

PROCESSO - A. I. Nº 299333.0002/18-8
RECORRENTE - COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS PEREIRA EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0029-03/19
ORIGEM - DAT SUL / INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA (SUDOESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0017-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Ficou comprovado que houve utilização do crédito destacado nas Notas Fiscais, de aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento, sem observar a legislação. Infração procedente. **b)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. É vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada de mercadorias e serviços tomados, quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria não for tributada ou for isenta do imposto. Infração subsistente. **c)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Infração subsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada, de acordo com o levantamento fiscal. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Decretada, de ofício, o feito em diligência para ajuste dos demonstrativos à margem de tolerância a perdas, roubos ou extravios da Portaria nº 445/1998, após a edição das Portarias nºs 159/2019 e 001/2020). Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%,

calculada sobre o valor comercial das mercadorias que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade e decadência. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Decretada, de ofício, a redução da infração 5. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário (fls. 653 a 671) interposto em face do Acórdão em epígrafe, da lavra da 3^a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que concluiu pela Procedência da autuação, à unanimidade.

O Auto de Infração foi lavrado em 26/06/2018 e notificado ao Autuado em 29/06/2018, contemplando oito itens de acusação (as “Infrações”) enunciadas da seguinte forma, tendo em mira períodos de apuração salteados ao longo dos exercícios fiscais de 2013 a 2016:

Infração 01 – 01.02.01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de julho de 2014. Valor do débito: R\$368,44. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.02.03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$6.158,21. Multa de 60%.

Infração 03 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$6.814,72. Multa de 60%.

Infração 04 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de julho de 2013 a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$58.588,97. Multa de 60%.

Infração 05 – 04.05.01: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2014 e 2015). Valor do débito: R\$69.577,00. Multa de 100%.

Infração 06 – 01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a novembro de 2014. Valor do débito: R\$3.557,76. Multa de 60%.

Infração 07 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, março a agosto e dezembro de 2013; janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$2.444,85.

Infração 08 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de julho de 2013 a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$10.094,97.

Em sessão de 19/02/2019 a 3^a JJF manteve o Auto de Infração consoante fundamentação a seguir transcrita, e acatada à unanimidade:

VOTO

O defendente alegou a existência de insegurança jurídica no presente lançamento, afirmando que o órgão responsável por constituir em definitivo o crédito, o Conselho Estadual de Fazenda, orienta os fiscais e os contribuintes com suas decisões, de forma que, exarar acórdãos contrariamente a autos de infração como este, e a fiscalização atuar em sentido diametralmente oposto, prejudica as empresas no que concerne ao direito de defesa e de contraditório.

Constatou que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração 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 os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção. No presente processo não houve necessidade de realizar diligências saneadoras, considerando que os elementos constantes nos autos são suficientes para análise e conclusões acerca da lide, ficando indeferido o pedido formulado pelo autuado em sua impugnação.

Sobre a metodologia aplicada na apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, os demonstrativos do autuante são compreensíveis, indicam os dados relativos aos documentos fiscais objeto da autuação e os valores exigidos. O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo defensor, constato que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à decadência, o defensor afirmou que no lançamento por homologação, segundo prevê o art. 150 do CTN, o contribuinte ou responsável tributário realiza todos os procedimentos previstos no art. 142, além do pagamento antecipado, sem o prévio exame do fisco. Existindo pagamento, como existe no presente caso, o § 4º do art. 150 do CTN estabelece regra de contagem de tempo extintivo para a homologação, estatuindo que, se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

A preliminar de decadência foi suscitada pelo defensor, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em 26/06/2018 para exigir imposto referente fatos ocorridos a partir de janeiro de 2013, fundamentando sua alegação no § 4º do art. 150 do CTN.

O entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se às conclusões a seguir:

Débito tributário declarado e pago: Há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN.

Débito declarado com efetivação do pagamento, porém com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: A autoridade, mediante a coleta de provas idôneas apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo de decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I.

Débito não declarado e não pago: Aplicação também direta das disposições do art. 173, I, do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.

A conclusão é de que se conta o prazo decadencial com fundamento no art. 173, inciso I do CTN quando o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, ou seja, omite informações quanto à realização de operação ou prestação tributável.

Como as infrações 01 a 04 e 06 tratam de imposto lançado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS, e o consequente recolhimento efetuado a menos, neste caso, ensejaria a aplicação da decadência com base no § 4º, do art. 150, do CTN, relativamente aos meses de janeiro a maio de 2013, e a consequente extinção dos créditos tributários lançados no presente Auto de Infração, considerando a sua data de lavratura em 26/06/2018.

Entretanto, nos mencionados itens do Auto de Infração não consta apuração de débito nos meses de janeiro a maio de 2013, por isso, fica prejudicada a aplicação da decadência requerida pelo defensor.

Quanto às demais infrações (05, 07 e 08), considerando que no presente PAF houve levantamento fiscal apurando-se imposto não declarado e não pago e entradas de mercadorias não registradas, implica dizer que não há pagamento a ser homologado, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

Neste caso, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2013 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2018. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 26/06/2018, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa quanto às infrações 05, 07 e 08.

No mérito, a infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de julho de 2014, conforme demonstrativo às fls. 13/14 do PAF.

O defensor alegou que o crédito deve ser lançado na sua integralidade no livro CIAP, com a apropriação de 1/48 mês a mês no livro RAICMS, a partir das respectivas entradas, que no presente caso, ocorreram no mês de julho de 2014 (anexo 1 do auto de infração).

Informou que apesar do fato de os valores terem sido lançados na íntegra na sua apuração, quando das entradas dos bens (julho de 2014; equivocadamente e sem má-fé), a fiscalização deveria ter observado que, quando da lavratura do auto, em junho de 2018, já havia transcorrido o prazo de 48 meses previstos na legislação para a total e completa utilização do direito de se creditar da entrada do bem do ativo permanente, do que não há mais que se falar em utilização indevida de crédito.

O autuante disse que o próprio contribuinte admite ter cometido a irregularidade ao afirmar que os valores foram lançados na sua apuração quando das entradas dos bens, de forma equivocada e sem má fé, mas desconhece que a atividade do autuante é vinculada à legislação.

Não acato a alegação defensiva, considerando que em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, inclusive, quanto aos limites ou condições para utilização de créditos fiscais. Neste caso, a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês em que se verificar o direito à utilização do crédito, inexistindo previsão legal previsão para utilização do crédito fiscal antes do próprio mês em que se verificou o referido direito à sua utilização.

Quanto ao crédito fiscal de ICMS, decorrente de entradas de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente e respectivos serviços de transporte, o valor mensal a ser apropriado deve ser calculado com base na proporção das operações e prestações tributadas sobre o total das operações de saídas e prestações de serviço efetuadas no mesmo período, nos termos do § 6º do art. 29 da Lei nº 7.014/96.

Não se trata de simples cumprimento de obrigação acessória, haja vista que, em se tratando de fruição ou reconhecimento de crédito fiscal que depende de condição (inclusive quanto à proporcionalidade das operações tributadas), não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido. A simples escrituração do crédito fiscal que a empresa não tinha direito configura utilização indevida, mesmo que possua direito à restituição de algum indébito. Na situação presente, ficou comprovado que a empresa apropriou na sua conta corrente fiscal, créditos de ICMS não permitidos pela legislação do imposto, concluindo-se pela subsistência da exigência fiscal.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Demonstrativo às fls. 16/28 do PAF.

O autuado alegou que não foi observado o fato de que, durante todo o exercício fiscalizado, os saldos na escrita fiscal eram mais do que suficientes para acobertar os montantes cobrados. Disse que não existiu repercussão econômica decorrente da utilização do crédito supostamente indevido, por isso, a acusação deve ser julgada improcedente. Requer a realização de diligência, com o fim de provar a veracidade do que sustentou.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que se trata de comprovação que deveria ser apresentada pelo defensor para comprovar seus argumentos, nos termos do art. 123 do RPAF/BA, não cabendo ao órgão julgador promover a busca de provas cuja obrigação de juntar aos autos é do Contribuinte.

Vale salientar, que ao tratar da vedação à utilização de créditos fiscais, o RICMS/BA/2012, no art. 310, inciso I, alínea “a”, prevê que é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à aquisição ou a entrada de mercadorias e serviços tomados para integração, consumo ou emprego na comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria ou do produto resultante ou quando a prestação subsequente do serviço não forem tributadas ou forem isentas do imposto. Portanto, está comprovada a irregularidade apurada por meio do levantamento fiscal. Infração subsistente.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Demonstrativo às fls. 30/57 do PAF.

O impugnante afirmou ser possível notar que em 2014 e 2015 as mercadorias não estavam contempladas no anexo 1 do RICMS-BA/2012, que contém os itens sujeitos à substituição tributária, a exemplo de espelho, macarrão, iogurte, costela, biscoito Waffer, chocolate granulado, amendoim torrado, pó de sorvete, alcatra, bacon tablete, picanha, ovo de páscoa, filé de peito, ovo de frango, massa fresca capeletti e ravioli, escova dental, lanchinho, amendoim Dori, trigo para kibe, pomada Hipogloss, chocolate cremoso, petit suisse etc.

Requer a realização de diligência, com o fim de provar a veracidade do que sustentou, e disse que o presente

lançamento viola o princípio constitucional da não cumulatividade. Entretanto, a referida diligência foi indeferida, por se tratar de comprovação que deveria ser acostada aos autos pelo deficiente.

Afirmou que, mais uma vez, não foi observado o fato de que, durante todo os citados exercícios sociais (2014/2015), os saldos na escrita fiscal eram mais do que suficientes para acobertar os montantes ora cobrados, e que não existiu repercussão econômica decorrente da utilização do crédito supostamente indevido e por isso a acusação deve ser julgada improcedente

O autuante informou que o demonstrativo foi amplamente discutido e analisado com os prepostos da empresa. Disse que o contribuinte não anexa qualquer demonstrativo com itens e valores que possam ser analisados, apenas nomes de produtos que julga não pertencerem ao rol de produtos sujeitos a ST.

Indicou os grupos descritos pelo contribuinte e a referência dos mesmos no anexo 01 do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/12, estando comprovado que se trata de requisitos estabelecidos na legislação. Disse que não houve mudança de tributação para os grupos considerados nos anos de 2014 e 2015.

Não acato as alegações defensivas, haja vista que o levantamento fiscal foi efetuado com produtos como macarrão, biscoito, sorvetes iogurte, etc. e como destacou o autuante, todos os produtos objeto da autuação já se encontravam na substituição tributária no período fiscalizado, inexistindo necessidade de realizar diligência para a comprovação pretendida, como entendeu o deficiente.

Conforme estabelece o art. 290 do RICMS-BA/12, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Concluo pela subsistência desta infração, considerando que é vedado pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária.

Infração 04: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de julho de 2013 a dezembro de 2015. Demonstrativo às fls. 59/108 do PAF.

O deficiente alegou não ser possível compreender de que forma a fiscalização calculou o valor supostamente devido. Na primeira linha do demonstrativo constante do anexo 4 do auto de infração, por exemplo, consta que o valor de R\$14,59 é resultante da multiplicação de 0,00 por 17 ($L = I \times K$), o que inviabiliza qualquer direito de defesa ou contraditório. O valor de R\$85,80 está nas colunas E, G e J, não sendo possível compreender de onde surgiu a inusitada quantia de R\$14,59.

Disse que o mesmo acontece em referência aos demais itens do demonstrativo. Entende que a imputação deve ser declarada nula de pleno direito, por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como por não ser possível determinar o montante da base de cálculo e a natureza da infração alegada.

Afirmou que não sendo possível ingressar no mérito dos fatos, se abstém de tecer maiores considerações acerca do injustificado lançamento. Entretanto, disse que providenciou uma auditoria interna e chegou à conclusão de que as alíquotas de todas as operações fiscalizadas, utilizadas nos equipamentos de emissão de cupons fiscais, estavam em conformidade com a legislação em vigor quando das ocorrências. Ou seja, ficou demonstrado que o deficiente entendeu a acusação fiscal e os cálculos realizados no levantamento fiscal.

O autuante informou que o autuado atribuiu carga tributária igual a zero na saída de diversos produtos que são tributados normalmente, salientando que na defesa, em nenhum momento, ele contesta a infração, procura criar uma celeuma sobre algo extremamente simples, principalmente aos que lidam diariamente com o cálculo do imposto. Disse que no demonstrativo extremamente detalhado, o imposto devido é obtido da aplicação da alíquota pela base de cálculo. Na página 590 o contribuinte alega não saber que o valor de R\$ 14,59 seria fruto da aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo de R\$ 85,80, tentando passar uma suposta ingenuidade ao não saber de onde vem o cálculo.

Observo que no demonstrativo elaborado pelo autuante os cálculos são compreensíveis, encontrando-se colunas referentes ao valor do item, base de cálculo do ICMS, valor do ICMS informado pelo contribuinte, carga tributária, valor do ICMS calculado pela auditoria, constando a informação de que a fonte dos dados é a Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Em cada demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 59 a 108 dos autos, tem assinatura de representante do autuado, comprovando que recebeu uma via do levantamento fiscal. Ou seja, não foi constatado o cerceamento de defesa e ao contraditório alegado nas razões de defesa, haja vista que o deficiente tomou conhecimento do levantamento fiscal, a base de cálculo do imposto exigido, apurado de acordo com a escrituração efetuada pelo próprio contribuinte em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, conforme as cópias acostadas aos autos.

Como foi constatado que não foi apurado na EFD o imposto devido, e o deficiente não apresentou qualquer

documento para contrapor os demonstrativos do autuante, nem comprovou o recolhimento do débito, acato os valores apurados mediante o levantamento fiscal, e concluiu pela procedência desta infração.

Infração 05: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2014 e 2015). Demonstrativo às fls. 111/451 do PAF.

O defendente afirmou que a totalidade dos bens que a empresa comercializa ingressa agrupada em sacos, pacotes ou similares e sai a retalho (em unidades). A título ilustrativo, citou as mercadorias mucilon, pirulito, quebra queijo, bombom, sardinha, sabonete, refresco, chiclete, shampoo, condicionador, bebida, bala, vela, leite de coco, milho verde, extratos etc. Disse que a fiscalização não observou a norma do inciso III do art. 3º da referida Portaria, na medida em que não fez o agrupamento correto de cada item a reunir em um mesmo item de mercadorias afins.

Em relação à entrada de mercadorias em sacos, pacotes, caixas e similares, saindo em unidades, nada impede a empresa de proceder dessa forma (comprar vários itens em separado e revender como um único item, ou vice-versa), mas, para tanto, precisa observar a legislação quanto à emissão das respectivas notas fiscais quando da agregação ou desagregação de cada item, a fim de não gerar inconsistências nos estoques, e esta comprovação não foi carreada aos autos.

O autuado também alegou que em relação a algumas mercadorias, embora rotuladas via códigos distintos, mostram-se extremamente assemelhadas, a ponto de confundir o operador da máquina de venda, o que, de acordo com os princípios da verdade material, razoabilidade e proporcionalidade, reclamam a correta aplicação do inciso III do art. 3º da Portaria 445/98. Para ilustrar, destacou as mercadorias marmelada, azeitona, paliteiro, quebra queijo, bombom, sardinha, sabonete, refresco, chiclete, shampoo, condicionador, bebida, bala etc.

Entendeu que os cálculos não estão revestidos da higidez reclamada no art. 1º da Portaria 445/98, e que não é possível que em um levantamento quantitativo de estoques, principalmente naquele em que se diz terem sido constatadas omissões de saídas, sejam olvidadas as perdas, natural e corriqueiramente verificadas no ramo de atividade econômica do impugnante: vendas em varejo.

O autuado apresentou o entendimento de que a redação do inciso III, do art 3º, da Portaria 445/98, é muito clara para os casos em que não se possa caracterizar/individualizar os produtos vendidos, em nada tendo relação com os produtos selecionados para o levantamento quantitativo de estoque desta autuação.

Disse que o defendente gostaria de ver agrupados itens como sardinha, bebidas, leite de coco, shampoo, condicionador e etc, quando tais produtos são plenamente identificáveis pelo seu respectivo código, bem como pelo código de barras, e é exatamente por este que os produtos são identificados pelo caixa do supermercado quando da passagem pelo mesmo.

Também não concordou com as alegações defensivas quanto às perdas e esclareceu que em relação às omissões fracionadas, trata-se daqueles produtos vendidos por peso, tais como apresuntado, presunto, queijo, cujas unidades de vendas são adotas pelo próprio contribuinte.

Observo que, na realização de levantamento quantitativo de estoques são conferidas as quantidades de entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento em determinado período ou exercício, tendo como referências o estoque inicial e o estoque final constantes do inventário, sendo cumprido o roteiro de uma auditoria de fiscal, que pode ser realizada através de contagem física ou físico-documental, podendo ser aplicado a qualquer estabelecimento atacadista ou varejista.

No levantamento fiscal consta o esclarecimento de que foi utilizada unidade de medida informada no inventário e a fonte dos dados foi a Escrituração Fiscal Digital – EFD. Neste caso, se todos os itens deram entrada e saída no estabelecimento com a descrição e códigos completos, distinguindo-se uns dos outros, existindo diferenças na descrição das mercadorias e os respectivos códigos também são diferentes, entendo que assiste razão ao autuante, haja vista que de acordo com a descrição e códigos correspondentes, as mercadorias não são as mesmas, distinguindo-se umas das outras, inexistindo a necessidade de se fazer o agrupamento de mercadorias, como entendeu o defendente.

Por outro lado, se o contribuinte utilizou mais de um código para a mesma mercadoria, não observou o que a legislação determina. Como os elementos constitutivos do débito apurado foram levantados através dos dados constantes dos Arquivos referentes à EFD (Escrituração Fiscal Digital) e Notas Fiscais, o defendente precisaria adotar todas as providências no sentido de corrigir possíveis erros na EFD, antes da ação fiscal, criando as condições para que a fiscalização fosse realizada sem os mencionados equívocos de escrituração, se existiram.

Vale salientar, que é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal digital e a sua remessa ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais. No caso em exame, os elementos apresentados são insuficientes para comprovar as alegações defensivas.

Em relação às perdas, mercadorias que forem sinistradas, deterioradas ou que forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio, quer tenha a ocorrência sido verificada no trânsito, quer no próprio estabelecimento, o Contribuinte deve emitir nota fiscal para baixa no estoque e estorno do crédito fiscal relativo à entrada ou aquisição das mercadorias, ou para desincorporação do bem, conforme o caso.

Vale salientar, que constitui obrigação do contribuinte, estornar ou anular o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio, inclusive no caso de tais ocorrências com os produtos resultantes da industrialização, produção, extração ou geração. Se não foi comprovada a perda, na forma estabelecida na legislação, não há como incluir os dados no levantamento fiscal.

Concluo que a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão da documentação fiscal exigível (conforme art. 4º, da Portaria 445/98). Portanto, infração subsistente.

Infração 06: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2014. Demonstrativo às fls. 453/457 do PAF.

O defensor afirmou que, como ocorreu na infração 3, a fiscalização não atentou para o fato de que em 2014, nas respectivas datas dos supostos fatos geradores, as mercadorias não estavam contempladas no anexo 1 do RICMS, que contém os itens sujeitos à substituição tributária.

Além disso, os cálculos foram efetivados de maneira irregular e incompreensível, com percentuais de margem de valor adicionado fictícios e equivocados, sem fundamento na legislação.

Disse que a imputação deve ser declarada nula de pleno direito, por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como por não ser possível determinar o montante da base de cálculo e a natureza da infração alegada.

De maneira a propiciar o direito à ampla defesa e ao contraditório, entende que a fiscalização deveria ter indicado a partir de qual dispositivo de lei ou regulamento concluiu que os itens destacados no anexo 6 do auto de infração estavam submetidos à substituição tributária quando dos fatos alegadamente geradores (o que não são), bem como ter esclarecido o fundamento jurídico das margens de valor adicionado, não encontradas pelo impugnante na legislação do ICMS.

O autuante informou que todos os itens relativos a esta infração de produtos comestíveis resultantes do abate de aves, estão elencados no item 35 do anexo 1 do regulamento vigente em 2014. Disse que a tabela de pautas e vigência está disponível na legislação, e que contribuinte desconhece.

Não foi constatado que houve cerceamento de defesa ou nulidade da autuação, considerando que no levantamento fiscal constam os dados relativos a cada operação, de acordo com a Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, encontrando-se uma coluna indicando a MVA aplicada, conforme previsto no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, item 35, que estava em vigor nas datas de ocorrências dos fatos apurados, haja vista que se trata de produtos resultantes do abate de aves.

Vale ressaltar, que em relação às operações com mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devem ser observadas as alterações da legislação no curso do tempo, especialmente as regras consubstanciadas em Convênios ou Protocolos, bem como, no RICMS/BA, para fins de atribuição da chamada responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

No demonstrativo elaborado pelo autuante constam os dados relativos ao número de cada nota fiscal, data, valor, imposto creditado, base de cálculo para antecipação, MVA, alíquota, ICMS a recolher, recolhimento, ICMS devido. O levantamento fiscal foi efetuado com base em Nota Fiscal Eletrônica, encontrando-se identificada a chave de acesso para necessária consulta. Neste caso, entendo que existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado, ficando caracterizado que houve a realização de operação sujeita à substituição tributária.

O defensor deveria apresentar as provas do não cometimento das infrações, nos termos do art. 123 do RPAF/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras comprovações, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento. Mantida a exigência fiscal.

As infrações 07 e 08 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que tratam de exigência de multa decorrente de entradas de mercadorias tributáveis e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Infração 07: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na

escrita fiscal, nos meses de janeiro, março a agosto e dezembro de 2013; janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$2.444,85. Demonstrativo às fls. 459/4514 do PAF.

Infração 08: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de julho de 2013 a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$10.094,97. Demonstrativo às fls. 515/558 do PAF.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, para mercadorias sujeitas a tributação bem como em relação às mercadorias não tributáveis (art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96).

O autuado alegou que desconhece as operações de que tratam estas infrações, e que não é possível constituir prova negativa, de que não efetuou as compras.

Ressalta que a presunção (de constitucionalidade duvidosa) contida no art. 4º, § 7º da Lei 7.014/96 somente foi instituída no ordenamento jurídico com o advento da Lei 13.199, de 28/11/14, com efeitos a partir de 29/11/14, e que não há que se falar em aplicação retroativa do mencionado dispositivo legal, pelo que pugna pela improcedência de ambas as infrações.

O autuante informou que o deficiente não apresentou qualquer contraponto que demonstrasse que efetivamente não houve a compra, inclusive, quando da elaboração desta infração, a mesma foi submetida ao contribuinte que fez uma depuração que resultou nas listas relativas a estas infrações.

A falta de escrituração de notas fiscais causa dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso, aplica-se penalidade conforme estabelece o art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96, haja vista que interessa ao Estado manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas, e a falta de escrituração dos documentos fiscais impede o mencionado controle; a multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual.

Os fatos não foram elididos, não obstante a alegação apresentada pelo autuado de que não pode figurar como sujeito passivo, e que desconhece as operações.

Considerando que a autuação foi efetuada com base em Notas Fiscais Eletrônicas, conforme se constata no levantamento fiscal, encontrando-se identificadas as chaves de acesso para necessária consulta. Neste caso, existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado, ficando caracterizado o cometimento das infrações.

As alegações defensivas não podem ser acolhidas, uma vez que ficou caracterizada a infração relativa à aquisição de mercadorias sem o devido registro na escrita do estabelecimento autuado, e este CONSEF tem decidido, de forma reiterada, que as notas fiscais referentes a mercadorias destinadas a um contribuinte constituem prova da realização de operações de aquisição pelo destinatário, inexistindo necessidade de a fiscalização acostar aos autos outras provas.

A existência das referidas notas fiscais é considerada prova suficiente da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de destituir a exigência fiscal. Ou seja, as notas fiscais obtidas pela fiscalização deste Estado indicam que as mercadorias circularam no território baiano, concluindo-se pela subsistência de todos os itens 07 e 08 do presente lançamento.

Por fim, o autuado pede que, sob pena de nulidade, todas as correspondências processuais devem ser encaminhadas para o endereço do patrono do sujeito passivo. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAFBA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Regularmente intimada, a Recorrente aduziu em síntese, em razões de Recurso Voluntário tempestivamente manejadas (reiterativas da Defesa), que:

1. Houve cerceamento do direito de defesa, já que as acusações “*tomam como fundamentos não somente uma ou duas operações, mas centenas ou milhares, com mercadorias das mais diversas naturezas e origens*” e que “*para maior facilidade de compreensão e para o alcance da verdade material, precisariam ser agrupadas nos demonstrativos da fiscalização*”, transcrevendo em seu sustento excertos dos Acórdãos CJF nºs 0178-11/09 e 0245-12/15.

2. Deve-se acolher a decadência, aplicando-se o disposto no art. 150, § 4º, do CTN e procedendo-se a diligência fiscal para retificação dos demonstrativos, considerando que a Recorrente foi notificada *“no final de julho de 2018 e há nos presentes autos cobranças relativas a fatos anteriores a agosto de 2013”*.
3. Na Infração 01, apesar da apropriação integral, em um só período (e não de modo fracionado à razão de 1/48) de créditos fiscais de bens adquiridos para compor seu ativo permanente, a Recorrente alega que *“a fiscalização deveria ter observado que, quando da lavratura do auto, em junho de 2018, já havia transcorrido o prazo de 48 meses previstos na legislação para a total e completa utilização do direito de se creditar da entrada do bem do ativo permanente, no que não há mais que se falar em utilização indevida de crédito.”*
4. Na Infração 02, apesar da manutenção de créditos fiscais que admite deveriam ter sido estornados, não existiu repercussão econômica na medida que a Recorrente ainda assim mantinha, período a período, saldo de créditos fiscais (mesmo abatidos aqueles irregularmente mantidos) *“mais do que suficientes para acobertar o montante cobrado”*.
5. Na Infração 03, fizeram parte dos levantamentos do Autuante operações com mercadorias que não se encontravam sujeitas ao regime de substituição tributária (tais como espelho, macarrão, iogurte...) para os exercícios de 2014 e 2015, postula realização de diligência fiscal para comprová-lo, e que os saldos de créditos fiscais eram *“mais do que suficientes”* para acobertar os montantes cobrados, não existindo repercussão econômica.
6. Na Infração 04, aduz não ser possível compreender de que forma a fiscalização calculou o valor supostamente devido, e declara que realizou auditoria interna que constatou que *“as alíquotas de todas as operações fiscalizadas, utilizadas nos equipamentos de emissão de cupons fiscais, estavam em conformidade com a legislação em vigor quando das ocorrências”*, cabendo ao Fisco indicar em que dispositivo de lei ou regulamento encontrou a alegada alíquota ou carga tributária distinta daquela utilizada pelo autuada, configurando-se a omissão de fazê-lo em cerceamento à ampla defesa, ao contraditório e ofensa ao princípio da motivação do ato administrativo.
7. Na Infração 05, critica a auditoria de estoques, por não observar que *“a totalidade dos bens que a empresa comercializa ingressa agrupada em sacos, pacotes ou similares e sai a retalho (em unidades)”*, afirmando que não foi realizado o necessário agrupamento das mercadorias (art. 3º, inciso III, da Portaria nº 445/98), trazendo exemplos. Critica a desconsideração de *“perdas, natural e corriqueiramente verificadas no ramo de atividade econômica do impugnante”*, fazendo menção a relatos elaborados para o setor varejista por empresas de consultoria.
8. Na Infração 06, fizeram parte dos levantamentos do Autuante operações com mercadorias que não se encontravam sujeitas ao regime de substituição tributária (tais como espelho, macarrão, iogurte...) para o exercício de 2014, *“não sendo possível ingressar no mérito da infração”* e por isso se abstém de tecer maiores considerações acerca do injustificado lançamento, aguardando sejam observados os princípios fundamentais à ampla defesa e ao contraditório.
9. Nas Infrações 07 e 08, afirma que desconhece as operações nela tratadas e declara ser-lhe impossível constituir prova negativa (de que não efetuou compras), de modo que a presunção contida no art. 4º, § 7º, da Lei nº 7.014/96 somente foi instituída com a edição da Lei nº 13.199, de 28/11/2014 (efeitos a partir de 29/11/2014), sendo vedada a sua aplicação retroativa.
10. Pede seja julgado nulo ou improcedente o Auto de Infração, e requer que, *“sob pena de nulidade, todas as correspondências processuais devem ser encaminhadas para o endereço do patrono do sujeito passivo”*, que transcreve.

Após o preparo, os autos foram atribuídos a mim em 17/06/2020, sendo decidido em Pauta Suplementar desta 2ª CJF (sessão de 28/08/2020) em conversão *ex officio* do feito em diligência para aplicação, por parte do Autuante, no que concerne à Infração 05, dos percentuais de tolerância que a legislação passou a prever (Portarias nºs 159/19 e 01/20) para a auditoria de estoques, dando ciência subsequente à Recorrente para se manifestar.

A diligência foi realizada, reduzindo-se o valor do lançamento (Infração 05), em valores históricos, de R\$69.577,00 para R\$61.332,86 (fls. 680 a 754). Instada a se manifestar, a Recorrente quedou-se inerte (fls. 756 a 763).

Por considerá-los devidamente instruídos, solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a inclusão dos autos em pauta, motivo pelo qual os trago a esta sessão de 28/01/2022, para julgamento.

VOTO

A via recursal eleita pelo Sujeito Passivo é cabível e adequada, ante sua previsão no art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99 (aprovado por meio do Decreto nº 7.629, de 09/07/1999), tendo sido deduzido no prazo do art. 171 do mesmo diploma legal.

Sou pelo seu conhecimento.

Como se pôde destacar no relatório, a peça recursal (fls. 653 a 671) é a reedição da peça de defesa (fls. 556 a 597), sem acréscimo argumentativo ou dialeticidade em relação à decisão de primeiro grau que, em meu sentir, dirimiu a lide de modo correto, ao que acresço breves observações.

Senão, vejamos.

A descrição dos fatos, os demonstrativos e demais elementos necessários do Auto de Infração encontram-se presentes nos autos deste PAF, foram iniludivelmente fornecidos ao Sujeito Passivo, de modo que a acusação se efetuou de maneira comprehensível. Os dispositivos infringidos foram indicados, não se tendo constatado o cerceamento de direito de defesa a que se refere, de forma genérica e global, a Recorrente.

A Notificação do lançamento deu-se, como registrado no relatório, em 29/06/2018 (fl. 04). Compulsando os demonstrativos de débito do Auto de Infração (fls. 05 a 08), observo que apenas em relação às Infrações 07 e 08 há registros anteriores a 06/2013, ou seja, para mais do que 5 anos, retrospectivamente, do período de apuração em que se deu a notificação.

Ocorre que as Infrações 07 e 08 versam sobre constituição do crédito tributário pela aplicação de multa por descumprimento de obrigações acessórias (entrada de mercadorias, sujeitas à tributação - Infração 07 -, ou não sujeitas à tributação - Infração 08 - sem o devido registro na escrita fiscal).

Ora, o lançamento é efetuado e revisto de ofício quando se comprovar, dentre outras hipóteses, a omissão do sujeito passivo que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária (art. 149, inciso VI do CTN).

Nesses casos, por não se estar diante de constituição de crédito tributário por tributo lançado por homologação e parcial ou integralmente omitido (art. 150, § 4º do CTN), mas sim diante do descumprimento de obrigação tributária acessória, a regra de decadência aplicável é a do art. 173, inciso I do CTN: *“O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*.

Desse modo, as ocorrências (de infração a obrigação tributária acessória) que sucederam ao longo de todo o exercício de 2013 estariam eficazmente constituídas se notificadas até jan/2019.

Não constato, portanto, decadência no lançamento.

Sobre a Infração 01 (erro na apropriação do crédito decorrente da aquisição de bens destinados a compor o ativo permanente), a decisão de primeiro grau atende à jurisprudência deste Conselho, que não admite a desconstituição do crédito tributário ao argumento de que os 48 (quarenta e oito) meses para a apropriação dilargada do crédito já se houver passado. Há de se atender ao comando legal para a constituição do crédito. Precedentes: Acórdãos nºs 0042-12/21-VD, j. 18/01/2021; 0309-11.20-VD, j. 11/11/2020; 0072-12.18, j. 19/03/2018.

Sobre a Infração 02, o Recorrente tece considerações vagas, sem descer a minúcias sobre como não haveria repercussão econômica na manutenção de um crédito que, por lei, deveria ser estornado. O crédito foi constituído de forma legítima, mediante lançamento tributário que se calcou na legislação vigente.

Sobre a Infração 03, de produtos supostamente havidos, de modo indevido, sob o regime da ST pelo Autuante, com efeito, a Recorrente não anexa qualquer demonstrativo com itens e valores que possam ser analisados, apenas nomes de produtos que julga não pertenceram ao rol de produtos sujeitos a ST. E o seu juízo é evidentemente equivocado. Todos os produtos citados pela Recorrente (espelho, macarrão, iogurte, costela, biscoito Waffer, chocolate granulado, amendoim torrado, pó de sorvete, alcatra, bacon tablete, picanha, ovo de páscoa, file de peito, ovo de frango, massa fresca capeletti e ravioli, escova dental, lanchinho, amendoim Dori, trigo para kibe, pomada Hipoglós, chocolate cremoso, petit suisse etc.), sempre de forma vaga, encontram-se presentes no Anexo 01 do RICMS-BA/2012, Decreto nº 13.780/12, estando comprovado que se trata de requisitos estabelecidos na legislação (anos de 2014 e 2015).

Sobre a Infração 04, de equívoco na aplicação das alíquotas, assim como o órgão julgador de primeiro grau eu observo que no demonstrativo elaborado pelo autuante os cálculos são compreensíveis, encontrando-se colunas referentes ao valor do item, base de cálculo do ICMS, valor do ICMS informado pelo contribuinte, carga tributária, valor do ICMS calculado pela auditoria, constando a informação de que a fonte dos dados é a Escrituração Fiscal Digital – EFD. Não houve cerceamento de defesa e ao contraditório alegados nas razões de defesa. Por sua vez, a Recorrente deixou transcorrer *in albis* a oportunidade de criticar analiticamente e fundamentadamente os demonstrativos do Autuante.

Sobre a Infração 05, as críticas genéricas consoante formuladas pela Recorrente acerca do levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, em exercício fechado, não são aptas a gerar neste nível de debates alguma convicção em favor da Recorrente. De fato, o emprego de meios indiretos para apuração da ocorrência do fato gerador, sempre criticada por esta relatoria, não é um meio por si e em si ilegal ou abusivo. As razões citadas pela Recorrente, de modo genérico e hipotético, como causas para desvios no estoque de fato existem e são conhecidas, mas cabe à Recorrente evidenciar em concreto o que se passou, dado que o dever de manter a escrita contábil em ordem decorre da legislação.

Ainda sobre tal infração, é incompreensível a alegação genérica de que não houve agrupamento de mercadorias, sem a crítica específica e a exemplificação concreta acerca de qual agrupamento deveria ser feito de acordo com a específica prática empresarial da Recorrente.

Ainda sobre essa infração 05, nota-se que este Conselho já converteu, de ofício, o feito em diligência para ajuste dos demonstrativos à margem de tolerância a perdas, roubos ou extravios da Portaria nº 445, de 10/08/1998, após a edição das Portarias nºs 159/2019 e 001/2020). A Recorrente foi intimada a se manifestar, mas se quedou inerte. Acolho os ajustes do Autuante, para que o valor histórico da Infração passe de R\$69.577,00 para R\$61.332,86 (fls. 680 a 754), no qual passo a demonstrar abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR HISTÓRICO/JULGADO	VLR REVISADO-AUTUANTE
DEZ/2014	33.941,87	30.654,96
DEZ/2015	35.635,13	30.677,90
TOTAL	69.577,00	61.332,86

Sobre a Infração 06, de recolhimento a menor do ICMS-antecipação (mercadorias provenientes de outras unidades da federação), também eu não vejo cerceamento do direito de defesa. Os levantamentos foram realizados a partir da Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, encontrando-se uma coluna indicando a MVA aplicada, conforme previsto no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, item 35, que estava em vigor nas datas de ocorrências dos fatos apurados, haja vista que se trata de produtos resultantes do abate de aves. A negativa genérica do cometimento de infração, sem produção de evidências pela Recorrente (ou, ao menos, apresentação de indícios

firmes que sustentassem maior investigação), não viabiliza o acolhimento dos argumentos de defesa (inteligência do art. 143 do RPAF/99).

Por fim, ambas as Infrações 07 e 08 dizem com a aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, descumprimento esse que sequer foi negado plausivelmente pela Recorrente. Não adianta aduzir que “desconhece as operações”, se estas se encontram no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, sem qualquer denegação. Mais uma vez, o órgão julgador de primeiro grau agiu conforme a jurisprudência deste Conselho, a exemplo do exposto no Acórdão nº 0216-12.20-VD, j. 19/08/2020.

Por fim, sobre o requerimento de que os instrumentos de intimação sejam endereçados ao subscritor da peça de interposição de recurso, registro não haver óbice a que assim **também** se proceda. Todavia, as intimações que cumprem o disposto no art. 108 do RPAF/BA são válidas e regulares, não havendo falar-se em nulidade.

Ante o exposto, sou pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso Voluntário, reformando o lançamento, de ofício, (art. 20 do RPAF/99 c/c art. 144, § 1º do CTN) para acatar a revisão do lançamento promovido pelo Autuante em relação à Infração 05 (fls. 680 a 681), considerando a atual redação da Portaria nº 445/98, sendo, no mais, mantida a decisão de piso que julgara procedente o Auto de Infração. Assim, o montante do Auto de Infração, conforme o demonstrativo:

INF	VLR HISTÓRICO	VLR JULG-JJF	VLR JULG-CJF	MULTA	RESULTADO
01	368,44	368,44	368,44	60%	PROCEDENTE/N.PROV.
02	6.158,21	6.158,21	6.158,21	60%	PROCEDENTE/N.PROV.
03	6.814,72	6.814,72	6.814,72	60%	PROCEDENTE/N.PROV.
04	59.588,97	59.588,97	59.588,97	60%	PROCEDENTE/N.PROV.
05	69.577,00	69.577,00	61.332,86	100%	PROCEDENTE/N.PROV. (Revisão do Autuante)
06	3.557,76	3.557,76	3.557,76	60%	PROCEDENTE/N.PROV.
07	2.444,85	2.444,85	2.444,85	-----	PROCEDENTE/N.PROV.
08	10.094,97	10.094,97	10.094,97	-----	PROCEDENTE/N.PROV.
TOTAL		158.604,92	150.360,78		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299333.0002/18-8, lavrado contra **COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS PEREIRA EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$137.820,96**, acrescido das multas de 60% sobre R\$76.488,10 e 100% sobre R\$61.332,86, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”; III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$12.539,82**, previstas nos incisos IX e XI da mesma Lei e Artigo, com os acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA OLIVEIRA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS