser

reduzido o imposto, aplicando-se a legislação conferida pelo aludido Decreto.

Mais adiante, comenta sobre o princípio da verdade material e da necessidade da realização de novas diligências e apresentação de provas.

Fala que restou “*devidamente demonstrado nos autos que as diferenças apuradas na autuação dizem respeito aos estornos de mercadorias sinistradas, bem como que o levantamento realizado contém sérias falhas, as quais inquinam de nulidade a autuação*”. Por força do princípio da verdade material, que norteia o processo administrativo, alega que o julgador deve se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados ou realização de novas diligências ou busca de provas.

Após citar a lição do jurista Demetrius Nichele Macei sobre o tema, afirmam que, mesmo com a haja comprovação de que houve o estorno na forma legal, “*em homenagem ao princípio da verdade material, a ora Recorrida não se atentou ao fato de que a própria prefeitura realizou o descarte dessas mercadorias*”.

Destaca que, caso as preliminares não sejam acolhidas, faz-se necessária a realização de diligência e perícia para correção das falhas apontadas e demonstrar que os estornos realizados no ano de 2008 são referentes à mercadorias devolvidas, sinistradas ou que pereceram.

Ressalta que, embora a Decisão ora recorrida faça menção a realização de diligência em que supostamente o recorrente teria sido intimada para comprovação dos fatos alegados, o recorrente informa que não recebeu qualquer notificação para apresentação de documentos perante ao CONSEF, a fim de comprovar o alegado.

Pontua que em caso semelhante, o C. Conselho Administrativo Tributário de Goiás entendeu pelo ajuste do trabalho fiscal anteriormente realizado para apuração da verdadeira realidade dos fatos. Portanto, assegura que em homenagem ao princípio da verdade material, a conversão do processo em diligência é medida necessária, requerendo novamente a realização de diligências e perícia para demonstrar que os estornos realizados no ano de 2008 são referentes às mercadorias devolvidas, sinistradas ou que pereceram, as quais inclusive foram incineradas pela própria Prefeitura de Salvador.

Anota que a realização de perícia e/ou diligência é possível no presente momento processual, conforme prevê o Art. 30, inciso VII, do Decreto nº 7.592/99 e se justificam para garantir a aplicação do Princípio da Verdade Material para restar provado que a empresa realizou o procedimento de forma correta.

Conclui pugnando pelo acolhimento das preliminares suscitadas, declarando-se nulo o Auto de Infração, pelo reconhecimento da decadência, e subsidiariamente, seja julgado improcedente, tendo em vista que a diferença eventualmente apurada foi estornada.

Requer, alternativamente, seja reduzido o percentual de 17% sobre as operações, aplicado pela fiscalização, para 10% e 7%, conforme expendido em suas razões de defesa e reduzida proporcionalmente aplicada na penalidade, uma vez que esta corresponde ao valor do imposto devido;

Protesta pela juntada de novos documentos no decorrer do processo, conforme prescreve o princípio da verdade material.

Informa que o nome de seu advogado é FÁBIO AUGUSTO CHILO, OAB/SP nº 221.616, e-mail fabio.chilo@jbs.com.br, telefone (11) 3144-4072, requerendo que todas as intimações e publicações, inclusive para apreciar e se fazer presente no Julgamento para sustentação oral sejam efetuadas em seu nome, na Av. Marginal Direita do Tietê, nº 500, Vila Jaguará, CEP 05101-000, São Paulo - SP.

Em termos, os autos seguiram para PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 1740 a 1745, a i. Procuradora Maria Helena de Mendonça Cruz, seguidamente a

um breve intróito, passa a discorrer sobre as argumentações recursais.

Quanto às preliminares de nulidade por cerceamento do direito de defesa, em face de uma suposta alegação genérica da infração, infringindo o art. 18 do RPAF/BA, assevera que, da análise dos autos, não vislumbra qualquer nulidade que macule o lançamento.

Diz que inexistente a alegada capitulação genérica, vez que “a descrição das infrações encontra-se corretamente disposta às fls. 01/02, possibilitando o pleno exercício do direito de defesa do recorrente.

Ressalta que, mesmo que estivessem incompletos os enquadramentos legais, o que não seria o caso, “*preceitua o artigo 19 do RPAF que não implica em nulidade do Auto de Infração o erro na indicação do dispositivo de lei, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*”.

Fala também que não vislumbrou nenhuma das nulidades previstas no art. 18 do RPAF/BA.

Quanto à questão da decadência, diz que a tese defensiva ante a uma “*interpretação sistemática da norma entalhada no art. 150, §4º do CTNE e sua interação com o disposto no art. 173, I do mesmo 'codex'*”

Em suma, sustenta que no presente lançamento, por não ter havido pagamento antecipado, o termo inicial do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, o lapso decadencial seria aquele dispositivo no art. 173, I do CTN.

Quanto as demais razões de mérito, a i. Procuradora assevera que as mesmas são insuficientes para provocar modificação no julgamento de piso, já que “*o recorrente não trouxe provas nem argumentos jurídicos capazes de promover a modificação do julgamento*”.

Diz que, mesmo diante da verossimilhança das alegações recursais quanto a perda e estorno, “a legislação tributária estadual prevê em casos como tais, a forma própria para comprovação dessas eventuais perdas”.

Lembra que mesmo sendo o Recorrente intimado para apresentação de tais provas, “*não apresentou qualquer documento, como se depreende às fls. 1475/1476*”.

Em seguida, diz que os documentos apresentados em sede de Recurso “*não se prestam a comprovar a alegação de perdas das mercadorias e imprestabilidade das mesmas para comercialização*” justificando que não são notas fiscais emitidas para baixa no estoque e estorno do crédito fiscal ou mesmo registro efetuados na escrita fiscal. Conclui que tais documentos não podem ser invocados para modificar o procedimento fiscalizatório e previsto na legislação estadual.

Quanto ao pleito para a redução da base de cálculo nos moldes previstos pelo Decreto nº 7799/00, diz que tal argumento não pode ser acolhido, pois, o levantamento quantitativo de estoques apurou saídas de mercadorias sem o respectivo registro fiscal, sem o qual resta impossível determinar o cumprimento da condição prevista no artigo primeiro do citado Decreto, qual seja, saídas para contribuinte inscritos no cadastro deste Estado.

Pelo todo exposto, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Temos sob apreciação, Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe lançado pelo suposto cometimento de 2 infrações.

O Recorrente alega nulidade do auto por falta de especificação dos artigos tipificadores das infrações e insegurança na indeterminação da infração, causando cerceamento do direito de defesa. No mérito Alega a decadência do lançamento quanto ao ano de 2008, bem como assegura

a inocorrência de saída de mercadorias sem emissão de documentos, uma vez que as diferenças apuradas ocorreram em razão de ajuste de estoque decorrente da perda de mercadorias.

Cabe apontar também a existência de pedido de nova diligência/perícia, como também o pedido de nulidade do acórdão recorrido por falta de apreciação de fatos argüidos na inicial.

Início o exame das questões preliminares de nulidade.

Compulsando os autos, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Percebo que as imputações estão claras, a base de cálculo foi determinada conforme cálculo previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

No que tange a argumentação de que há insegurança na determinação da infração por conta de enquadramento legal genérico, alinho-me ao entendimento dos julgadores de piso, pois, consoante o art. 19 do RPAF-BA/99, *“a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”*.

Desta forma, não vejo nenhuma transgressão os art. 18, 19 ou 39 do RPAF-BA/99, que macule de nulidade o presente Auto de Infração.

Preliminares não acolhidas.

Quanto ao pedido de nova diligência, a indefiro com base no artigo 147, I, ‘a’ e ‘b’ do RPAF, por entender suficientes os elementos contidos no autos para formação da minha convicção, por entender que ela seria destinada a verificar documentos que estão em posse do contribuinte e por já ter sido deferida em primeira instância diligência no mesmo sentido, sem a devida resposta por parte da empresa. Assim, o pedido de diligência é indeferido.

No mérito o Sujeito Passivo sustenta que houve a decadência do direito do Fisco de constituição do crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, pois, segundo relata, os fatos geradores ocorreram nos anos de 2008 e a autuação foi lançada somente em 18.12.2013, ou seja, cinco anos após parte dos fatos geradores.

Em que pese a tese do Contribuinte ser válida, vejo que nas infrações em questão, a ocorrência do fato gerador se dá no último dia do ano, ou seja, no dia 31 de dezembro de 2008.

Portanto, não há que se falar em decadência no presente levantamento quantitativo em exercício fechado de estoques, uma vez que, o mesmo fora lançado em 18 de dezembro de 2013, pouco dias antes do término do prazo decadencial que se daria no dia 31 de dezembro de 2013.

Portanto, convirjo com o entendimento da primeira instância quanto a inocorrência da decadência no presente lançamento.

Passo ao exame do mérito propriamente dito.

A infração 1 tem como base a falta de recolhimento de imposto relativa a omissão de saídas de mercadorias efetuada sem a emissão de documentos fiscais e a infração 02, trata da falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais e consequente lançamento na escrita fiscal.

A tese defensiva do Sujeito Passivo que o levantamento fiscal não levou em consideração os estornos realizados derivados das mercadorias devolvidas e das perdas de mercadorias avariadas, perecidas ou sinistradas. Contudo, em que pese a verossimilhança da tese esposada pelo Contribuinte, não vejo nos autos provas ou documentos fiscais requeridos pela legislação para comprovar suas alegações

Caberia à empresa, quando da perda da mercadoria, emitir documento fiscal acobertando tal operação conforme determina o RICMS-97/Ba, vigente a época dos fatos.

Quanto ao argumento de que deve ser reduzida a base de cálculo do imposto por força do Decreto nº 7799/00, coaduno-me com o entendimento da PGE/PROFIS que tal pleito não pode ser atendido, já que, como o levantamento quantitativo de estoque apurou saídas de mercadorias sem o respectivo documento fiscal, não há como se constatar que houve o cumprimento da condição prevista no artigo 1º do Decreto nº 7.799/00 para fruição do benefício, ou seja, não há como se constatar que as saídas omitidas foram operações para contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Nestes termos, as infrações 1 e 2 são Procedentes.

Quanto à propalada falta de apreciação da JJF quanto a possibilidade de redução da alíquota sobre as operações lançadas, não há como acolher tal argumentação haja vista que os Julgadores *a quo* enfrentaram o tema quando da aplicação ou não do Decreto nº 7799/00 que trata sobre a redução da base de cálculo e aplicação de alíquota menor.

Por fim, quanto ao pedido de intimação em nome do advogado da parte, ressalto que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante do Recurso Voluntário, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, a teor do artigo 108 do RPAF/99.

Pelo tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter inalterada a Decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281401.0070/13-5**, lavrado contra **S/A. FÁBRICA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS VIGOR**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$351.068,62**, acrescido das multas de 60% sobre R\$57.438,51 e 70% sobre R\$293.630,11, previstas no art. 42, incisos II, “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS