

**A. I. Nº** - 294888.0010/19-6  
**AUTUADA** - COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.  
**AUTUANTE** - ROMY SANTOS SILVA  
**ORIGEM** - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 30.11.2021

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0149-05/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO. Objeções generalizantes não conseguem elidir a postulação fiscal. Irregularidade procedente. b) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS JÁ SUJEITAS A ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. Objeções generalizantes não conseguem elidir a postulação fiscal. Irregularidade procedente. c) glosa por conta de lançamentos em duplicidade na escrita. Objeções generalizantes não conseguem elidir a postulação fiscal. Irregularidade procedente. d) glosa em face de mercadorias com saídas posteriores isentas. Objeções generalizantes não conseguem elidir a postulação fiscal. Irregularidade procedente. e) glosa em virtude de repercussões na obrigação principal. Objeções generalizantes não conseguem elidir a postulação fiscal. Irregularidade procedente. f) glosa por conta de valores aproveitados em montante superior ao destacado no documento fiscal. Objeções generalizantes não conseguem elidir a postulação fiscal. Irregularidade procedente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA EM AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. Objeções generalizantes não conseguem elidir a postulação fiscal. Irregularidade procedente. b) OPERAÇÕES INTERESTADUAIS SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Objeções generalizantes não conseguem elidir a postulação fiscal. Irregularidade procedente. 3. PAGAMENTO A MENOR. a) DESENCONTROS ENTRE O ESCRITURADO E O RECOLHIDO. Objeções generalizantes não conseguem elidir a postulação fiscal. Irregularidade procedente. b) APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Objeções generalizantes não conseguem elidir a postulação fiscal. Irregularidade procedente. c) OPERAÇÕES INTERESTADUAIS SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Objeções generalizantes não conseguem elidir a postulação fiscal. Irregularidade procedente. 4. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. a) FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTOS FISCAIS DE ENTRADA. Alegações incabíveis neste foro de decisão. Irregularidade procedente. b) DECLARAÇÕES INCORRETAS EM INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS TRANSMITIDAS PARA O FISCO. Alegações incabíveis neste foro de decisão. Irregularidade procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO.

Vale de começo salientar, 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, adaptado inclusive para as sessões virtuais de julgamento.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 17/09/2019, tem o total histórico de R\$151.517,96, afora acréscimos, com fatos geradores referentes aos meses indicados no corpo do lançamento.

Apresenta as seguintes descrições:

Infração 01 – 01.02.02 – Uso indevido de créditos fiscais alusivos a aquisições de mercadorias para uso e consumo.

Infração 02 – 01.02.05 – Uso indevido de créditos fiscais referentes a mercadorias submetidas à antecipação tributária total.

Infração 03 – 01.02.20 - Uso indevido de créditos fiscais atinentes a lançamento em duplicidade na escrita de documentos fiscais.

Infração 04 – 01.02.26 – Uso indevido de créditos fiscais alusivos a mercadorias com saídas posteriores isentas.

Infração 05 – 01.02.28 – Uso indevido de créditos fiscais com repercussão na obrigação principal.

Infração 06 – 01.02.40 – Uso indevido de créditos fiscais em valor superior ao destacado em documentos fiscais.

Infração 07 – 03.01.01 – Recolheu a menor ICMS em face de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na sua apuração.

Infração 08 – 03.01.01 – Recolheu a menor ICMS em face da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Infração 09 – 07.01.01 – Falta de pagamento de ICMS por antecipação tributária em aquisições interestaduais.

Infração 10 – 07.15.01 – Deixou de pagar ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias destinadas a comercialização.

Infração 11 – 07.15.02 – Pagamento a menor de ICMS, devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias destinadas a comercialização.

Infração 12 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento em mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Infração 13 – 16.05.11 – Multa em face da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas nas DMAS, em face de divergências entre os valores ali contidos e os registros de Entradas e Saídas.

Cifras apontadas e enquadramento legal feito para cada irregularidade, conforme acusado respectivamente no corpo do auto de infração.

Juntados, entre outros documentos: intimação do contribuinte para apresentação de livros e documentos; resumo fiscal completo; relação de DAES – 2017 e 2018; para a infração 01, planilha sintética e analítica do crédito indevido; para a infração 02, planilha sintética e analítica do crédito indevido; para a infração 03, planilha sintética e analítica do crédito indevido; para a infração 04, planilha sintética e analítica do crédito indevido; DANFES; para a infração 06, planilha sintética e analítica do crédito indevido; para a infração 07, planilha da auditoria da conta-corrente do ICMS; registros de apuração do ICMS; para a infração 08, planilha sintética e analítica dos débitos a menor das operações feitas pelo ECF; para a infração 09, planilha sintética e analítica da falta de antecipação; para a infração 10, planilha sintética e analítica do

recolhimento a menor da antecipação parcial; para a infração 11, planilha sintética e analítica da falta de recolhimento da antecipação parcial; para a infração 12, planilha sintética e analítica das notas fiscais não lançadas na escrita fiscal e registros de entradas; CD contendo os levantamentos fiscais apensados ao auto de infração.

Ficando ciente em 23.9.2019, oferece-se defesa (fls. 289/301) em 11.11.2019, conforme registro presente nos autos, com o *nomen juris* de recurso voluntário. Nela o contribuinte:

Aponta a não observância dos requisitos exigidos para a lavratura do auto de infração, designadamente ter havido arbitramento da base de cálculo, visto que não foram apontados pelo autuante os parâmetros para a sua quantificação.

Indica a não observância da não-cumulatividade, nomeadamente porque, na cobrança da antecipação parcial, deixou-se de deduzir os valores destacados nos documentos fiscais.

Menciona a não observância da seletividade, especialmente porquanto não foi considerada a alíquota aplicável para produtos da *cesta básica*, ou seja, 7%.

Complementarmente, aponta que as multas aplicadas são confiscatórias e ofendem o princípio da proporcionalidade, transcrevendo decisões judiciais, inclusive do STF.

Relembra que o oferecimento da impugnação implica na suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Informações fiscais reiterativas (fl. 304), aduzindo apenas que as alegações formuladas nada têm a ver com o presente processo.

Diligência deste Colegiado reabrindo prazo de defesa em face da contestação genérica (fls. 309/310). Não obstante esta medida, contribuinte permaneceu inerte e silente, conforme Termo de Intimação e Aviso de Recebimento emitido pela ECT (fls. 314/315).

Veja-se o seu teor:

*Dada a generalidade, imprecisão e subjetividade da impugnação formulada pela empresa, contendo alegações que nada têm a ver com o presente processo, como admitido, aliás, pelo próprio fisco em suas informações, decidiu esta 5ª JF, por unanimidade, converter o PAF em diligência para a unidade fazendária de origem, em atenção ao contraditório, à ampla defesa e à verdade material e para prevenir retrocessos processuais posteriores, no intuito de:*

1. Reabrir o prazo de defesa de sessenta (60) dias e intimar o sujeito passivo para apresentar contestação específica acerca de cada uma das treze infrações formalizadas neste processo.
2. Em seguida dar vistas ao autuante para apresentar novo informativo fiscal.

Sorteado o PAF para esta Junta, fui incumbido de apreciá-lo.

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

## VOTO

Mister apreciar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

O Auto de Infração em lide, cumpre formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua formalização, 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, a previsão normativa da multa proposta e a assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo sistema denominado SLCT.

A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, antes do último dia do prazo, não se identificando aqui anormalidades temporais.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Apesar do lançamento envolver treze infrações, podem ser elas examinadas de uma só vez, visto que a linha de contestação atingiu a todas indistintamente.

Assim, a apreciação se dará à luz dos aspectos defensivos trilhados pela autuada, em seu petitório de fls. 289 a 301.

Consigne-se inicialmente, ter a empresa denominado sua peça processual de recurso voluntário, supostamente interposto em face de uma “decisão de primeira instância” (sic.), embora tivesse feito à fl. 290, a alusão correta ao número do presente auto de infração.

Pelo princípio da instrumentalidade das formas, que no dizer de Feijó Coimbra “determina contenham os atos administrativos apenas o indispensável à sua finalidade, sempre que a própria lei não prescreva de outra forma” (In A Defesa do Contribuinte, Ed. Destaque, 1999, p. 39), é de se examinar seu conteúdo como se impugnação fosse.

Embora não expressamente assentado em preliminar de nulidade – mas citando o art. 18 do RPAF-BA, sustenta-se que ocorreu na cobrança um arbitramento da base de cálculo, com metodologia desconhecida, implicando em cerceamento do direito de defesa.

Em verdade, em nenhuma das irregularidades levantadas se percebe a adoção da técnica de arbitramento da base impositiva. A cobrança está lastreada em documentos e demonstrativos produzidos pela auditoria, os quais não contaram com a devida resistência empresarial.

Dando-se neste particular o tratamento de pedido de nulidade da exigência, afasta-se a preliminar.

Em segundo lugar, sob o prisma da não cumulatividade, referenciando o art. 155, § 2º da CF/88, argumenta o sujeito passivo que houve burla ao mecanismo citado por parte da fiscalização, na medida em que não foram considerados os descontos dos créditos havidos nas operações tributadas, “pois cobra no caso de antecipação parcial, quando da compra de mercadorias em outro estado a alíquota total, e não a subtraída da alíquota já paga no estado de origem” (sic.).

Em verdade, é sabido, dentro do regime de antecipação parcial, para mercadorias adquiridas com fins de revenda em outros Estados, cobra-se nas entradas interestaduais a diferença entre o imposto correspondente à alíquota interna e o imposto correspondente à alíquota interestadual, grosso modo, podendo o adquirente creditar-se deste valor quando das saídas subsequentes.

A falta de pagamento ou o pagamento a menor desta antecipação foram inclusive objeto de autuação nas infrações 10 e 11.

Não há demonstração empresarial de que eventuais recolhimentos a este título foram desconsiderados pela auditoria. Existe apenas uma genérica menção de que a não cumulatividade foi inobservada na postulação fiscal.

Considerado insubsistente tal argumento defensivo.

Em terceiro lugar, argui-se que houve desacato à seletividade, visto que a fiscalização ignorou a carga tributária correta para produtos da cesta básica, à razão da alíquota de 7%.

Todavia, inexistente referência detalhada da defendente identificando em quais situações este equívoco ocorreu, sem apontar quais partes dos levantamentos eivam desta inconsistência, impossibilitando até que caso algo anormal tenha ocorrido, fosse oportunizada a retificação.

A alegação também não passa de objeção generalizante, sem contraprovas (ou pelo menos indicação objetiva delas), de que tais anomalias efetivamente ocorreram.

Aliás, verifica-se de modo amostral nos demonstrativos de fls. 82 a 137, apontadores dos erros nas cargas tributárias adotadas pelo sujeito passivo, que os produtos ali arrolados não integram a cesta básica, com alíquota minorada.

Argumento defensivo rejeitado.

Subsidiariamente, termina o contribuinte com a sua irresignação, no propósito de acometer as multas de desproporcionais e indutoras de confisco, ante o percentual proposto, contrariando entendimento do STF e tribunais de instâncias inferiores.

À vista do estatuído no art. 167, I do RPAF-BA, falece competência para este Colegiado examinar a inconstitucionalidade de dispositivos legais *stricto sensu* em vigor no Estado da Bahia.

A penalidade proposta tem previsão no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96, de sorte que tem esteio na lei, e não pode ser aqui desconfigurada, em razão de supostas desconformidades constitucionais.

No contexto da peça defensiva, o que se viu no inconformismo retratado pelo estabelecimento autuado, foi a arguição indeterminada de supostas violações perpetradas pelo trabalho fiscal, com imaginadas inobservâncias a princípios constitucionais tributários, sem apresentação de elementos instrutórios que pudessem afrontar os quantitativos produzidos pela fiscalização.

Tal estratégia, faz a atitude defensiva desembocar no comando do art. 143 do regulamento baiano do processo administrativo tributário (Dec. 7.629/99), a saber:

***Art. 143.** A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Por outro lado, a postulação estatal se fez acompanhar de planilhas, informações e documentos fiscais que deram lastro ao lançamento de ofício, extraídos das bases de dados fazendárias (guias de pagamento), das declarações praticadas por sujeitos passivos (DANFES), cujos dados foram condensados nos demonstrativos elaborados pelo fisco, conforme apontados no relatório que antecede o presente voto.

Isto posto, à vista da ausência de contestação específica, há de ser julgado PROCEDENTE o auto de infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **294888.0010/19-6**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.**, devendo ser intimada a autuada, para efetuar o pagamento o imposto no valor de **R\$133.769,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, “b”, “d” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando **R\$17.748,85**, previstas nos incisos IX e XVIII, “c” do mesmo dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR