

**A. I. N°** - 206958.0010/19-6  
**AUTUADA** - DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - LUCAS XAVIER PESSOA  
**ORIGEM** - INFAZ COSTA DO CACAU  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 05.07.2021

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0055-05/21-VD

**EMENTA:** ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TOTAL. Extensa matéria fática é debatida durante a instrução, etapa processual que contou com largo uso do contraditório. Levantamentos fiscais originais são revistos. Pedidos de redução ou dispensa de multa rejeitados. Irregularidade procedente em parte. Preliminares afastadas. Decadência parcial admitida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Cabe salientar, de início, que o presente relatório atende às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, adaptados, inclusive, para as sessões virtuais de julgamento.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 21/06/2019, tem o total histórico de R\$255.374,97, afora acréscimos, com fatos geradores referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, janeiro a setembro e dezembro de 2016, janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2016.

Apresenta com outras palavras o seguinte descritivo:

**Infração 01 – 07.01.02 – Pagamento a menor de ICMS devido por antecipação total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias oriundas de outros Estados.**

Enquadramento legal feito com escopo no art. 8º, II, e § 3º e art. 23, ambos da Lei 7014/96, c/c o art. 289 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, e multa proposta com base no art. 42, II, “d” da lei referenciada anteriormente.

Juntados, entre outros documentos, termo de apresentação de livros e/ou documentos fiscais (fl. 07); planilha analítica da antecipação tributária efetuada a menor, em excertos (fls. 08/09) e mídia eletrônica contendo arquivos (fl. 10-A)

Em 09.09.2019, após garantir a sua tempestividade, o contribuinte oferta impugnação (fls. 16/41), a partir da qual:

Abre uma primeira preliminar de nulidade do lançamento em que alega a “falta de termos”.

Neste sentido, afirma não ter recebido em sua via do Auto de Infração **cópia do Termo de Início de Fiscalização** e não sabe se há este Termo na via do Fisco. Da mesma forma, também não foi intimada a apresentar livros ou documentos, conforme determina o art. 26 do RPAF-BA.

Como suporte doutrinário e normativo, cita o art. 18, IV-d do RPAF-BA, e lições dos juristas Plácido e Silva, sobre documento sem valor jurídico, Hely Lopes, sobre ato administrativo nulo, e Alberto Xavier, sobre a validade do lançamento de ofício.

Reforça que a empresa não tomou ciência, sequer, de estar sendo fiscalizada e pugna pela nulidade ante a ausência de elemento fundamental na ação fiscal.

Abre uma segunda preliminar de nulidade em que destaca o cerceamento do direito de defesa, tendo em vista o formato inadequado dos demonstrativos.

Neste veio, sustenta que as planilhas informadoras da irregularidade estão em formato “pdf”, o que impossibilita poder a empresa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que se permita, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo. Isto porque o arquivo “pdf” apresentado não é editável, ficando a empresa presa a uma “metodologia de gincana estudantil” (sic.) para poder exercer o seu direito de defesa. Melhor seria que o arquivo estivesse em “excell”.

O demonstrativo anexado ao Auto de Infração possui 333 páginas. Logo, humanamente impossível analisar de forma correta e de forma manual como está posto. E pior, não há ordem alfabética na listagem das mercadorias, o que comprova ter sido incorretamente formatado o relatório no sistema da SEFAZ.

Em suma, está o citado demonstrativo em desacordo com o art. 8º, § 3º, do RPAF-BA, o que provoca a pecha da nulidade.

Como prejudicial parcial de mérito, aponta ter havido a decadência de julho de 2014 para trás, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, trazendo ensinamentos de Leandro Paulsen, Sacha Calmon, decisões do STJ, trechos do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0 e ementa do Ac. CJF Nº 0289-11/16, da 1ª Câmara deste Conselho.

Afirma que no citado período declarou e recolheu o ICMS, atendendo as suas obrigações principais e acessórias, conforme extratos de recolhimentos e Livro de Apuração de ICMS, bem como entregou mensalmente à Sefaz as DMA's.

Desta sorte, e pela exegese do parágrafo único do art. 173 do CTN, levando-se em consideração que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário, mediante a realização de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, esta, *in casu*, materializada através da entrega das DMA's e demais obrigações principais e acessórias, entregues ao Fisco, roga, *ex vi* do art. 156, inciso V do CTN, pelo reconhecimento da caducidade, desse pretender lançar, após o quinquênio legal, o crédito compreendido no período de 01/01/2014 a 09/07/2014, referente às hipóteses de incidência materializadas em datas anteriores a cinco anos da ciência da autuação.

No mérito propriamente dito, aponta alguns erros materiais de cálculo do montante cobrado.

A começar pela inclusão indevida nos levantamentos fiscais das aquisições sob o CFOP 2403, isto é, compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. Estando as mercadorias nestas condições, é claro que, nas operações interestaduais, por força de protocolo ou convênio, as operações são realizadas com a obrigação do remetente, substituto tributário, realizar a retenção e recolhimento do imposto ao Estado do destinatário, substituído, encerrando a fase de tributação. Outrossim, apesar de existirem diversos recolhimentos via GNRE não se identificou no trabalho do fisco qualquer abatimento nesta direção.

Pede a exclusão das citadas operações.

Afora este primeiro ponto, sustenta que a auditoria deixou de considerar diversos pagamentos de antecipação tributária, código 1145, em todos os meses autuados, distorcendo o valor devido e efetuando o lançamento em desconformidade com a verdade material. A título ilustrativo, encarta tabela de DAES em que traz como exemplo o mês de dezembro de 2017, no qual, embora preposto do fisco tivesse lançado no demonstrativo na coluna ICMS recolhido o montante de R\$20.761,44, verifica-se que no citado período a empresa pagou R\$49.121,81. Adite-se que no mesmo período o preposto do fisco apontou e lançou como devido o montante de R\$4.830,29, bem inferior ao recolhido, mesmo somando com o montante de R\$20.761,44, considerado pelo auditor

fiscal. Ademais, a divergência apontada não só ocorreu no mês 12/2017, devendo o fisco refazer todos os meses considerando o real recolhimento efetuado com o código 1145.

Pede o refazimento do demonstrativo fiscal.

Como terceira linha defensiva, acusa a adoção errada de MVAs, elencando as mercadorias nesta situação e acusando as margens de agregação que entende corretas, a saber:

Para o produto “esponja”, NCM 68053090, em 2014 o fisco usou a MVA de 113,11%, quando o correto seria 67,31%, segundo o Anexo 1 do RICMS, item 25.13.

Para o produto “vinho”, NCM 22042911, em 2014 o fisco usou a MVA de 64,49%, quando o correto seria 36,37%. Já em 2016, para o mesmo vinho, NCM 22042911, o fisco usou 64,40%, quando a norma manda utilizar 36,37%.

Para o produto “escova dental”, NCM 960321, o fisco utilizou 54,89% em 2015, quando o correto era 49,08%. Já em 2017, para a mesma escova dental, NCM 960321, o fisco utilizou 60,30%, quando o correto era 50,84%.

Para o produto “água mineral 5 L”, NCM 22011000, o fisco usou 142,71% e a legislação define 122,29%.

E para o produto “LAMP FLC FLUOR COMPACTA 3U 15X127W”, NCM 85393100, em 2016, o mesmo sequer constava no rol dos produtos sujeitos a ST. Mesma situação para os NCMs 4818.40.10 e 4018.40.10.

Por fim, como pedido subsidiário, invoca ser a multa proposta, confiscatória, irrazoável e desproporcional. Escora-se em postulados da doutrina e decisões judiciais de Tribunais superiores. Como argumento adicional, lembra que envidou máximos esforços a fim de ofertar condições mínimas de trabalho para o fisco, ofertando-lhe todos os livros, notas fiscais e arquivos magnéticos que continham diversas informações, planilhas com as movimentações, entre outras, a fim de que os procedimentos tributários por ela adotados pudessem ser aferidos. Por outro lado, não agiu com dolo, fraude ou simulação.

Pede o cancelamento da penalidade ou, quando nada, a sua redução, sendo pertinente aplicar-se o art. 158 do RPAF-BA.

Solicita diligência ou perícia e nulidade ou improcedência do auto de infração.

De documentação nova em papel, apenas os instrumentos de representação legal (fls. 48/59), além de mídia eletrônica contendo arquivos (fl. 60).

Em suas informações fiscais (fls. 63/66), o autuante:

Pontua estar “sem discussão” (sic.) a tempestividade.

Menciona que a irregularidade se reveste de extrema clareza até porque o fato gerador é muito ocorrente e antigo e observa inexistir obstáculos nos demonstrativos.

Conforme documento de fl. 07, termo de início de fiscalização, nega ser a ação fiscal desconhecida.

Afirma que os arquivos “pdfs” apresentados são conversíveis em “excell”, mediante aplicativos disponíveis na Internet, alguns deles de *download* grátis.

Sobre a decadência parcial, sustenta haver entendimentos diversos sobre o começo da contagem, de modo que o Consef saberá julgar a questão.

Acerca das aquisições sob a CFOP 2403, entende que a maioria das ocorrências levantadas no demonstrativo fiscal decorreu da situação em que o Estado de origem não tem acordo interestadual de ST com a Bahia. Traz a lume o teor do art. 6º, XV do RICMS-BA.

Em função da desconsideração dos recolhimentos de imposto anteriormente efetuados, código de receita “1175” (sic.), discorda de que não foram computados, pois na 6ª coluna dos

demonstrativos, intitulada “DAE”, elencou-se pelo número original do documento de arrecadação, e na coluna “recolhimentos” estão citados todos os valores, “linha a linha de produto” (sic.). Houvesse de fato ausências e a empresa prontamente os teria apontado. Diz não entender a alegação de R\$49.000,00 pagos quando o total da planilha fiscal aponta R\$602.767,55, recolhidos pela empresa durante todo o período fiscalizado.

Em face dos pagamentos via GNRES, afirma que não trouxe o contribuinte guias com este título, pois se assim ocorresse os abatimentos seriam efetuados.

Sobre as MVAs consideradas corretas pela impugnante, acatou as razões defensivas, trazendo novos demonstrativos. Acrescenta ainda que o produto “escova dental” é da “lista negativa” e o produto “água mineral – NCM 22011000” apenas a embalagem de 500 ml estava correta.

Repulsa a necessidade de fazer diligência ou perícia.

Em face da revisão do valor para R\$237.449,56, pede que o lançamento seja julgado procedente em parte.

Apresentado demonstrativo, denominado pela fiscalização de “situação pós informação fiscal” (fls. 67/86, frente e verso) e mídia eletrônica (fl. 87), recebidos pelo representante da empresa (fls. 88/89).

Pronunciamento novo do contribuinte (fls. 93/103) com o seguinte teor:

Reiteração das preliminares de falta de termos e formato inadequado dos demonstrativos, agitadas anteriormente.

No mérito, reiteração de erro material da infração, postulando-se a exclusão das aquisições sob CFOP 2403, GNRES ignoradas, pagamentos não considerados sob o código 1145, apontando em tabela todos os recolhimentos feitos a este título, e adoção incorreta de MVAs.

Além de documentos já de conhecimento das partes, outro CD é apensado (fl. 114).

Réplica do autuante (fls. 117/118), de cunho ratificativo, ainda com os seguintes argumentos adicionais:

Existência de termo de início de fiscalização, conforme fl. 07 do PAF.

Impossibilidade de deixar os arquivos *pdfs* editáveis, haja vista a segurança da informação, mas que podem ser convertidos em aplicativos disponíveis na rede mundial de computadores.

As operações sob o CFOP 2403 não tiveram o ICMS-ST satisfeito corretamente. Daí a cobrança do saldo.

Todos os recolhimentos feitos pelo código de receita 1145 foram computados; o levantamento fiscal aponta itens que não apresentam um número de DAE informado no campo específico, de modo que a nota fiscal na qual se incluem não está expressamente citada em qualquer DAE.

Sobre a adoção incorreta das MVAs: para “esponjas”, a margem é de 113,11%, conforme subitem 24.62 do Anexo 1 do RICMS-BA; para “vinhos”, acatou-se 36,37% para todos eles, “em que pese a presença dos NCMs 2205 e 2206, assemelhados, nos quais aquele percentual originalmente usado (64,40%) nos parece o correto” (sic; fl. 117); para “escovas dentais”, acatou-se desde a informação fiscal, mas alguns casos escaparam da exclusão, refazendo-se o cálculo naquela oportunidade; para “águas minerais”, foi acatado e corrigido; para “lâmpadas elétricas”, NCM 8539, sustenta que estão no Anexo 1 no período alcançado – 2014 e 2016, de sorte a ser mantida a exigência; para “fraldas descartáveis”, NCMs 4018 e 4818, sustenta também estarem no Anexo 1 em todo o período fiscalizado, de forma que a cobrança foi mantida.

Refeito o demonstrativo original e a cobrança desce para R\$220.112,08.

Juntadas mídia eletrônica e planilhas em papel (fls. 119 e 120/138, frente e verso), recebidas pelo sujeito passivo (fl. 139).

Manifestação impugnatória se percebe nos autos (fls. 143/146), esclarecendo-se adicionalmente que:

Persiste o fisco em apresentar os arquivos apenas no formato *pdf* não editável, exigindo-se “imenso trabalho braçal de análise dos itens” (sic.).

**Não se fala mais a respeito da falta do termo de início de fiscalização.**

Sobre ter havido erro material da infração, explora de novo que ainda persistem divergências, a exemplo do amaciante e do vinho oriundo do Espírito Santo, cujas MVAs corretas são de 43,92% e 29,04%, respectivamente.

De documento novo, junta *compact disc* (fl. 195) e cópia de despacho de diligência desta 5ª JF exarado em outro processo (fl. 148), no qual se vê a solicitação para anexar naquele PAF arquivo em mídia digital editável (em *excell*).

Derradeira informação fiscal (fls. 198/199) arremata que:

Continua não vendo razão de ser na apresentação de arquivos editáveis.

Todos os recolhimentos via GNRES e sob a codificação de receita 1145 foram explicitados no demonstrativo.

Acerca do “amaciante”, vinculado ao NCM 3809.9190, ajusta a MVA para 43,92% até 31.01.2015. Cálculo refeito.

Acerca do vinho oriundo do estado capixaba, pondera que o valor do imposto “retido na nfe de entrada não bastou para quitar o ICMS-ST devido, mesmo ajustando este MVA” (sic.), de modo que o produto teve o montante recalculado.

**Passa o demonstrativo original por nova revisão e agora a exigência diminui para R\$218.505,86.**

Recebido o demonstrativo pela impugnante (fls. 202/203), desta vez esta prefere apresentar manifestação fiscal que praticamente repete a linha defensiva construída desde o início. Excepcione-se que agora, dentro do já rebatido ponto de erros materialmente cometidos, vem agora alegar que produtos sujeitos à tributação normal foram incluídos no levantamento fiscal, a exemplo da “batalha palha” e diversos “biscoitos de maisena”, estes últimos fora da antecipação tributária, aplicável apenas aos derivados da farinha de trigo; ademais, para quatro notas fiscais (59315 e 95097 [biscoitos], 420039 e 271736 [fraldas descartáveis]), aponta que o imposto antes retido não foi considerado.

Instrumentos de representação legal anexados (fls. 218/225).

Direcionado o processo para a minha relatoria.

Considero atendidos para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

**VOTO**

Mister apreciar, inicialmente, as questões antecedentes de mérito do processo.

Duas preliminares são levantadas pelo sujeito passivo: uma pela ausência da lavratura de “termos”, outra pela inadequação dos demonstrativos elaborados pela fiscalização.

Vamos apreciá-las separadamente.

Na primeira questão antecedente, alega-se que não houve o recebimento do termo de início de fiscalização, tampouco intimação para apresentar livros e documentos, na forma do art. 26 do RPAF-BA.

Solicita-se a nulidade do lançamento de ofício.

Verifica-se à fl. 07, termo de apresentação de livros e documentos fiscais, recebido pelo Sr. Kleber Santos, preposto da empresa, e, apesar de fora da sequência temporal, o ato anterior de intimação do fisco para apresentação dos citados elementos, assinado pelo Sr. Joadison S. dos Santos, igualmente preposto do contribuinte. (fl. 014).

Dúvidas não há, de que tinha a autuada plena ciência de estar sob ação fiscal. De tanto o preposto fiscal frisar este detalhe, não se vê mais esta alegação a partir do pronunciamento defensivo de fls. 143 a 146.

### **Preliminar recusada.**

A segunda questão antecedente de mérito, defende o cerceamento de defesa pelo fato dos trabalhos de quantificação feitos pelo fisco não estarem em arquivo *pdf* editável, circunstância que estaria a inviabilizar o exame das operações, ao redor das quais se fez a presente exigência.

Logo, estão os trabalhos referidos em dissintonia com o art. 8º, § 3º do RPAF-BA.

Em manifestação complementar, a empresa traz um despacho de solicitação de diligência desta 5ª JJF, atinente ao PAF 281.231.0004/19-0, em cujo conteúdo se vê que este Colegiado pede para a auditoria anexar arquivo em mídia digital editável.

Também por este veio, solicita-se a nulidade do lançamento de ofício.

Em rebatimento, o preposto fiscal contrapõe que, por segurança e fidedignidade aos dados-suporte da autuação, os arquivos devem constar no processo em formato não editável. Mas que existe aplicativos disponíveis na rede mundial de computadores, alguns deles de *download* grátis, pelo que arquivos não editáveis podem ser convertidos em arquivos editáveis, na mesma ou em outra ferramenta.

De fato, é possível que a partir da cópia da mídia eletrônica recebida pelo sujeito passivo, os arquivos não editáveis sejam transformados em arquivos editáveis. Mas não é este o principal fundamento a ser considerado. Pelas múltiplas argumentações expendidas pela impugnante, em seus diversos manifestos no processo, nota-se que teve ela plenas condições de analisar os dados que serviram de referencial para a autuação. Chegou-se até ao detalhe de conferir as MVAs e respectivos cálculos elaborados pelo fisco, opondo-se diversos equívocos ligados aos percentuais de margem, por produto, NCM e período de incidência.

**Por seu turno, o paradigma da diligência apontado à fl. 148 não se amolda ao caso ora em tela.** Naquele processo, não era possível examinar se a empresa conseguiu acessar os elementos fático-probatórios que deram suporte ao auto de infração. Aqui acontece exatamente o contrário: reforça-se que a defendente conseguiu examinar amiúde todos os dados que compuseram a infração, descendo-se aos detalhes da irregularidade; em diversos momentos, vários produtos com MVA equivocada foram detectados e recalculados, **na maioria das vezes contando com a aceitação da auditoria fiscal.**

### **Perdendo sentido o objeto da preliminar, é de se afastá-la de plano.**

Dito isto, é seguro afirmar que o Auto de Infração cumpre formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua lavratura, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, e a previsão normativa da multa proposta e a assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo sistema denominado SLCT.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo, acerca de ter havido anormalidades temporais ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo. Assim aconteceu com os demais pronunciamentos empresariais.

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

Indefere-se o pedido de diligência formulado à fl. 40, considerando que os elementos fático-probatórios já se encontram presentes no PAF, suficientes para se deslindar a presente celeuma.

Como prejudicial parcial de mérito, pretende-se o reconhecimento da decadência do direito do fisco exigir tributo no período que se inicia em janeiro de 2014 a julho de 2014, com fulcro no art. 150, § 4º do CTN, visto que tomou ciência da lavratura do lançamento em 09.7.2019. Isto porque, dentro do citado período cumpriu com as suas obrigações principais e acessórias, à vista dos extratos de recolhimentos e Livro de Apuração de ICMS, além de ter transmitido mensalmente as DMA's. Tais iniciativas – entrega das citadas declarações ao fisco - configurariam medida preparatória indispensável ao lançamento, a partir dali contando-se o prazo para contagem da decadência.

A fiscalização, por sua vez, preferiu dizer que há entendimentos diversos sobre este assunto, cabendo a este Conselho firmar um posicionamento.

Na sua essência, é esta a infração sob análise: recolhimento a menor de ICMS devido por antecipação total, incidente na entrada de mercadorias originadas de outras unidades federativas.

Segundo o entendimento da d. PGE, exarado no Incidente de Uniformização 2014147695-0, quando se deixa de declarar fatos tributáveis, o critério para a contagem da decadência é aquele previsto no art. 173, § 1º do CTN.

Veja-se o trecho correspondente naquela peça:

“(i) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento (**omissão de operação ou prestações de serviços tributáveis**), deve ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN...”

Aqui o caso é outro. A cobrança alude a pagamento a menor de imposto, não à sua ausência total de pagamento. Significa dizer, que desde a transmissão das guias de informações econômico-fiscais – as conhecidas DMAs – sabia a Fazenda Pública da Bahia, que o contribuinte lidava com operações sujeitas às situações descritas no Anexo 1 do RICMS-BA.

Inclusive recolhimentos pelo código de receita 1145, ingressaram no erário baiano. Controles fazendários já estavam alertas que valores pagos a título de tributação antecipada foram feitos pela impugnante. E nesta toada, seria a partir dali ou, mais precisamente, a partir da ocorrência do fato gerador que se deveria iniciar a contagem do prazo decadencial de cinco anos do direito de efetuar o lançamento de ofício.

Apesar disto, não merece provimento a ideia de que a transmissão eletrônica configuraria medida preparatória de lançamento, ponto inicial de contagem decadencial. Na verdade, medida preparatória de lançamento seria de iniciativa do fisco, tais como a efetivação de um termo de início de ação fiscal ou uma intimação para apresentação de elementos documentais, ambas no intuito de apurar possíveis focos de evasão.

O presente auto de infração afetou fatos geradores acontecidos a partir de janeiro de 2014. A sua formalização se deu em junho de 2019. Já a ciência do contribuinte, se deu em julho do mesmo ano.

Com base nestes marcos, pelo critério previsto no art. 150, § 4º do *Codex* Tributário, os meses de janeiro a junho de 2014 estariam “soterrados” pela decadência.

Esta relatoria, defende o entendimento de que o termo final da decadência não seria a ciência do contribuinte, pois o sujeito ativo sairia da sua inércia, no instante em que formaliza o crédito tributário. Neste sentido, faça-se remissão ao quanto nos posicionamos no voto em separado proferido no PAF Nº - 207090.0006/13-9, em face da empresa T&D BRASIL LTDA. Não obstante este ponto de vista, rendemo-nos ao entendimento uniforme deste Conselho, consubstanciado na Súmula 12.

**Assim, acolhemos o pleito de reconhecimento parcial da decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, de modo que devem ser afastados de qualquer condenação os fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2014.**

No mérito propriamente dito, foram três as alegações defensivas principais, a pretexto de cometimento de erros materiais: (i) aquisições sob o CFOP 2403 e pagamento através de GNREs; (ii) pagamentos não considerados pela receita 1145; (iii) e erro na adoção das MVAs.

Em relação ao primeiro, o autuante garantiu que os valores retidos estavam insuficientes. Sobre este aspecto, não indicou a autuada argumentação capaz de desmontar o que foi dito pelo fisco. À época da elaboração das demonstrações do débito, tais abatimentos já tinham sido efetuados, colhidos das guias nacionais de recolhimento estadual.

Em relação ao segundo, sucedeu algo bem parecido com o citado anteriormente. Os pagamentos efetivados sob a rubrica 1145, já haviam sido considerados quando da elaboração das memórias de débito. Noutras palavras, o que tinha de DAE recolhido sob este código de receita já fora computado pelo autuante. Também neste particular, deixou a impugnante de ser específica, não apontando em quais circunstâncias esta compensação deixou de ser atendida. Cumpre frisar, que nos demonstrativos fiscais consta uma coluna em que foram lançados os valores de imposto já pagos espontaneamente.

Em relação ao terceiro, houve acatamento quase que total das alegações e números apresentados pelo impugnante. Exceções feitas para esponjas (fl. 117) com MVA de 113,11% (e não 67,31%, como quer a empresa), conforme subitem 24.62 do Anexo 1, lâmpadas elétricas, NCM 8539, anos de 2014 e 2016, fraldas descartáveis, NCMs 4018 e 4818, período todo fiscalizado, e vinho oriundo do Espírito Santo, valor de imposto apenas pago parcialmente, situações mantidas nos levantamentos fiscais e com as quais concordamos.

Por outro lado, não pode prevalecer a última manifestação defensiva de fls. 208 a 217, peça em que se colhem novas questões agitadas, agora ligadas a “batata palha” e “biscoito de maisena”. Decorridos doze meses entre a ciência da autuação e aquele pronunciamento, após várias oportunidades para oferecer toda a sua linha argumentativa, preferiu o contribuinte apresentá-la parceladamente, exigindo sempre pronunciamento por parte da fiscalização. Nesta situação de ponto e contraponto por tempo indeterminado, ficaria o caso concreto numa espécie de *looping* processual, sem encontrar uma definição no campo administrativo, sem apreciação por parte dos órgãos julgadores deste Conselho.

Relembre-se que o instituto da preclusão é admissível no processo administrativo tributário, apesar da busca pela verdade material ser também um princípio relevante. Ambos os mecanismos precisam ser analisados à luz da celeridade e da economia processuais, fazendo-os prevalecer de acordo com o que se verifica em cada situação de *per si*.

Na situação que ora se descortina, há de se dar espaço para a aplicação preclusiva prevista no art. 123, § 1º do RPAF-BA, merecedor de transcrição neste voto:

*Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.*

(...)

*§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.*

Para todos estes argumentos defensivos, cabe registrar, que por inúmeras vezes, fisco e contribuinte tiveram a oportunidade de debater os valores originalmente lançados. Ajustes foram efetivados de lado a lado, aquiescências recíprocas também. Admitiu a fiscalização que alguns produtos, MVAs e períodos, estavam registrados e calculados incorretamente, salvo as ressalvas já consignadas neste voto.

**Tanto assim é que a cobrança original de R\$255.734,97, caiu para R\$218.505,86.**

Logo, o último demonstrativo analítico de débito, trazido no CD de fl. 201, verso, combinado com a aplicação parcial da decadência, faz apontar os seguintes valores remanescentes:

<b>Mês Competência</b>	<b>ICMS devido</b>
Julho 2014	3.759,66
Agosto 2014	3.321,20
Setembro 2014	2.886,93
Outubro 2014	10.938,54
Novembro 2014	21.119,23
Dezembro 2014	2.696,85
Janeiro 2015	2.421,01
Fevereiro 2015	5.664,38
Março 2015	2.104,24
Abril 2015	2.605,40
Mai 2015	5.620,32
Junho 2015	6.979,72
Julho 2015	2.764,83
Agosto 2015	4.307,08
Setembro 2015	136,73
Outubro 2015	21.669,56
Novembro 2015	2.843,58
Dezembro 2015	2.453,60
Janeiro 2016	6.072,99
Fevereiro 2016	1.511,86
Março 2016	4.312,53
Abril 2016	3.275,96
Mai 2016	7.573,07
Junho 2016	637,30
Julho 2016	1.161,33
Agosto 2016	2.416,46
Setembro 2016	352,02
Dezembro 2016	2.153,04
Janeiro 2017	2.032,99
Fevereiro 2017	1.240,68
Março 2017	2.226,61
Abril 2017	452,29
Mai 2017	5.616,47
Junho 2	938,64
Julho 2017	7.669,39
Agosto 2017	4.327,75
Setembro 2017	4.969,83
Novembro 2017	5.417,63
Dezembro 2017	4.363,33
<b>Total</b>	<b>173.015,03</b>

Por fim, resta analisar o pedido subsidiário de cancelamento ou diminuição da multa de 60%, por ser ela desproporcional, irrazoável e confiscatória.

Em realidade, falece competência a este Colegiado examinar se o dispositivo de lei estadual está de acordo ou não com a Constituição Federal em vigor, ao fixar percentual que acabe por traduzir confisco, ou se mostre desproporcional ou fora da razoabilidade, mesmo havendo tese acolhida no âmbito do STF. Há vedação expressa no art. 167, I do RPAF-BA.

Sanções mantidas nos percentuais de 60% proposto, conforme prescreve o art. 42, II, “d” da Lei

7014/96.

Isto posto, deve o auto de infração ser considerado PROCEDENTE EM PARTE, no montante de R\$173.015,03, na forma do demonstrativo mensal apostado anteriormente.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.0010/19-6**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$173.015,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e demais consectários legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR