

**PROCESSO** - A. I. Nº 300766.0002/20-9  
**RECORRENTE** - KENIO SUPERMERCADO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0081-02/21-VD  
**ORIGEM** - DAT NORTE / INFAZ NORDESTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 15/07/2022

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0127-12/22-VD

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado que parte das mercadorias constantes das notas fiscais de aquisição inseridas no demonstrativo de acordo com a NCM e descrição se encontravam na substituição tributária. A infração se apresenta parcialmente subsistente, após os ajustes de ofício realizados em sede de julgamento. De ofício, decretada decadência parcial na infração 03. Mantida a Decisão deste item. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. A simples negativa de cometimento da infração, não desonera o contribuinte do ônus de elidi-la com elementos de prova, como previsto no artigo 123, § 6º do RPAF/99. Operações interestaduais não guardam relação com a aplicação do Decreto nº 14.213/12. Analisando o levantamento fiscal e as razões recursais, existem, de fato, três notas fiscais de aquisição do produto “alho” junto a estabelecimento localizado no Estado de Sergipe (Notas Fiscais nºs 1669, 5641, 6041, 7210 e 7517), todas com a alíquota de 12%. Para dirimir a dúvida existente, a DITRI desta SEFAZ definiu a alíquota a ser aplicada, conforme o Parecer nº 25.950/2014. Diante do posicionamento da própria SEFAZ referente ao Alho, entende-se razão assistir a recorrente, assim, devem ser excluídas da autuação. Infração parcialmente mantida. Modificada a Decisão deste item. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0081-02/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2020, para exigir o pagamento de ICMS no valor histórico de R\$ 88.271,23, além de multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

**Infração 03.** 01.02.06. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de abril a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$55.388,95.*

**Infração 05.** 01.02.41. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, no valor de R\$8.233,32, para fatos constatados em fevereiro a dezembro de 2016.*

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 38 a 57. Arguiu serem às infrações indevidas por não se destinarem ao ativo fixo e ao consumo/uso da empresa, respectivamente. Em relação à infração 03 alegou ter ocorrido um equívoco, pois as notas fiscais não teriam sido usadas como crédito fiscal. Em relação à infração 04 apontou que não se trataria das mesmas mercadorias. Por fim, em relação à infração 05, apontou não constarem no Livro de

Entrada.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 68 a 70. Rebateu todos os pontos do sujeito passivo e, ao final pediu pela procedência do Auto de Infração.

Isto posto, o presente processo administrativo fiscal foi encaminhado para a 2ª Junta de Julgamento Fiscal. A referida JJF exarou decisão pela Procedência em Parte da autuação no valor de R\$ 59.369,13, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, “g” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, a seguir transcrita:

“(.....)

*O presente lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.*

*Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da Cientificação de Início de Ação Fiscal, em 16/04/2020, por intermédio do DTE, mensagem 156.747, lida e cientificada na mesma data, conforme se infere do documento de fl. 08.*

*A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 09 a 33, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 34, entregue em cópia ao sujeito passivo na forma do recibo de fl. 35.*

*Os autuantes, quando do lançamento, descreveram com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal, em que pese o entendimento defensivo diverso exposto.*

*Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso, é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da peça de impugnação.*

*Quanto as questões preliminares a serem apreciadas, passo a analisá-las neste momento. Em primeiro lugar, quanto a alegada falta de motivação, vez que, segundo a defendente, não foram apresentados os critérios empregados pelo Fisco para autuação, esclareço que o fato de o contribuinte discordar do lançamento ou o autuante ter dado interpretação equivocada à legislação especialmente quanto aos produtos autuados, o que não vem a ser o caso, apenas traz como consequência a improcedência, e respectiva exclusão do Auto de Infração de tais parcelas, e não, como pretende a defesa, em nulidade da autuação, o que me faz rejeitar tal argumento posto.*

*De igual maneira, a alegada carência de motivação e cerceamento de defesa, também não se apresentam presentes no lançamento, primeiro, como se verá quando da apreciação do mérito, caso suplantadas as demais questões preliminares aventadas, pelo fato da fiscalização ter encontrado a devida motivação em práticas do contribuinte que seriam contrárias à legislação tributária do ICMS do estado da Bahia.*

*Segundo, por motivo de que ao longo da tramitação processual o sujeito passivo teve ciência plena da autuação, dos documentos autuados, com suas respectivas chaves de acesso, datas de emissão, emissores, mercadorias, valores, e demais dados vitais para identificação de cada um dos documentos fiscais arrolados na empresa, na forma dos demonstrativos elaborados, inseridos de forma impressa nos autos, além devidamente entregues ao sujeito passivo, na forma de recibo firmado.*

*Também foi franqueada ao contribuinte a prática de todos os atos que entendesse necessários para o pleno exercício do contencioso, inclusive e sobretudo a apresentação de elementos de prova e argumentos, que não vieram aos autos, podendo participar de todos os atos processuais, e deles tendo conhecimento.*

*Esclareço, ser o direito de ampla defesa uma importante garantia individual, decorrente dos princípios jurídicos da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, significando que não serão imputadas obrigações, nem restringidos direitos de determinado indivíduo, sem que ao mesmo seja facultado se manifestar, previamente, de forma completa e sem qualquer tipo de restrição, estando tal preceito, insculpido no corpo constitucional, quando da apreciação e determinação dos direitos e garantias individuais e coletivas, inserido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).*

*Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, p. 367), aponta que:*

*“O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.*

- Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada;  
2- possibilidade de exame das provas constantes do processo;  
3- direito de assistir à inquirição de testemunhas;  
4- direito de apresentar defesa escrita”

*E tanto tal direito foi garantido ao contribuinte, que este foi devidamente comunicado do lançamento, com todos os seus elementos, compareceu ao feito, apresentou as suas alegações defensivas sem qualquer restrição para todas as infrações lançadas, evidentemente, após o exame dos elementos do feito, desfiou os argumentos a seu favor, ou seja, exerceu tal direito sem qualquer limite ou restrição, o que sepulta o argumento posto.*

*Também foi obedecido o princípio do contraditório, até pela sua íntima relação de simbiose com o da ampla defesa, tendo Nelson Nery Costa assim entendido: “O direito de ampla defesa exige a bilateralidade, determinando a existência do contraditório. Entende-se, com propriedade, que o contraditório está inserido dentro da ampla defesa, quase que com ela confundido integralmente, na medida em que uma defesa não pode ser senão contraditória, sendo esta a exteriorização daquela”.*

*Da mesma maneira, não se pode avaliar ter sido violado o princípio da legalidade estrita em matéria tributária, o qual possui a sua gênese no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, que reza: “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.*

*Em complemento a tal comando, de forma específica, ao abordar o sistema tributário, a Carta Magna, no seu artigo 150, inciso I, veda os entes federados: “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”, o que torna tal princípio um dos mais importantes de nosso sistema tributário.*

*O crédito fiscal e a sua apropriação, cerne de todas as infrações arroladas, inclusive em relação a bens de uso e consumo, e do ativo imobilizado, se encontra regido pela Lei Complementar 87/96, e no Estado da Bahia, pela Lei 7.014/96, o que significa dizer que a matéria possui a necessária e essencial base legal, como se verá mais adiante, em oposição ao ponto de vista externado pela defesa, o qual não acolho.*

*Da leitura da mídia inserida nos autos, verifico conter a mesma os demonstrativos arrolados na autuação, sendo que em todos eles, devidamente entregues em cópia ao sujeito passivo, garantindo o seu direito pleno de impugnar o trabalho fiscal realizado, constam todos os elementos necessários para o pleno conhecimento de cada infração, como data de emissão, CFOP, série e número do documento fiscal, sua chave de acesso, item, código, descrição, NCM, alíquota na origem, alíquota interna, base de cálculo do imposto, valor devido, ou seja, descabe qualquer arguição contrária, tal como pretende a defesa.*

*Desta forma, as infrações estão delineadas, com a devida caracterização, inexistindo qualquer insegurança quanto aos fatos imputados, claros e perfeitos, a infração ou o infrator, o que me leva a refutar as argumentações postas, adentrando na análise de per si do mesmo, diante do regular procedimento adotado pela fiscalização, quando da lavratura do Auto de Infração.*

*Quanto ao mérito da autuação, o seu exame, basicamente, demanda apenas e tão somente, análise do aspecto material, vez se tratar de questão eminentemente fática, e conseqüentemente, necessitar da produção da essencial prova, até pelo fato de a defesa mencionar para todas as infrações impugnadas a existência de documentos e anexos que enumera, que provariam em sentido contrário ao da autuação.*

*Entretanto, como se observa do teor do e-mail de fl. 66, enviado por [oot@ootba.com.br](mailto:oot@ootba.com.br), destinado a [recursosconsef@sefaz.ba.gov.br](mailto:recursosconsef@sefaz.ba.gov.br) e [consefprocessos@sefaz.ba.gov.br](mailto:consefprocessos@sefaz.ba.gov.br), contém apenas e tão somente, quatro arquivos, a saber: defesa em formato PDF, defesa em formato doc., procuração e atos constitutivos, sem qualquer outro elemento.*

*Consta no texto do mesmo: “Conforme orientação deste CONSEF, segue em anexo para protocolização, tempestivamente, a peça de DEFESA da empresa KENIO SUPERMERCADO LTDA – CNPJ: 10.601.633/0001-09 – (arquivo em PDF com assinatura digital válida) referente ao Auto de Infração nº 3007660002/20-9, juntamente com o Ato Constitutivo da empresa e Procuração pertinente. Segue também a referida peça de defesa em arquivo editável”.*

*Ou seja: não foi encaminhado qualquer documento adicional à defesa.*

*Da mesma forma, no conteúdo impresso da defesa, estão ausentes quaisquer elementos ou documentos probantes relacionados às infrações impugnadas.*

*Diante da promessa de serem os documentos anexados ao processo, quando disponibilizado pela SEFAZ o protocolo presencial, esclareço que o mesmo já foi reaberto há algum tempo, sem que se tenha notícia nos autos de qualquer protocolização de documentos relativos ao presente feito, o que, inclusive, poderia ser feito através de encaminhamento eletrônico, a exemplo do ocorrido com a peça defensiva.*

*A resolução da lide, em tal situação, depende apenas e tão somente de análise da verdade material, princípio basilar no processo administrativo fiscal, a qual foi buscada no feito.*

*Nele, a produção de provas é de grande relevância, pois visa a obtenção da verdade, ou sua maior*

*aproximação, visto que dificilmente se consegue descrever com exatidão como o fato realmente ocorreu. E é neste sentido, do maior grau de semelhança das ocorrências descritas nos atos formais realizados pelo agente administrativo, é que se reveste o princípio da verdade material.*

*Odete Medauar (A Processualidade do Direito Administrativo, São Paulo, RT, 2ª edição, 2008, página 131) entende que “O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las”.*

*O Processo Administrativo Fiscal, busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Com status constitucionais, os princípios da ampla defesa e do contraditório serão garantidos ao sujeito passivo, que, querendo, apresentará contestação ao lançamento tributário, intervindo por meio de produção das provas.*

*Ressalte-se ainda, que tal princípio impõe à Administração Pública, o dever de provar os fatos alegados, sendo regra a vedação de aplicar-se como verdadeiros fatos fictícios ou de mera presunção da ocorrência de sua hipótese de incidência, devendo, portanto, buscar-se a descrição concreta dos fatos ocorridos. A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LV e LXXVIII assegura ao cidadão litigante, quer em processo judicial quer em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa e a razoável duração do processo.*

*Assim, percebe-se que a Carta Magna quis assegurar às litigantes, garantias semelhantes, tanto no processo judicial, quanto no administrativo. Apesar disso, não se pode dizer que não existem diferenças entre eles, um dos mais expressivos elementos diferenciadores resulta da jurisdição.*

*Não se podem afastar, no processo administrativo fiscal, os diversos princípios informadores do processo judicial e garantias constitucionais do cidadão, entre eles os princípios da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador.*

*Dessa forma, a valoração das provas à luz do princípio da verdade material deve obedecer aos princípios constitucionais e as normas atinentes ao processo, buscando-se a maior verossimilhança possível dos fatos alegados pelo agente responsável pelo lançamento, e permitindo ao contribuinte utilizar-se da produção de todas e quaisquer provas a ele admitidas por direito quando possíveis no caso concreto, sem qualquer restrição. E mais: o julgador deverá valorar as provas a ele apresentadas livremente, sempre buscando a verdade material dos fatos.*

*Nele, a produção de provas é de grande relevância, pois visa a obtenção da verdade, ou sua maior aproximação, visto que dificilmente se consegue descrever com exatidão como o fato realmente ocorreu. E é neste sentido, do maior grau de semelhança das ocorrências descritas nos atos formais realizados pelo agente administrativo, é que se reveste o princípio da verdade material.*

*A denominada verdade material funda-se na aceitação da teoria da verdade por correspondência, pressupondo a possibilidade de espelhar a realidade por meio da linguagem.*

*No processo existirão sempre três verdades: a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal; b) verdade descrita na impugnação do contribuinte; c) verdade do julgador.*

*Prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferir-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis.*

*São os princípios que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que definem os limites dos poderes de cognição do julgador em relação aos fatos que podem ser considerados para a decisão da situação que lhe é submetida.*

*Assim, os argumentos defensivos não possuem o condão de alterar o lançamento, se analisarmos unicamente o aspecto probante por ele carreado aos autos, pela ausência absoluta de provas a reforçar os argumentos postos.*

*Nas infrações 01 e 02, a acusação é a de “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento” e “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo”, respectivamente.*

*Na primeira delas, constam do demonstrativo os seguintes produtos: impressora HP multilaser, expositor de frigideiras e estrutura porta pallets, de acordo com o demonstrativo elaborado e constante à fl. 09, de forma sintética, fls. 10 e 11, de forma analítica, e na mídia acostada aos autos e entregue ao contribuinte em cópia.*

*O argumento defensivo foi de que tais produtos tinham sido objeto de comercialização, entretanto, não veio aos autos a prova devida de tal assertiva, e tendo em vista a natureza e característica dos bens, seriam destinados, a princípio ou em prova em contrário, ao consumo ou uso por parte da empresa.*

*Esclareço que não se está aqui, negando o direito da empresa em se apropriar do crédito fiscal referente às aquisições de bens para o ativo imobilizado, e sim, o fato de tal apropriação ter se dado de forma integral, ao*

*invés de 1/48, conforme previsão da legislação:*

*Na Lei Complementar 87/96, artigo 20:*

*“Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.*

*(...)*

*§ 5º Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado:*

*I – a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento”.*

*Tal preceito, foi devidamente reproduzido na legislação do Estado da Bahia, especialmente o RICMS/12:*

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

*I - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:*

*(...)*

*§ 2º O uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, fica sujeito às seguintes disposições:*

*I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada:*

*b) tratando-se de empresas em atividade, no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento”;*

*Logo, não tendo sido elidida a infração, a mesma é tida como procedente.*

*Na infração 02, de acordo com os demonstrativos de fls. 12 a 17 (analíticos e sintéticos), constam na autuação os produtos sacola Kenio, bobinas picotadas e B4 Rasa Branca Totalplast.*

*A tese defensiva é a mesma da infração 01, com o que não concordam os autuantes.*

*As aquisições de tais produtos, foram realizadas com CFOP 2556 “compra de material para uso ou consumo em operação interestadual” e 1556 “utilizado em operações de entrada verificadas no mesmo estado onde a empresa se concentra, para operações de compra de material para uso ou consumo”.*

*Ou seja: a própria empresa reconhece terem sido as aquisições realizadas para seu uso e consumo, e não a sua comercialização.*

*Mais uma vez, o regramento quanto a matéria se encontra na Lei Complementar 87/96, artigo 20:*

*“Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação”.*

*Ou seja: o direito ao crédito fiscal está garantido pelo mencionado dispositivo. Todavia, da redação do artigo 33 da mesma Lei, se conclui:*

*“Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:*

*I – Somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2033”.*

*Informo que tal redação foi dada pela Lei Complementar 171, de 2019, de 27/12/2019.*

*Assim, diante da ausência da prometida prova defensiva, no sentido de desconstituí-la, a infração fica mantida.*

*Quanto a infração 03, antes de qualquer consideração, e diante do fato de existirem ocorrências arroladas nos meses de abril a dezembro de 2015, sendo que a autuação data de 30/06/2020, com ciência do contribuinte em 08/07/2020, na forma do documento de fl. 36, algumas colocações SE apresentam como importantes, ainda que não arguidas pela defesa do contribuinte.*

*A legislação vigente, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que “o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o*

*lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.*

*Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.*

*O entendimento predominante neste Órgão era de que prevalecia em tais hipóteses como a da presente infração, a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.*

*A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive junto no Poder Judiciário, tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o entendimento anterior da matéria, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.*

*Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de n.º PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: “Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas”.*

*E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: “Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”.*

*Inequívoco o fato de o contribuinte ter não somente lançado o imposto, como, da mesma forma, antecipado o pagamento de que nos fala o dispositivo legal acima enunciado, sendo clara e inquestionável a aplicação do mesmo.*

*Diante de tal posicionamento, cristalino está que no caso em comento relativo às infrações lançadas, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte frente ao ocorrido, ou seja, ao recolhimento a menor realizado pelo sujeito passivo, frente ao longo lapso temporal, deixando ocorrer a decadência ora aventada.*

*E tal raciocínio se reforça, a partir do Enunciado da Súmula 555 do STJ, a qual determina:*

*“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”.*

*A se considerar a mesma, além dos dezenove Acórdãos tomados como paradigma, o que se verifica é que quando o contribuinte não declara e não paga o imposto, aplica-se a regra do artigo 173 do CTN, ou seja, o Fisco possui cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte para constituir o crédito tributário (não declarado e não pago); e, na hipótese de o contribuinte declarar o que tem como devido, recolhendo tal valor, mas o Fisco entende que o contribuinte deveria ter declarado valor maior (ou seja, não houve declaração de uma diferença), aplica-se a regra do artigo 150 do CTN, pela qual o Fisco teria cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador para constituir a diferença não declarada/não paga, pois houve declaração/princípio de pagamento.*

*E a justificativa para tal entendimento reside no fato de o STJ ter adotado como critério para aplicação do artigo 173, inciso I do CTN, a ausência de qualquer pagamento do tributo. Por outro lado, quando houver pagamento do tributo, ainda que parcial, aplica-se a regra decadencial do artigo 150, § 4º do CTN.*

*E tal raciocínio, se manifesta num dos Acórdãos tidos como parâmetros pelo Tribunal, a saber, o AgRg no REsp 1.277.854:*

*“Deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no §4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser*

*adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN”.*

*Note-se que o “pagamento parcial” a que a jurisprudência do STJ invoca tem tal conotação de ser parcial na ótica do Fisco, isto é, comparado à totalidade do tributo tido como devido. Caso o “pagamento parcial” em questão fosse parcial sob a perspectiva do contribuinte, isso significaria que este teria declarado a totalidade do tributo, mas efetuado o pagamento apenas de parte dele.*

*Contudo, como já igualmente pacificado nos Tribunais Superiores, o débito declarado e não pago, consiste em crédito tributário constituído a favor do Fisco e apto a ser inscrito em dívida ativa e executado, sem qualquer outra providência adicional, como decidido no AgRg no REsp 1.192.933/MG, Relator Ministro Benedito Gonçalves, 1ª turma, DJe 11/02/2011.*

*Logo, não pode o julgador, ante tal fato, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual, entendo presente a hipótese de decadência parcial, vez que o valor do imposto foi lançado, escriturado, e recolhido, ainda que insuficientemente, abarcando as ocorrências do período de abril a junho de 2015, sem qualquer ato da Administração Tributária no sentido de preservar o seu interesse ou homologar aquele valor. Por tais razões, de ofício, declaro a decadência parcial em tal período, devendo os valores lançados nos meses acima indicados serem excluídos, o que vem a afetar a infração 03.*

*Em relação as demais ocorrências na mesma infração, a questão de fundo se cinge a verificação dos produtos cujo crédito fiscal foi apropriado, em relação à situação tributária, qual seja, a de tributação normal pelas saídas, que propiciaria apropriação do crédito fiscal correspondente, ou substituição tributária, que encerra a fase de tributação, cuja apropriação de crédito não é admitida.*

*Verificando os demonstrativos elaborados pelos autuantes (fls. 18 a 27), constato a existência de diversos produtos, que estariam sujeitos a substituição tributária, e como dito acima, com vedação de apropriação e utilização de crédito fiscal, e ainda, assim, o contribuinte usou o crédito, de forma indevida, segundo a acusação posta.*

*Mais uma vez registro a ausência de elemento de prova em contrário a autuação, por parte da empresa.*

*Esclareço que para a análise da matéria, pertinente externar o entendimento da SEFAZ para o enquadramento de uma mercadoria na substituição tributária, o qual consta do Parecer DITRI 25.452/2012, no seguinte sentido: “ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente”.*

*Este não é entendimento novo, inclusive posso, de igual forma, invocar também o Parecer 25.041/2013, o qual traz o seguinte posicionamento: “Com efeito, a inclusão de uma determinada mercadoria no regime de substituição tributária pressupõe necessariamente a sua adequação à NCM e à descrição e destinação constantes da norma respectiva, simultaneamente. Na ausência desta adequação, não há que se falar em tributação por substituição.*

*Conclui-se, portanto, que ainda que um produto possua a mesma NCM daquele descrito na legislação respectiva, a sua inclusão no regime de substituição tributária apenas se efetivará se a sua descrição e finalidade coincidirem com aquelas especificadas pelo legislador”.*

*Em outras palavras: para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessária, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição.*

*Por outro lado, a glosa realizada pela fiscalização não guarda qualquer correlação com a aplicação do Decreto 4.213/12, em seu Anexo 1, que dispunha acerca da vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal 24, de 07 de janeiro de 1975, o que, reforço, não tem qualquer relação com a infração.*

*Assim, passo a análise dos elementos constantes na autuação, lembrando que a defesa não apontou onde residiram os equívocos que diz possuir o lançamento.*

*Exemplifico a NCM 0403.1000, presente na Nota Fiscal 88.690, no mês de dezembro de 2015, relativa a iogurte, presente no Anexo 1 ao RICMS/12, que lista os produtos sujeitos à substituição tributária, item 21 para aquele ano.*

*No mesmo ano, na nota fiscal 98.762, de 29/08/2015, se observa o produto iogurte com NCM 0403.90.00, sem previsão para substituição tributária, sendo lícita a apropriação do crédito fiscal, o que implica em sua retirada do lançamento.*

*Utilizando o mesmo critério, devem ser retiradas do lançamento, as seguintes NCM, correspondentes aos produtos mencionados: NCM 2004.10.00 (batata palito), NCM 0504.00.90 (moela de frango), NCM 1905.90.90 (sequilho), salgados Yokito, batata Pringles), NCM 0208.90.00 (codorna), NCM 1806.90.00 (iogurte), NCM 9506.62.00 (brinquedo Líder bola Frozen, bola Avengers), NCM 8715.00.00 (carrinho de bebê), NCM 2916.15.20 (graxa Mundial), NCM 7326.20.00 (cabide Niquelart), NCM 2208.90.00 (bebida mista Isis), NCM 1901.90.90 (biscoito recheado), e NCM 2106.90.90 (cobertura Marvi) pois a substituição tributária para a*

*NCM 2106.9 é para bebidas energéticas e isotônicos.*

*Para o ano de 2016, devem ser retirados do lançamento, por idoneidade na apropriação do crédito fiscal as seguintes NCM e produtos: NCM 0208.90.00 (codorna), NCM 1902.30.00 (macarrão com ovos, massa para lasanha), vez que a substituição tributária se refere apenas a macarrão instantâneo, constante do item 11.15 do Anexo 1 ao RICMS/12, NCM 4819.30.00 (saco para presente), sem previsão de substituição tributária, NCM 0504.00.90 (moela de frango), NCM 1704.90.20 (chocolate granulado), pois a substituição tributária este prevista apenas para a NCM 1704.90.10, nos itens 11.1 e 11.4 do Anexo 1 ao RICMS/12, NCM 1704.90.20 (chocolate Dr. Oetker), por falta de previsão para substituição tributária, NCM 1202.42.00 (amendoim Yoki), NCM 1901.20.00 (bolo Vovó Maria sortido), pois a substituição tributária se aplica apenas a mistura de farinha de trigo, **exceto mistura para bolo**, NCM 3909.50.11 (querosene), sem previsão para substituição tributária, NCM 5601.21.10 (algodão disco, algodão bola, codorna), vez que a substituição tributária encontra previsão apenas para “haste flexível ou não, com uma ou ambas extremidades de algodão”, item 9.24 do Anexo 1 ao RICMS/12, NCM 1302.19.50 (Guaramix), por falta de previsão normativa, tendo tributação normal, NCM 2202.10.00 (Guarathon), vez que a substituição tributária está prevista apenas para “refrigerante em garrafa” na NCM 2202, hipótese em que não se enquadra o produto, NCM 2208.40.00 (bebida mista Dcuba Limão), sem previsão para substituição tributária no período, NCM 3405.30.00 (massa para polir Proauto), sem previsão de substituição tributária e NCM 3824.90.41 (lubrificante Proauto desengripante), uma vez que a substituição tributária está prevista na NCM 3824.5 para argamassas, produto diverso do lançado.*

*Quanto ao ano de 2017, devem ser retirados da autuação as NCM 1901.20.00 (mistura para bolo Finna), diante do fato de a previsão do item 11.13 para a NCM 1901.2 excepciona tal produto (mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo), sendo que a partir de 01/02/2017 tal NCM passou a integrar a substituição tributária (item 11.14.3 do Anexo 1 ao RICMS/12), e sendo assim, a exclusão deve ocorrer apenas em janeiro de 2017, NCM 1704.90.20 (amendoim Dori colorido), não possui previsão de substituição tributária para tal NCM, e sim, para a NCM 1704.90.1, NCM 1302.19.50 (Guarapop popular sabores, Guaramix), por falta de previsão normativa, devendo ser submetido a tributação normal, NCM 2202.10.00 (Guarathon), diante do fato de que a substituição tributária está prevista apenas para “refrigerante em garrafa” na NCM 2202, hipótese em que não se enquadra este produto, NCM 1904.20.00 (barra de cereal Quacker), diante da inexistência de obrigação quanto a substituição tributária, NCM 1902.30.00 (macarrão com ovos e macarrão Urbano arroz integral), uma vez que a substituição tributária para tal NCM (1902.3), se aplica apenas para massas alimentícias tipo instantânea, o que não é a hipótese presente.*

*A NCM 2208.40.00 (bebida mista Dcuba sabores limão e apple), se encontrava sem previsão para substituição tributária no período em tela, mesma situação da NCM 3909.50.11 (querosene) e da NCM 0504.00.90 (moela de frango), assim como a NCM 2202.10.00 (vasilhame Coca-Cola 2l.), pois a Substituição Tributária é para o “refrigerante em garrafa”, o que não é o caso, NCM 1601.00.00 (peito de frango Seara tiras), 9405.40.90 (luz noturna G Light), NCM 3004.90.99 (polvilho Granado antisséptico), NCM 2204.21.00 (espumante Chuva de Prata), NCM 2206.00.10 (espumante Rio Sol e bebida gaseificada Spunch), NCM 4202.32.00 (mochila escolar), e NCM 8506.10.10 (bateria Energizer 12v).*

*Falta também previsão para Substituição Tributária do produto “mistura para bolo Maratá sabores”, NCM 1901.10.90, NCM 2106.90.10 (xarope Cereser sabor groselha), uma vez que a Substituição Tributária se aplica apenas ao “xarope ou extrato concentrado destinado ao preparo de refrigerante em máquina ‘prémix’ ou ‘post-mix’”.*

*Igualmente excluída a NCM 5601.21.10 (algodão disco, algodão bola, codorna), vez que a substituição tributária encontra previsão apenas para “haste flexível ou não, com uma ou ambas extremidades de algodão”, item 9.24 do Anexo 1 ao RICMS/12, e não “algodão bola” e “algodão quadrado”, “algodão disco” ou “algodão hidrófilo”.*

*Foram, de ofício, feitos os devidos ajustes nos períodos indicados, diante do fato da defesa apresentada não se reportar a tais pontos específicos.*

*Registro a desnecessidade de apresentação pelos autuantes de célula do excel protegida, diante da eventual necessidade, como no presente caso, de eventual alteração da planilha, o que cria uma dificuldade acessória para o julgador, até pelo fato de a autuação não ser imperativa, mas sujeita ao crivo do julgamento e de ajustes nesta oportunidade, como no presente caso, não havendo qualquer razão para tal procedimento.*

*Assim, diante do quanto exposto, a infração é procedente em parte, em R\$ 37.213,22, na forma a seguir demonstrada:*

|          |              |
|----------|--------------|
| 2015     |              |
| Julho    | R\$ 464,58   |
| Agosto   | R\$ 688,01   |
| Setembro | R\$ 534,52   |
| Outubro  | R\$ 4.700,36 |
| Novembro | R\$ 2.926,38 |
| Dezembro | R\$ 1.021,69 |



2016

Janeiro R\$ 601,38  
Fevereiro R\$ 1.608,92  
Março R\$ 0,00  
Abril R\$ 286,33  
Maio R\$ 110,63  
Junho R\$ 1.205,58  
Julho R\$ 54,08  
Agosto R\$ 161,42  
Setembro R\$ 509,35  
Outubro R\$ 875,77  
Novembro R\$ 2.280,78  
Dezembro R\$ 1.137,89

2017

Janeiro R\$ 1.292,87  
Fevereiro R\$ 897,50  
Março R\$ 2.389,13  
Abril R\$ 880,12  
Maio R\$ 399,46  
Junho R\$ 1.282,52  
Julho R\$ 1.059,50  
Agosto R\$ 1.462,72  
Setembro R\$ 2.209,35  
Outubro R\$ 1.489,46  
Novembro R\$ 769,69  
Dezembro R\$ 3.931,23

*Analizando a infração 04, a mesma se reporta a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, tendo a autuada asseverado não serem os mesmos documentos fiscais e/ou mercadorias, ao passo que os autuantes reafirmam a correnteza do procedimento.*

*Os demonstrativos se encontram às fls. 28 a 30, bem como na mídia acostada aos autos, e entregue à empresa, constando, a exemplo dos demais, todos os elementos necessários ao perfeito entendimento da acusação, conforme anteriormente analisado, sendo constatado que, por exemplo, a Nota Fiscal 107.440, de chave de acesso 28160402489982000152550040001074401103727075, emitida em 22/04/2016, por Maratá Indústria de Copos Ltda., CNPJ 02.489.982/0001-52, localizada no município de Lagarto, Sergipe, se encontra registrada no mês de abril de 2016, bem como no mês de maio, com os mesmos dados, relativos a emitente, valor, mercadorias, data de emissão e chave de acesso, esta última, como bem sabido, caracteriza e individualiza cada documento fiscal eletrônico, não se apresentando em outro documentos fiscal, e somente em um, o que garante, contrariamente ao alegado pela defesa, em mesma Nota Fiscal, registrada em duplicidade, e comprovando a acusação fiscal.*

*Mesmo fato se repete em relação aos demais documentos ali apontados.*

*Por fim, para a infração 05, (utilizou indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais), a defesa argumenta no sentido de notas fiscais não constarem do Livro de Entrada, outras, ainda que registradas no Livro de Entrada, algumas teriam sido devolvidas, ao passo que diversas tiveram origem nos estados constantes do Anexo 1 do Decreto 14.213/12, razão da utilização correta do valor do crédito.*

*Os autuantes mantêm a autuação.*

*Da análise dos demonstrativos elaborados pelos autuantes, constato, em primeiro lugar, que não vieram aos autos, por parte da defesa, conforme anteriormente observado, quaisquer documentos que comprovassem as arguições defensivas postas, o que prejudica qualquer apreciação das mesmas.*

*Quanto as operações alegadas pela defesa terem origem em Estados constantes do Anexo 1 do Decreto 14.213/12, razão da utilização correta do valor do crédito, observo que as operações interestaduais se apresentam em reduzida quantidade, o que propicia a análise das mesmas.*

*Antes, observo que assim determina o artigo 123 do RPAF/99:*

*“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.*

*(...)*

*§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:*

*I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*

*II - se refira a fato ou a direito superveniente;*

*III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos”.*

*Não se tem notícias nos autos, da ocorrência de quaisquer das hipóteses acima elencadas, que viessem a impedir a apresentação de documentação ou elementos probantes por parte da defesa a seu favor.*

*Assim, ainda não indicando ou colacionando ao feito qualquer documento, constato que, por exemplo, na operação acobertada pela Nota Fiscal 1.669, de emissão da Cooperativa de Pequenos Produtores Agrícolas dos Bancos Comunitários de Sementes, CNPJ 02.523.112/0001-52, situada no município de Delmiro Gouveia, Alagoas, o contribuinte autuado se apropriou de crédito à alíquota de 18%, incorreta, diante da previsão legal de 12% para a operação oriunda de estado do Norte e Nordeste.*

*No mesmo sentido, a Nota Fiscal 1547, originária do Estado de Alagoas, emitida em 06/05/2016, relativamente a mercadoria Farinha Láctea Milkly Sachê 200g, apesar da operação interestadual, o autuado se apropriou de crédito fiscal com alíquota interna de 18%, ao invés de 12%, correta para a operação interestadual realizada, nada tendo a ver em relação ao Decreto 14.213/12, o que demonstra o acerto dos autuantes.*

*Idêntica situação em relação a Nota Fiscal 1.633, emitida em 03/06/2016, pela empresa Frinense Alimentos Ltda., CNPJ 07.042.642/0003-64, localizada na cidade de Itaperuna, Rio de Janeiro, relativo a charque, a qual teve crédito fiscal apropriado no percentual de 12%, ao invés de 7%, alíquota correta diante da origem dos produtos (Sul/Sudeste exceto Espírito Santo). Mais uma vez, observo ser pertinente a acusação formulada.*

*Em conclusão: diante da falta de precisão da defesa, em indicar quais documentos e/ou operações teriam qualquer relação com a aplicação do mencionado Decreto 14.213/12, e diante das verificações feitas por este relator nas operações autuadas, não constatei objetivamente tal fato, a infração fica mantida, como originalmente exigida.*

*Esclareço que contrariamente ao posto na peça defensiva, o sujeito passivo nunca esteve na condição de optante do Simples Nacional, na forma de informação constante no sistema SEFAZ, tendo emitido a primeira nota fiscal eletrônica em 01/04/2015.*

*Informo que o sujeito passivo esteve na condição de Microempresa até 28/04/2010, quando passou a condição de normal.*

*Quanto aos diversos Acórdãos mencionados na defesa, não posso acolher, diante do fato de que os mesmos não guardam qualquer correspondência objetiva com o presente lançamento, inclusive tendo sido acostada decisão relativa a trânsito de mercadorias, matéria estranha ao do presente Auto de Infração.*

*Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.*

*Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia, no seu artigo 127-D.*

*Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.*

*Relativamente ao requerimento de fundamentação para as decisões exaradas, vejo como desnecessário, diante do fato de que tal procedimento já faz parte do rito processual administrativo, em atenção às disposições do Código de Processo Civil.*

*Pelos expostos motivos, tenho o lançamento como procedente em parte, na forma a seguir demonstrada:*

*Infração 01 R\$ 5.759,29 Procedente*

*Infração 02 R\$ 11.316,77 Procedente*

*Infração 03 R\$ 37.213,22 Procedente em Parte*

*Infração 04 R\$ 7.752,90 Procedente*

*Infração 05 R\$ 8.233,32 Procedente”.*

Diante da decisão exarada pela 2ª JJF do Conselho de Fazenda Estadual, o sujeito passivo, inconformado com tal decisão de piso, interpôs, tempestivamente, o seguinte Recurso Voluntário através dos seus patronos advogados Dr. Juvenal Sérgio Oliveira, OAB/BA nº 44.711 e Dra. Maria

Manuela de S. Sena Santos OAB/BA nº 62.379, o qual passo a relatar, em síntese.

De início, a empresa recorrente requereu, preliminarmente, que todas as intimações sejam dirigidas ao Bel. Dr. Juvenal Sérgio Oliveira.

Em seguida, colacionou todas às infrações imputadas pelo autuante. Afirmou que referente à infração 03, o autuante equivocou-se ao imputá-la, pois conforme planilha apresentada pela recorrente, existem mercadorias substituídas, isentas e com redução de base de cálculo, não guardando correlação lógica ou jurídica para tanto.

Disse que foi erroneamente aplicado a alíquota de 4% sobre mercadorias cuja importação não ocorrera.

Explicou que indicar em demonstrativo mercadorias que são abarcadas pelo art. 16, inciso II, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, não justificando a imputação fiscal ao não considerar que as alíquotas utilizadas são inferiores ao quanto permitido pelo contribuinte na legislação vigente (27%), trazendo exemplos para tanto.

Preliminarmente, iniciou discorrendo sobre a Decadência do direito de constituir crédito tributário. Argumentou que no tocante a infração 03, decaiu o direito da Fazenda Pública Estadual de exigir o imposto no período de abril a julho de 2015, uma vez que teve ciência Auto de Infração somente em 08 de julho de 2020.

Nesse sentido, trouxe ementa do CONSEF, referente ao Acórdão JJF n 0042-04/17.

No mérito, iniciou tratando sobre a inobservância do princípio da verdade material.

Trouxe o art. 2 do RPAF/Ba, pontuando em seguida que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos.

Referente à infração 03, alegou que existem mercadorias substituídas, isentas e com redução de base de cálculo no demonstrativo elaborado pelo autuante. Já em relação à infração 05, afirmou que houve equívoco do autuante ao desconsiderar que a exemplo da mercadoria “Alho” apresentada no seu demonstrativo, não se trata de mercadoria importada, portanto, não justificando a aplicação da alíquota de 4%, conforme se constata nas Notas fiscais em anexo, de nºs 6041, 5641, entre outras.

Afirmou também que a referida imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF, Decreto nº 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 18, inciso IV, alínea “a” e 41, inciso II.

Trouxe ementa do CONSEF, Acórdão JJF nº 0134-03/11.

Assim, afirmou que a infração tributária deve sempre ser provada. Sem prova não há que se falar em lançamento fiscal.

Em seguida, iniciou a tratar sobre a não observação do Decreto revogado. Em relação a esse tópico, disse que às infrações 03 e 05, conforme consta do próprio demonstrativo elaborado pelo autuante, possuem Notas fiscais constantes a exemplo das de nºs 72181, 73351, 7398, 772322, 20804, entre outras, referentes a infração 03 e as de nºs 1657, 65814, 2124, entre outras, referentes a infração 05, tiveram origem nos Estados de Goiás, Minas Gerais, Espírito Santo e Pernambuco, constantes do Anexo I do Decreto Revogado nº 14.213/2012.

Afirmou que a fiscalização procedeu de forma irregular, ao lavrar o auto de infração em tela, realizando a cobrança de ICMS por supostamente ter utilizado indevidamente crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção de imposto, não considerando que a partir de janeiro de 2018, o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 14.213/12, que considerava que a antecipação parcial deve ser calculada com base no valor total dos produtos que compõem uma nota fiscal, incluindo suas adições ou deduções, aplicando a diferença da alíquota interna da Bahia vezes a base de cálculo sobre a alíquota interestadual.

Isto porque, consta do § 2º, do artigo 1º do decreto revogado que a vedação aos benefícios fiscais se aplica aos créditos de ICMS que são utilizados pelos contribuintes baianos. Tudo porque a autuada adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do decreto revogado e obedeceu ao regramento nele constante, conforme comprovam as notas fiscais que serão anexadas ao processo, assim que for disponibilizado pela SEFAZ o protocolo presencial.

Defendeu que os valores constantes do presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 14.213/2012, em razão do previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos ou não, decorrentes do mencionado Decreto.

Disse que o Decreto, dispõe sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975. O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente foi admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto.

Ressaltou que foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017, estabelecendo os procedimentos e prazos que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiros-fiscais instituídos.

Em consonância com a materialização pelas unidades federadas da celebração do referido Convênio, o Estado da Bahia, por meio do Decreto nº 18.219, de 26/01/2018, publicado no DOE de 27/01/2018, revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções relacionadas em seu Anexo Único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017, e do Convênio ICMS 190/2017.

Explicou que o Convênio ICMS 190/2017, dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

Afirmou no presente caso, o que se vê é que os valores constantes no presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 14.213/2012, em consonância com o previsto no Convênio ICMS 190/2017, conforme comprovam as notas fiscais ilustrativas em anexo não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos, decorrentes do mencionado Decreto, razão por que se deve concluir pela insubsistência da autuação fiscal.

Nessa esteira, trouxe ementa do CONSEF, do Acórdão JF nºs 0156-03/19, 0080-03/19, 0074-01/18, 0235-04/18 e 0009-00/19.

Trouxe ainda posicionamento do STJ através das ementas referentes ao processo RMS 31714/MT 2010/0044507-3.

Diante do exposto requereu que o CONSEF/BA reconheça a preliminar de Decadência, ao tempo que decrete a improcedência do Auto de Infração.

Em seguida, os autos foram encaminhados a este Conselheiro Relator para dar prosseguimento a análise e julgamento, o que ora passar a fazer no voto abaixo.

## **VOTO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de desonerá-lo do pagamento do ICMS exigido na infração 01 do presente Auto de Infração, que passo a analisar e decidir.

Quanto ao pedido de Decadência dos fatos geradores ocorridos em relação à infração 03, de abril a junho de 2015, ressalto que na sua impugnação inicial a empresa não trouxe aos autos tal

argumento. No entanto, a 2ª JF, de forma minuciosa e com os pertinentes argumentos baseados em toda norma existente no País, de ofício por ser matéria de ordem pública, excluiu da infração 03 o imposto exigido com datas de ocorrência entre abril a junho de 2015, já que não existe imposto exigido nos meses de fevereiro e março de 2015.

Como no julgamento exarado pela 2ª JF não houve a sucumbência do Estado, nos termos do art. 169, I, "a" do RPAF/BA (superior R\$200.000,00), não houve a interposição de Recurso de Ofício, nem, tampouco, de Recurso de Ofício por iniciativa do Presidente do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), conforme § 2º do nominado artigo.

Em assim sendo, dispõe o Parágrafo único do art. 173-A, do RPAF/BA:

*Art. 173-A. São definitivas as decisões:*

*I - de primeira instância, esgotado o prazo para interposição de Recurso Voluntário;*

*II - de segunda instância, de que não caiba recurso ou, quando cabível, que não tenha sido interposto no prazo regulamentar.*

***Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância, na parte em que não for objeto de Recurso de Ofício.***

Portanto, a matéria decadencial trazida pela recorrente já **transitou em julgado**, significando dizer que a decisão prolatada pela 2ª JF é indiscutível, não estando mais sujeita a recurso ou discussão, alçando em sua totalidade, inclusive e como dito, o ora pedido intempestivo da recorrente.

Quanto às nulidades arguidas, as mesmas não encontram guarida no RPAF/BA e demais disposições legais aplicáveis. Todos os argumentos e documentos foram enfrentados pela decisão recorrida de forma clara e detalhada.

O Auto de Infração e toda a conduta fiscal contêm todos os requisitos devidamente revestidos das formalidades legais, com direito a ampla defesa e ao contraditório. Vale enfatizar que, à luz do art. 18 do RPAF/99, não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade. No caso em foco, constato que a partir da descrição dos fatos e dos demonstrativos que instruíram o Auto de Infração, a empresa autuada, ora recorrente, pôde compreender perfeitamente a acusação que lhe foi imputada, tendo apresentado a sua defesa, inclusive de forma exaustiva, se contrapondo a todos os aspectos de direito e de fato que entendeu serem indevidos, com base na legislação apresentada.

É mister pontuar, que não houve qualquer vício ou falta de elementos que pudessem gerar insegurança a infração e ao infrator, este, por sua vez, polo passivo legítimo da lide. Ademais, a autuação foi feita por autoridade competente, bem como as decisões de primo grau se deram de forma fundamentada. Se tais decisões foram corretas ou não, não é motivo para se arguir nulidade, como requereu a empresa recorrente, não ocorrendo quaisquer inobservâncias do princípio da verdade material e ao rito processual administrativo. Repito, se algum ajuste tenha sido necessário, esta não é questão de nulidade, mas, sim, de saneamento do processo.

Quanto à questão de mérito em relação à **infração 03**, que trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, vale registrar, que como bem pontuado pela 2ª JF, a questão de fundo desta infração cinge-se à verificação dos produtos cujo crédito fiscal foi apropriado em relação à situação tributária, qual seja, a de tributação normal pelas saídas, que propiciaria apropriação do crédito fiscal correspondente ou substituição tributária, que encerra a fase de tributação, cuja apropriação de crédito não é admitida.

Inicialmente, é necessário deixar clara a não pertinência do argumento recursal a respeito da aplicação do Decreto nº 4.213/12 e seu Anexo 1. Este Decreto dispunha acerca da vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

Entretanto, o que ora se exige é o ICMS-ST que foi utilizado como crédito fiscal para compor a apuração do imposto devido mensalmente pelo contribuinte. Em assim sendo, como bem pontuada pela JJF, a glosa realizada pela fiscalização não guarda qualquer correlação com o mesmo, não tendo qualquer relação com a infração.

Em assim sendo, todos os argumentos apresentados pelo recorrente neste sentido não podem ser acolhidos, já que fogem à matéria ora em lide, e os Acórdãos deste CONSEF apresentados para corroborar a tese defensiva não são paradigmas para a matéria em questão.

Isto posto, necessário ainda esclarecer que para o enquadramento de uma mercadoria no regime da substituição tributária, deve possuir ela, cumulativamente, o NCM e sua descrição de acordo com a norma vigente.

Quando da defesa inicial, o contribuinte não trouxe aos autos os elementos probantes para elidir a autuação. No entanto, em um trabalho minucioso feito pela n. 2ª JJF, a mesma analisou todo o demonstrativo produzido pela fiscalização, conforme consta no Relatório deste Acórdão recorrido, o que determinou a exclusão de diversos produtos que na linha do tempo estavam incluídos no regime da substituição tributária, ou não, o que determinou a procedência parcial da autuação. O ICMS exigido passou de R\$ 55.388,96, para R\$ 37.231,22, na forma que demonstrou.

Na sua peça recursal, ora em apreço, a empresa recorrente assim se manifesta: *“Conforme consta na planilha apresentada pela empresa autuada (Doc. 01), existem mercadorias substituídas, isentas e com redução de base de cálculo no demonstrativo elaborado pela autuante referente a infração 03, a título de exemplificação: “papel laminado” com NCM 7607.11.90, “Tapete” com NCM 5703.20.00, “Álcool” com NCM 2207.10.9, “Bobina” com NCM 4802.54.22, entre outras mercadorias apresentadas pela empresa autuada na sua planilha que segue em anexo (Doc. 01)”*.

De fato, no Demonstrativo (Doc. 1), apresentado pela recorrente (fls. 114/115), estão listadas, por ano, diversas mercadorias que estão, ou estavam à época, incluídas no regime da substituição tributária. **E esta foi exatamente a acusação fiscal.** Não poderia a empresa utilizar o crédito fiscal na forma como que foi acusada, pois a fase de tributação da mercadoria já se encontrava encerrada. Neste caso, a própria recorrente trouxe a prova material da acusação, caso no processo não a houvesse.

A respeito das mercadorias que a recorrente apresentou sob o título de “Alíquotas/Benefícios Fiscais” no referido Doc. 1, igualmente estão ou estavam incluídas no regime da substituição tributária. E a respeito das mercadorias “batata” e “castanha de caju” em que ele não cita a NCM, observo que a JJF analisou tais mercadorias. Em vista do exposto, não há como aceitar as razões recursais em relação a esta infração 03.

No que tange à **infração 05**, a recorrente é acusada de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. Segundo o RICMS/BA, no seu art. 309, a seguir transcrito em parte:

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

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

*§ 7º Se o imposto for destacado a mais do que o devido, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, inclusive quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou o imposto houver sido cobrado com base em pauta fiscal superior ao valor da operação.*

*§ 8º Na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos de outras unidades da Federação, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas:*

*I - mercadorias ou serviços oriundos dos Estados do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo: 7%;*

*II - mercadorias ou serviços provenientes dos demais estados e do Distrito Federal: 12%;*

*III - serviços de transporte aéreo: 4%;*

*IV - de mercadorias ou bens importados do exterior ou de mercadorias ou bens produzidos no Brasil com conteúdo de importação superior a 40%, nos termos definidos em Ajuste SINIEF, provenientes de outra unidade da Federação: 4% (quatro por cento).*

*§ 9º A apropriação do crédito fiscal em operações interestaduais fica condicionada a comprovação efetiva da movimentação de carga pela emissão do MDF-e, documento obrigatório nas operações interestaduais.*

Ao analisar o levantamento fiscal da referida infração completa no CD à fl. 34, somente existem 18 operações interestaduais, e dentre elas, não tem pertinência o argumento da empresa recorrente em mais uma vez alegar as disposições do Decreto nº 4.213/12 e seu Anexo 1. O que o fisco constatou foram operações interestaduais com a aplicação da alíquota de 18%, ao invés de 12%, nas operações interestaduais referente aos Estados de Alagoas e Pernambuco (exemplos Notas Fiscais nºs 1463, 1547, 1597, 1663, 1669, 1697, 1744), em desconformidade com as disposições contidas no art. 309, §§7º e 8º do RICMS/BA.

Da mesma forma, nas operações interestaduais (Notas Fiscais nºs 1633, 1636 e 1657), com mercadorias oriundas de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, a alíquota a ser aplicada na operação é de 7%, e não de 12% como realizado, e tudo conforme disposições regulamentares acima explicitadas.

Em assim sendo, é argumento que não pode ser acolhido.

Disse ainda a recorrente, que as “Notas fiscais de nºs 839142, 839141, 822568, 538189, 574297, entre outras (Doc. 03), evidenciam mercadorias que são abarcadas pelo Art. 16, inciso II, alínea h da Lei 7.014/96, a exemplo de “Sh Elseve” “Sh Palmolive” “Condicionador Dove”, entre outras, não justificando, portanto, a imputação do autuante ao não considerar que as alíquotas das Notas fiscais apresentadas ainda são inferiores ao que é permitido ao contribuinte na Legislação vigente que seria 27%.”, apensando tais documentos às fls. 302/315 dos autos.

O art. 16, II, “h” da Lei nº 7.014/96 dispõe:

*Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:*

*II - 25% nas operações e prestações relativas a:*

*h) perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia, exceto lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes;*

Ao analisar os documentos de fls. 302/315, as mercadorias: shampoo, condicionador, desodorante, hidratante foram adquiridos através das notas fiscais indicado sendo o cálculo do ICMS apurado com a alíquota de 20%, ao invés de 18%. Ora, tais produtos não tem “permissivo legal” de utilizar a alíquota de 27%, pois a alíquota de 25% é exclusiva para perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia, não havendo qualquer pertinência o argumento da recorrente de que as alíquotas das Notas fiscais apresentadas ainda são inferiores ao que é permitido ao contribuinte na Legislação vigente que seria 27% (com adicional de dois pontos percentuais, vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza).

Mais uma vez, este é argumento que não pode ser acolhido.

No que se refere ao argumento trazido pela recorrente:

*“No que se refere a infração 05, houve equívoco do autuante ao desconsiderar que a exemplo da mercadoria “Alho” apresentada no seu demonstrativo, não se trata de mercadoria importada, portanto, não justificando a aplicação da alíquota de 4%, conforme se constata nas Notas fiscais em anexo (Doc. 03), de nº 6041, 5641, entre outras, **TODAS NACIONAIS**, não justificando a alíquota de 4% imputada pelo fiscal”. (grifos originais)*

Analisando o levantamento fiscal, existem, de fato, três Notas fiscais de aquisição do produto “alho” junto a estabelecimento localizado no Estado de Sergipe (Notas Fiscais nºs 5641, 6041 e 7210), todas com a alíquota de 12%. Para dirimir a dúvida existente, busquei junto a DITRI desta SEFAZ qual seria de fato a alíquota a ser aplicada. O Parecer nº 25.950 de 30/10/2014, respondendo consulta de contribuinte assim se posiciona:

*ICMS. Alho. Operações Interna e Interestadual. Tributação normal. Inexistência de benefício fiscal para operações realizadas por contribuinte com atividade de comércio varejista. Lei nº 7.014/96, art. 15, Incisos I, II e III; art. 12-A. RICMS/BA, art. 265, inciso I, alínea "a" ; 286, inciso V; art. 332, inciso V, alínea "k", inciso VII e § 4º.*

.....

*Nas operações internas com alho, não sendo aplicada a hipótese de diferimento acima referida, a Consulente deve recolher o ICMS a alíquota interna de 17%, conforme art. 15, inciso I, alínea "a" da Lei nº 7.014/96 supra, devendo o recolhimento do imposto ocorrer antes do início da circulação da mercadoria, devendo o documento de arrecadação comprobatório do recolhimento do ICMS circular juntamente com a nota fiscal que acobertar a operação, nos ditames do art. 332, inciso V, alínea "k" do RICMS/BA, também transcrito acima.*

*Nas operações interestaduais com alho importado, destinado a contribuintes do ICMS, que após o seu desembaraço aduaneiro não tenha sido submetido a processo de industrialização; ou ainda que submetido a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, recondicionamento, renovação ou recondicionamento, resulte em mercadoria com conteúdo de importação superior a 40%, a Consulente deve efetuar o recolhimento do ICMS relativo a circulação da mercadoria a alíquota de 4% e o ICMS incidente sobre a prestação de serviço de transporte a alíquota de 12%, ambos antes do início da circulação da mercadoria, devendo os documentos de arrecadação comprobatórios dos recolhimentos do imposto circular em juntamente com a nota fiscal que acobertar a operação e o documento fiscal que acobertar a prestação do serviço de transporte, conforme art. 15, incisos II e III da Lei 7.014/96 e art. 332, inciso V, alínea "k" do RICMS/BA, acima transcritos.*

*Nas operações interestaduais com alho produzido no Brasil, destinado a contribuintes do ICMS, a Consulente aplicará a alíquota de 12%. Neste caso, a Consulente também deve efetuar os recolhimentos do ICMS relativo à circulação da mercadoria e o ICMS incidente sobre a prestação de serviço de transporte antes do início da circulação da mercadoria, devendo ambos os documentos de arrecadação comprobatórios dos recolhimentos do imposto circular em juntamente com a nota fiscal que acobertar a operação e o documento fiscal que acobertar o serviço de transporte conforme art. 15, inciso II da Lei 7.014/96 e art. 332, inciso V, alínea "k" do RICMS/BA, acima transcritos.*

Diante deste posicionamento da própria SEFAZ, acerca do Alho, consignado nos documentos fiscais, indicando ser tal produto de origem nacional, além do fato de que não existe nos autos qualquer prova de que foram importados, entendo **razão assistir à recorrente, de que as Notas Fiscais nºs 1669, 5641, 6041, 7210 e 7517 devem ser excluídas da autuação**, (grifo meu), no valor de R\$ 3.234,87. Assim, o valor da infração corresponde ao montante de R\$ 4.998,45, conforme o demonstrativo abaixo:

| Ocorrência   | VI Lançado      | VI Julgado-CJF  |
|--------------|-----------------|-----------------|
| Fev/2016     | 208,08          | 208,08          |
| Mar/2016     | 574,01          | 14,01           |
| Abr/2016     | 198,76          | 198,76          |
| Mai/2016     | 1.307,74        | 443,74          |
| Jun/2016     | 1.026,62        | 1.015,75        |
| Jul/2016     | 333,27          | 333,27          |
| Ago/2016     | 1.664,51        | 1.664,51        |
| Set/2016     | 959,23          | 959,23          |
| Out/2016     | 674,70          | 34,70           |
| Nov/2016     | 1.217,81        | 57,81           |
| Dez/2016     | 68,59           | 68,59           |
| <b>Total</b> | <b>8.233,32</b> | <b>4.998,45</b> |

Em relação à solicitação do sujeito passivo acerca de que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, a mesma foi enfrentada acertadamente pela 2ª JJF no seu voto, ou seja, quanto ao pleito a decisão de piso entendeu que “as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99 (.....)”, em consonância com o previsto no Código Tributário Nacional (CTN), através da dicção do seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo”. Inclusive em relação ao domicílio tributário eletrônico (DTE), a decisão de piso informou que a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte tem se utilizado por



este mecanismo de comunicação, dispensando qualquer outro meio, com base no quanto previsto na Lei nº 13.199 de 28/11/2014, que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia, no seu artigo 127-D, ou seja, por força deste mecanismo, a SEFAZ permitiu uma salutar comunicação eletrônica com seus contribuintes.

Enfim, por tudo quanto exposto, com base nos fatos, documentos e na legislação aplicável, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe. Assim, o montante do Auto de Infração é conforme o demonstrativo abaixo:

| INF   | RESULTADO               | VL LANÇADO | VL JULG-JJF | VL JULG-CJF | MULTA |
|-------|-------------------------|------------|-------------|-------------|-------|
| 01    | PROCEDENTE              | 5.759,29   | 5.759,29    | 5.759,29    | 60%   |
| 02    | PROCEDENTE              | 11.316,77  | 11.316,77   | 11.316,77   | 60%   |
| 03    | PROC. PARCIAL/N.PROVIDO | 55.388,95  | 37.213,22   | 37.231,22   | 60%   |
| 04    | PROCEDENTE              | 7.572,90   | 7.572,90    | 7.572,90    | 60%   |
| 05    | PROC. PARCIAL/P.PROVIDO | 8.233,32   | 8.233,32    | 4.998,45    | 60%   |
| TOTAL |                         | 88.271,23  | 70.095,50   | 66.878,63   |       |

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300766.0002/20-9**, lavrado contra **KENIO SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 66.878,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2022.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS