

A. I. Nº - 281318.0005/19-0  
AUTUADO - PRONTU INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - JOÃO CARLOS MEDRADO SAMPAIO  
ORIGEM - INFAZ RECÔNCAVO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/04/2020

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0017-05/20

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. USO EM MONTANTE SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. À exceção das aquisições oriundas de industriais optantes pelo “Simples Nacional”, cujos créditos foram apontados no documento fiscal, procede a glosa efetuada pela fiscalização. Infração procedente em parte. 2. MULTA. FALTA DE REGISTRO DA ENTRADA. MERCADORIA TRIBUTÁVEL. À exceção das vendas anuladas pelo próprio fornecedor, situação em que a mercadoria não chegou e ingressou no estabelecimento de destino, procede a aplicação da multa de 1%, com aplicação retroativa autorizada pelo CTN. Infração procedente em parte. 3. MULTA. FALTA DE REGISTRO DA ENTRADA. MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. As mercadorias ingressadas no estabelecimento da empresa devem ser registradas na escrita do sujeito passivo, máxime aquelas decorrentes de “operação triangular”, também conhecida como venda à ordem, inclusive os documentos fiscais que acobrem a remessa física dos produtos, sob o risco de comprometer o controle quantitativo de estoques. Irregularidade totalmente procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

#### RELATÓRIO

Frise-se de começo, que o presente relatório atende aos parâmetros de elaboração desenhados no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos atores do processo.

Num total histórico de R\$65.196,80, a cobrança contém as exigências abaixo:

Infração 01 – 01.02.40: Uso indevido de créditos fiscais de ICMS, em montante superior ao destacado em documentos fiscais.

Montante histórico de imposto de R\$25.184,27 e multa de 60%, com fatos geradores ocorridos em julho, agosto e novembro de 2014, janeiro e março de 2015.

Enquadrou-se a conduta nos arts. 29 e 31 da Lei nº 7014/96, c/c o art. 309, §6º, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/2012, e penalidade prevista no art. 42, VII, da Lei retro citada.

Infração 02 – 16.01.01: Multa percentual de 1% (reduzida retroativamente até novembro de 2015), cobrada porquanto o contribuinte dera entrada em mercadoria tributável sem o devido registro na escrita fiscal.

Penalidade no valor R\$19.078,12, com fatos geradores ocorridos de janeiro a dezembro de 2014 e de fevereiro a dezembro de 2015.

Enquadrou-se a conduta nos arts. 217 e 247 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/2012, e sanção prevista no art. 42, IX, da Lei retro citada, c/c o art. 106, II, “c”, do CTN.

Infração 03 – 16.01.02: Multa percentual de 1%, cobrada porquanto o contribuinte dera entrada em mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal.

Penalidade no valor R\$20.934,41, com fatos geradores ocorridos de janeiro a dezembro de 2014 e de janeiro a dezembro de 2015.

Enquadrou-se a conduta nos arts. 217 e 247 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/2012, e pena pecuniária prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7014/96.

Juntados pela auditoria: cientificação do início da ação fiscal (fl. 05), demonstrativo do uso indevido dos créditos fiscais (fls. 06/07), demonstrativo da falta de registro de documentos fiscais na EFD – operações tributadas – 2014 e 2015 (fls. 08/11 – frente e verso), demonstrativo da falta de registro de documentos fiscais na EFD – operações não tributadas – 2014 e 2015 (fls. 12/17 – frente e verso) e comunicado via DTE para contribuinte tomar ciência do auto de infração (fl. 18).

Contestação protocolada em 09/8/2019 (fls. 20/40), conforme sistema de protocolo (fl. 19), alicerçada nos seguintes fundamentos, depois de apresentação do resumo dos fatos:

Quanto à infração 01, a empresa alega que o crédito glosado é bem superior ao devido, visto que na escrita fiscal digital foram lançados alguns valores corretamente, consoante exposto em tabela, por erro material detectado na apropriação de valores oriundos de um único fornecedor. Dado o pequeno montante do equívoco, pede-se ainda, acessoriamente, para a parte reconhecida, o cancelamento da multa, eis que “a autuada foi vítima da complexidade das normas tributárias” (sic; fl. 23).

Em relação às Notas Fiscais nºs 675 e 3754, foram emitidas por optantes do “simples nacional”, com direito a crédito, constando os totais aproveitáveis no campo de observação dos respectivos documentos fiscais. Já quanto à Nota Fiscal nº 20581, especula que provavelmente houve um equívoco do emitente em não ter destacado o imposto; neste esqueço, assegura que a Nota Fiscal nº 20581, de 30.3.2015, substituiu a Nota Fiscal nº 20472, de 19.3.2015, sendo que nesta última há o destaque do montante glosado, procedimento ratificado pela emissão da Nota Fiscal nº de devolução 129, na qual consta a observação do procedimento de substituição de uma nota pela outra.

Conclui afirmando que não é o fato de não constar o valor do ICMS destacado no documento fiscal que vai retirar da autuada o direito ao crédito, encontrado por simples operação aritmética – base de cálculo multiplicada pela alíquota. Se alguma irregularidade foi cometida, esta foi praticada pelo fornecedor da mercadoria, cujo imposto pertence ao Estado de origem, visto ser a operação interestadual, de modo que não pode ser punida pelo fato de agir de acordo com a sistemática da conta corrente fiscal, creditando-se do valor do tributo que seria devido ao Estado de origem, de sorte que não pode a Bahia, em conduta de apropriação indébita, “*se beneficiar de um suposto estorno de ICMS, sendo que o ente beneficiário*” (sic.) é outro Estado. Neste sentido, transcreve ementa e trechos do Ac. da 1ª CJF (nº 0040-11/07) e pugna pela redução da cobrança para R\$3.149,74.

Quanto à infração 02, declara ser menor a cifra devida, não só porque o autuante desconsiderou as notas de devolução emitidas pelos fornecedores, o que já indicaria a dispensa do registro, visto que a mercadoria não saiu daqueles, como também porque tais notas de devolução foram computadas como não registradas na escrita. Os documentos fiscais nesta situação foram relacionados na peça defensiva e planilhados em mídia eletrônica (fls. 29/30 e 121).

Em acréscimo, indica que as Notas Fiscais nºs 732 e 733 são documentos desconhecidos, isto é, não são operações reais que a autuada tenha participado, de sorte que irá tomar as medidas contra tais fornecedores para delatar o ilícito. Não bastasse isto, inexistente prova nos autos de que as mercadorias sob discussão tenham sequer ingressado no Estado da Bahia.

Respeitante às outras notas fiscais argumenta que devem ser excluídas em razão de três motivos: primeiro, porque as mercadorias foram objeto de devolução pelo próprio emitente; segundo,

porque os documentos encontram-se devidamente registrados na escrita; e terceiro, porque se trata de nota fiscal para baixa de estoque, referente a perda de produtos.

Assim, reconhece apenas o montante de R\$676,09 e, nesta quantia, pede o cancelamento ou redução da multa.

Quanto à infração 03, também aponta especificamente dois motivos para algumas notas fiscais serem excluídas, vale dizer, algumas mercadorias foram objeto de devolução pelo próprio emitente e outras operações decorreram de baixa de estoque, referente a perda de produtos.

Já em relação às notas fiscais emitidas pela “Cooperativa Taquarense”, consigna ter ocorrido uma situação *sui generis*, porquanto trataram de situações de venda triangular, em que a autuada adquiriu as mercadorias da “CONFEPAR” e esta pediu que aquela cooperativa fizesse o envio dos produtos para a impugnante. Neste sentido, o correto seria que a “CONFEPAR” emitisse a nota fiscal valendo-se do CFOP 6118 para que, juntamente com a nota de remessa expedida pela “Cooperativa Taquarense”, formasse a triangulação frente a autuada; ocorre que a primeira usou o CFOP 6101, como se fosse venda autônoma. Apesar do erro, não faria sentido algum a autuada registrar todos os documentos fiscais da “CONFEPAR”, que efetivamente dão cobertura aos direitos e obrigações fiscais, deixando de registrar as notas fiscais de simples remessa da citada cooperativa; por outro lado, tal omissão nenhum prejuízo causou ao Estado da Bahia, em virtude da “nota principal” (sic.) se encontrar devidamente registrada, até porque nas notas fiscais da cooperativa consta a observação de vinculação da operação triangular mencionada, apesar das notas fiscais da “CONFEPAR” não possuir qualquer informação vinculativa com as remessas da cooperativa; caso aquela adotasse o CFOP correto, o próprio sistema da autuada dispararia o alerta de dependência a outro documento fiscal.

Por fim, reconhecendo-se a exigência de R\$4.114,59, pleiteia a redução da multa, na forma dos §§7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7014/96.

Subsidiariamente, invoca o caráter confiscatório da multa proposta de 60%, na esteira de julgados proferidos pelo STF e a inaplicabilidade da multa moratória, trazendo a lume lições dos Ministros Cordeiro Guerra e Moreira Alves.

E encerra protestando pela produção posterior de provas e requerendo intimação pessoal via e-mail indicado na peça processual.

Apensados à impugnação: prova da representação legal (fls. 41/47) e Acórdão. CJF nº 0040-11/07 (fls. 50/52); para a infração 01, planilha contestatória (fl. 49) e DANFES (fls. 53/57); para a infração 02, planilha contestatória (fl. 59/61) e DANFES (fls. 62/99); para a infração 03, planilha contestatória (fls. 101/108) e DANFES (fls. 109/120); para todas as infrações, CD contendo arquivos eletrônicos (fl. 121).

Nas suas informações fiscais, o i. Auditor Fiscal pondera o seguinte (fl. 123):

Em face da infração 01, que a autuada reconhece o erro material e que o art. 136 do CTN determina independência da intenção do agente a cominação de reponsabilidade por infrações.

Em face da infração 02, que o art. 217, I, do regulamento baiano do ICMS não abre exceções para se efetivado o registro na escrita, inclusive para as devoluções.

Apesar de não haver referência explícita para a infração 03 nesta peça informativa, aduz-se que também fará parte da escrituração as mercadorias que não transitarem pelo estabelecimento, na forma do art. 217, II, do regulamento citado.

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Considero suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos.

Passo, por conseguinte, a apresentar o voto.

## VOTO

Cabe examinar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

A impugnação foi oferecida dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui anomalias com extemporaneidade.

Não se percebe neste PAF, violações aos princípios norteadores do processo administrativo tributário.

Ponto a ponto da impugnação será apreciado, de acordo com cada irregularidade.

### Infração 01.

O pleito fiscal alude a uso indevido de créditos fiscais, em montantes superiores aos destacados nos documentos fiscais.

Admite-se apenas serem devidos R\$3.149,74, conforme tabela encartada à fl. 22, em relação ao fornecedor “ALCON CIA DE ALCOOL CONCEIÇÃO”, sendo que, para os valores reconhecidos, houve erro material na escrituração. Apesar das alegações, não cabe à dispensa da multa. Houve cometimento de irregularidade, com repercussão na falta de pagamento de tributo e, como tal, aplica-se a sanção prevista.

No tocante às Notas Fiscais nºs 675 e 3754, tratam de operações oriundas de optantes do Simples Nacional, ambos industriais, uma originada internamente (Itabuna), outra de fora do Estado (Minas Gerais).

No âmbito nacional, há a seguinte disciplina circunscrita na Lei Complementar nº 123/06:

*Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.*

*§ 1º As pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições.*

*§ 2º A alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo deverá ser informada no documento fiscal e corresponderá ao percentual de ICMS previsto nos Anexos I ou II desta Lei Complementar para a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação.*

*§ 3º Na hipótese de a operação ocorrer no mês de início de atividades da microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, a alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo corresponderá ao percentual de ICMS referente à menor alíquota prevista nos Anexos I ou II desta Lei Complementar.*

*§ 4º Não se aplica o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo quando:*

*I - a microempresa ou empresa de pequeno porte estiver sujeita à tributação do ICMS no Simples Nacional por valores fixos mensais;*

*II - a microempresa ou a empresa de pequeno porte não informar a alíquota de que trata o § 2º deste artigo no documento fiscal;*

*III - houver isenção estabelecida pelo Estado ou Distrito Federal que abranja a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês da operação.*

*IV - o remetente da operação ou prestação considerar, por opção, que a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 18 desta Lei Complementar deverá incidir sobre a receita recebida no mês.*

*§ 5º Mediante deliberação exclusiva e unilateral dos Estados e do Distrito Federal, poderá ser concedido às pessoas jurídicas e àquelas a elas equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional crédito correspondente ao ICMS incidente sobre os insumos utilizados nas mercadorias adquiridas de indústria optante pelo Simples Nacional, sendo vedado o estabelecimento de diferenciação no valor do crédito em razão da procedência dessas mercadorias.*

*§ 6º O Comitê Gestor do Simples Nacional disciplinará o disposto neste artigo.*

No âmbito estadual, há o seguinte dispositivo regulamentar:

**Art. 269.** *Ficam concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:*

(...)

*X - aos contribuintes sujeitos ao regime de conta-corrente fiscal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas, em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 57, observados os seguintes critérios:*

*a) serão concedidos os créditos nos percentuais a seguir indicados, aplicáveis sobre o valor da operação:*

*1 - 10% (dez por cento) nas aquisições junto às indústrias do setor têxtil, de artigos de vestuário e acessórios, de couro e derivados, moveleiro, metalúrgico, de celulose e de produtos de papel;*

*2 - 12% (doze por cento) nas aquisições junto aos demais segmentos de indústrias;*

Confrontando-se tais dispositivos, e considerando o que consta nos referidos documentos fiscais, torna-se **indevida** a glosa de R\$128,15 e R\$144,38, respectivamente, no total de R\$272,53.

No que toca à Nota Fiscal nº 20581, de 30.3.2015, **houve aproveitamento indevido do crédito**, tendo em vista a cronologia e o modo de proceder na emissão dos documentos fiscais envolvidos. Em 19.3.2015, foi emitida a Nota Fiscal nº 20472, operação de venda, com destaque do ICMS. Em seguida, pela Nota Fiscal nº de entrada 129, emitida pelo fornecedor, devolveu-se a mercadoria alusiva à Nota Fiscal nº 20472, mas não está comprovado pela autuada o estorno do crédito na sua escrita, apesar da informação de ter-se emitido a Nota Fiscal nº 20581, em substituição à Nota Fiscal nº 20472. Na Nota Fiscal nº 20581 não consta o destaque do imposto, mas mesmo assim aproveitou-se o crédito, objeto da presente cobrança. Não tem qualquer fundamento o fato do imposto não destacado pertencer ao Estado sul mato-grossense, pois a questão não é de débito fiscal, mas de crédito fiscal suportado pelo Estado de destino. Portanto, agiu com acerto a fiscalização, em face do que dispõe o art. 306, §6º do regulamento, infra:

**Art. 309.** *Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:*

(...)

*§ 6º Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de “carta de correção”.*

Portanto, neste particular, a glosa do crédito foi pertinente.

O precedente administrativo colacionado, nada tem a ver com a matéria em debate. O paradigma refere-se à substituição tributária, onde o crédito fiscal da operação própria precisa ser deduzido, para cômputo do valor da tributação antecipada.

Assim, é a infração procedente em parte, no montante de R\$24.911,74 (R\$25.184,27 menos R\$272,53).

## **Infração 02.**

Após auditoria interna feita pela contestante, reconhece-se como devida a cifra de R\$676,09.

Quanto ao restante, pela análise dos documentos colacionados pelo contribuinte e pela inteligência do art. 217, I do RICMS-BA, não há motivos para que este deixasse de efetuar o registro em sua escrita fiscal, de sorte que todas as entradas de mercadorias, a qualquer título, devem ser registradas na escrita, inclusive as devolvidas pelo destinatário, após ingressadas em seu estoque.

Igual destino seguem as notas fiscais que acusem baixas no estoque por perdas, até para efeito de consideração na auditoria de levantamento quantitativo.

Todavia, em se tratando de operações anuladas pelo próprio fornecedor, quando sequer a mercadoria chega ao seu destino, e, portanto, não se identifica a entrada no estabelecimento de destino, não há como aplicar a penalidade de 1%, até porque a venda e sua correspondente anulação foram providências tomadas pelo remetente, não se aplicando neste caso aqueles controles criados no portal da NF-e, e replicados no regulamento baiano do ICMS.

Tal ocorreu com as notas fiscais de venda e devoluções respectivas abaixo discriminadas (fls. 62/99), com as datas de emissão indicadas:

NF venda 791574 (31.5.2014) e NF devolução 796772 (07.6.2014):	\$2.700,00
NF venda 16685 (28.5.2014) e NF devolução 16773 (30.5.2014):	\$132.500,00
NF venda 3846 (30.6.2014) e NF devolução 46 (09.7.2014):	\$5.775,08
NF venda 3848 (30.6.2014) e NF devolução 45 (09.7.2014):	\$8.856,64
NF venda 3868 (30.6.2014) e NF devolução 44 (09.7.2014):	\$6.049,00
NF venda 17666 (28.7.2014) e NF devolução 17727 (29.7.2014):	\$45.023,00
NF venda 13946 (25.8.2014) e NF devolução 13971 (02.9.2014):	\$6.295,00
NF venda 5123 (31.8.2014) e NF devolução 81 (10.9.2014):	\$2.103,62
NF venda 5067 (30.8.2014) e NF devolução 79 (10.9.2014):	\$2.975,99
NF venda 5125 (31.8.2014) e NF devolução 80 (10.9.2014):	\$2.096,18
NF venda 5045 (29.8.2014) e NF devolução 76 (10.9.2014):	\$11.784,13
NF venda 5046 (29.8.2014) e NF devolução 78 (10.9.2014):	\$5.706,60
NF venda 5047 (29.8.2014) e NF devolução 77 (10.9.2014):	\$6.208,74
NF venda 12257 (21.11.2014) e NF devolução 12634 (03.12.2014):	\$240.000,00
NF venda 20225 (12.12.2014) e NF devolução 20314 (7.12.2014):	\$75.400,00
NF venda 12651 (30.9.2015) e NF devolução 236 (06.10.2015):	\$6.184,16
NF venda 12652 (30.9.2015) e NF devolução 237 (06.10.2015):	\$7.051,71
NF venda 12653 (30.9.2015) e NF devolução 238 (06.10.2015):	\$6.151,42

Pelo exposto, levando em conta a data de emissão das notas de fatura e devolução, deverão ser excluídos do demonstrativo de débito da infração 02 os seguintes montantes de base de cálculo, quantificados mensalmente:

Maio/2014	$2700,00 + 132500,00 + 132500,00 = 267.700,00$
Junho/2014	$2700,00 + \$5775,08 + \$8856,64 + \$6049,00 = 23380,72$
Julho/2014	$\$5775,08 + \$8856,64 + \$6049,00 + \$45.023,00 + \$45.023,00 = 110726,72$
Agosto/2014	$\$6295,00 + \$2103,62 + \$2975,99 + \$2096,18 + \$11.784,13 + \$5706,6 + \$6208,74 = 37170,26$
Setembro/2014	$\$6295,00 + \$2103,62 + \$2975,99 + \$2096,18 + \$11.784,13 + \$5706,6 + \$6208,74 = 37170,26$
Novembro/2014	$\$240.000,00$
Dezembro/2014	$\$240.000,00 + \$75.400,00 + \$75.400,00 = 390.800,00$
Setembro/2015	$\$6184,16 + \$7051,71 + \$6151,42 = \$19.387,29$
Outubro/2015	$\$6184,16 + \$7051,71 + \$6151,42 = \$19.387,29$

Logo, considerando a penalidade aplicada de 1%, os valores a serem **retirados** serão:

Maio/2014	2.677,00
-----------	----------

Junho/2014	233,80
Julho/2014	1107,26
Agosto/2014	371,70
Setembro/2014	371,70
Novembro/2014	2.400,00
<b>Dezembro/2014</b>	<b>3.908,00</b>
Setembro/2015	193,87
Outubro/2015	193,87

Por seu turno, não ficou demonstrado o registro das NFs alegadamente efetuado em 19.01.2015.

Muito menos consta comprovação de notícia-crime de operações desconhecidas efetivadas em nome da autuada, muito menos prova da denegação das operações no sistema nacional de acompanhamento das NF-e.

A dispensa ou redução de multa se mostra incabível, pois a falta de registro poderá implicar na presunção de ter havido a percepção de recursos não contabilizados. Vale completar que na assentada deste julgamento não mais vigora o §7º, do art. 42 da Lei nº 7014/96.

**Pelo exposto, é a irregularidade parcialmente procedente.**

#### **Infração 03.**

Neste particular, a autuada confirma dever R\$4.114,59.

Quanto ao remanescente, também se procedeu ao exame dos documentos colacionados pelo contribuinte e pela inteligência do art. 217, I do RICMS-BA, não há motivos para que este deixasse de efetuar o registro em sua escrita fiscal, de sorte que todas as entradas de mercadorias, a qualquer título, devem ser registradas na escrita, inclusive as devolvidas pelo destinatário, após ingressadas em seu estoque.

Mesmo destino seguem as notas fiscais que acusem baixas no estoque por perdas, até para efeito de consideração na auditoria de levantamento quantitativo.

No que respeita à operação triangular, aplica-se igualmente o art. 217, I do regulamento baiano do ICMS, posto que, por este comando normativo, todas as entradas efetuadas a qualquer título, devem ser escrituradas indistintamente. Sobretudo aquelas que acobertem a entrada física das mercadorias, como é o caso das remessas a ordem, por serem fundamentais no controle quantitativo dos estoques.

A dispensa ou redução de multa se mostra incabível, pois a falta de registro poderá implicar na presunção de ter havido a percepção de recursos não contabilizados. Vale completar que na assentada deste julgamento não mais vigora o §7º, do art. 42 da Lei nº 7014/96.

**Pelo exposto, é a irregularidade totalmente procedente.**

Não obstante as arguições específicas em cada infração, a impugnante, outrossim, levanta o caráter confiscatório da multa de 60%, sendo tal percentual contrário à Constituição Federal em vigor.

Não é da competência deste Conselho examinar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de expresso dispositivo de lei estadual, aplicável no caso em tela, por proibitivo insculpido no art. 167 do RPAF-BA.

Pelo indeferimento.

Ante as razões aduzidas, considero o lançamento **parcialmente procedente**.

## VOTO DIVERGENTE (Quanto a exclusão de valores da multa da infração 2)

Em que pese à boa argumentação expendida pelo n. Relator, discordo do seu posicionamento quanto ao afastamento da multa sobre parte das operações pertinentes à infração 2.

Concordo com o afastamento da multa em relação à operação que ocorreu sinistro da carga.

No que se refere a operações que ocorreram devoluções, verifico que o art. 217, I do RICMS/BA estabelece que:

*Art. 217. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A, destina-se à escrituração (Conv. S/Nº, de 15/12/70):*

*I - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;*

Por sua vez, levando em consideração a ocorrência de negação de operação de aquisição de mercadorias por parte dos destinatários, os artigos 87 a 89 do RICMS/BA, estabeleceu diversos procedimentos a serem adotados em relação às Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) transmitidas em arquivo digital, mediante previa concessão da Autorização de Uso; regularidade fiscal do emitente; autoria da assinatura do arquivo digital; integridade do arquivo digital, entre outros.

De forma específica os parágrafos 14 a 16 do art. 89 do RICMS/BA estabelecem:

*§ 14. O contribuinte destinatário das mercadorias a seguir indicadas deverá registrar, nos termos do Ajuste SINIEF 07/05, os eventos da NF-e denominados “ciência da operação”, “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, conforme o caso: (Dec. 15.490/14, com efeitos a partir de 01/10/14).*

*§ 15. O registro dos eventos relacionados à NF-e, previstos no § 14 deste artigo, deverão ser efetuados nos seguintes prazos: (Dec. 15.490, de 25/09/14, com efeitos a partir de 01/10/14).*

*I - ciência da operação, antes da remessa pelo remetente;*

*II - confirmação da operação e operação não realizada, contados da data de autorização de uso da NF-e:*

*...*

*b) nas operações interestaduais, 35 (trinta e cinco) dias;*

*III – desconhecimento da operação, contados da data de autorização de uso da NF-e:*

*...*

*b) nas operações interestaduais, 15 (quinze) dias;*

*§ 16. O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”; (Dec. 15.807/14, efeitos a partir de 01/01/15).*

*§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico [www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br), salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.*

Observo que conforme consta nos autos e discurrido no voto acima, a título exemplificativo foram indicadas devoluções:

NF venda 5045 (29.8.2014) e	NF devolução 76 (10.9.2014):	R\$ 11.784,13
NF venda 5046 (29.8.2014) e	NF devolução 78 (10.9.2014):	R\$ 5.706,60
NF venda 5047 (29.8.2014) e	NF devolução 77 (10.9.2014):	R\$ 6.208,74

Assim sendo, levando em conta a data de emissão das notas de fatura e devolução, nos exemplos acima decorreram prazos iguais ou superiores a **dez dias**, que é tempo suficiente para remessa e entrega das mercadorias, sem que fosse esclarecido a motivação da devolução depois deste prazo.



Conforme disposto no § 14, do art. 89 do RICMS/BA, nos termos do Ajuste SINIEF 07/05, o estabelecimento autuado deveria manifestar-se, indicando “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, conforme o caso, e atendendo o disposto no § 15, confirmar que a operação não foi realizada, contados da data de autorização de uso da NF-e, num prazo de 35 (trinta e cinco) dias, ou indicar o desconhecimento da operação no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de autorização de uso da NF-e.

Pelo exposto, levando em conta que foram emitidas NF-es contra o estabelecimento autuado e no prazo estabelecido na legislação tributária, o mesmo não adotou os procedimentos regulamentares manifestando que as “operações não foram realizadas” ou “desconhecimento da operação”, deve ser mantida a multa aplicada a partir de 01/10/2014, após a inserção do §14, do art. 89 do RICMS/BA, pelo Dec. nº 15.490/14.

Entendo que a não aplicação da norma ao fato concreto no julgamento administrativo, pode vir a possibilitar práticas de operações com remessas reais de mercadorias acobertadas por NF-e emitida, escriturada, com posterior emissão de NF-e de devolução de mercadorias em momento posterior, desconstituindo os controles estabelecidos na legislação do ICMS, em especial os parágrafos 14 a 19, do art. 89 do RICMS/BA.

Voto pela PROCEDENCIA EM PARTE da infração 2, pela manutenção da multa relativa às operações não registradas a partir de 01/10/2014, com a inserção do §14, do art. 89 do RICMS/BA, pelo Dec. nº 15.490/14.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281318.0005/19-0**, lavrado contra **PRONTU INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.911,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$40.012,33**, prevista no art. 42, inc. IX da citada Lei, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE