

PROCESSO - A. I. Nº 269283.0068/16-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FERRAMENTAS GERAIS COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE FERRAMENTAS E MÁQUINAS LTDA.
RECORRIDOS - FERRAMENTAS GERAIS COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE FERRAMENTAS E MÁQUINAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0022-05/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMERCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0128-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TOTAL. FALTA DE PAGAMENTO. INEXISTÊNCIA DE ERRO DE DIREITO. Após apuração e acatamento parcial dos argumentos defensivos, auditoria remaneja documentos fiscais de uma infração para outra, sem com isso configurar erro de direito, na medida em que ficaram mantidos os fundamentos originais da autuação. Infração procedente em parte. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. MERCADORIAS DEVOLVIDAS APÓS O PERÍODO DE APURAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO POR PARTE DE ÓRGÃO FAZENDÁRIO PARECERISTA. À vista da afirmação contestatória de que as mercadorias foram devolvidas, a fiscalização optou por seguir o entendimento de órgão fazendário baiano no sentido de só excluir a antecipação parcial, se dita devolução ocorrer dentro do mesmo período de apuração do imposto. Revisão procedida, faz diminuir a cobrança original. Infração procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário previstos no art. 169, I, alíneas “a” e “b” do RPAF, interpostos em face da Decisão proferida pela 5ª JJF, Acórdão nº 0022-05/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 19/12/2016, com o total histórico de R\$ 179.678,83, afora acréscimos, e apresenta as seguintes descrições:

Infração 01 – 07.01.01 – Deixou de pagar ICMS devido por antecipação total, referente às aquisições de mercadorias oriundas de outros Estados.

Valor de R\$ 136.795,06.

Fatos geradores de fevereiro a agosto de 2016.

Conduta enquadrada no art. 8º, II, e art. 23, § 3º, da Lei 7.014/96, c/c o art. 289 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da lei retro mencionada.

Infração 02 – 07.15.01 – Deixou de pagar ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias destinadas a comercialização.

Valor de R\$ 42.883,77.

Fatos geradores de janeiro a agosto de 2016.

Conduta enquadrada no art. 12-A da Lei 7.014/96, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da lei retro mencionada.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte nos seguintes termos:

VOTO

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

Após acatamento parcial das alegações empresariais, a auditoria acabou remanejando notas fiscais da infração 01, para a infração 02, e desta, para a infração 01. Isto porque, operações que tinham sido tratadas nos levantamentos originais como antecipação parcial, passaram a ser tratadas como sujeitas à substituição tributária e vice-versa. Novas planilhas foram apresentadas para o contribuinte contraditar, e assim foi feito por diversas vezes ao longo do processo, ensejando o recálculo das duas irregularidades, até se chegar aos montantes consignados às fls. 2427 e 2428.

Tal iniciativa do fisco, suscitou a arguição preliminar do autuado de ter havido o cometimento pelo fisco, de erro de direito, modificando-se o lançamento sem observância das hipóteses previstas no art. 145 do CTN. Assim, para evitar-se o cerceamento do direito de defesa, um novo auto de infração deveria ser formalizado.

Em verdade, os fundamentos da autuação permaneceram os mesmos. Na infração 01, continuou-se cobrando imposto devido por antecipação total. Na infração 02, continuou-se exigindo a antecipação parcial. Ocorreu apenas um simples remanejamento de documentos fiscais já inicialmente contemplados nos levantamentos fiscais originais. Não houve inovação à lide, processualmente falando. O debate prosseguiu acerca das duas irregularidades de começo apontadas, com iniciativa de ambos os lados, por prazos bem superiores a dez dias, confrontando-se as mesmas operações mercantis cotejadas desde o deflagrar da discussão administrativa.

Tanto assim foi, que as diferenças entre o sustentado pelo fisco e pela empresa foram gradativamente diminuindo enquanto o PAF avançava. Por muitas vezes, foi aqui exercitado o contraditório e admitido o amplo direito de defesa.

Apesar das novas quantificações, as cifras resultantes traduziram valores inferiores à cobrança inicial, por irregularidade, em procedimento consentâneo com a prescrição contida na Súmula 11 deste Conselho, com o teor abaixo:

Para fins do disposto no art. 156 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), não constitui agravamento da infração, ou inobservância do princípio da non reformatio in pejus, o eventual acréscimo ou majoração de valores apurados mensalmente que não advenha de fatos novos, respeitado o limite do valor total lançado na infração.

Afastado o pedido preliminar.

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

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário. Aliás, dentro deste contexto, é de se dizer que algumas diligências foram deflagradas no intuito de melhor deixar o processo instruído, conforme mencionado no relatório desta decisão.

Importante salientar também que, para efeito prático do julgamento deste PAF, o que importa em termos de discussão dependente de resolução por este Colegiado, são os valores apresentados por último pelas partes, após efetuados inúmeros ajustes e que culminaram nas quantias apontadas na manifestação empresarial de fls. 2293 a 2295 e nas informações fiscais de fls. 2427 e 2428.

Os demais levantamentos fiscais e contraditas quantitativas empresariais feitos anteriormente a estes últimos pronunciamentos já perderam relevância para desate da lide, pelo menos aos olhos desta relatoria, visto que as quantias antes calculadas já não foram mais mantidas no desenrolar do PAF, à medida em que sujeito passivo e fisco iam admitindo parcialmente este ou aquele pormenor apresentado.

Dito isto, passemos ao exame de mérito, irregularidade a irregularidade.

Cumprido destacar, de começo, que a diferença de imposto que deixa discordes autuante e autuada totaliza apenas R\$ 10.455,03, toda ela concentrada na infração 02.

É de se dizer que, na sua petição de fl. 2440, a impugnante entende “ser devido pela empresa” (sic.; realçamos) somente R\$ 195,87 em face da infração 01 e R\$ 22.804,69 em face da infração 02, e não R\$ 33.259,72, como quer a fiscalização.

Logo, para a primeira infração, a questão tornou-se incontroversa: ambas as partes concordam quanto ao montante do crédito tributário remanescente, isto é, R\$ 195,87, de sorte que a decisão é pela sua procedência parcial, tendo em vista que a exigência inicial montava R\$ 136.795,06

Também caminha dentro da procedência parcial a segunda infração, visto que a cobrança inicial acusava R\$ 42.883,77.

Resta apenas saber quem tem a razão quanto aos novos valores encontrados, R\$ 22.804,69 no entender da empresa, R\$ 33.259,72 no entender da autoridade fiscal.

Com os novos levantamentos trazidos na petição empresarial de fls. 2293 a 2295, quando ainda sustentava o

fisco que a dívida era de R\$ 34.525,15, três derradeiros argumentos foram na ocasião exibidos:

A um, algumas notas fiscais emitidas em julho de 2016, tiveram o recolhimento da antecipação parcial feito em agosto de 2016. Neste particular, contrastou a auditoria com a afirmativa de que todos os documentos fiscais que tiveram seu recolhimento comprovado nos autos - conforme DAEs de fls. 1625/1664 - já tinham sido considerados anteriormente para fins de abatimento do cálculo. Em sua resposta, não apontou a defendente quais as notas fiscais ignoradas pela fiscalização, de sorte que sem objetivar o que ainda pendia não pode prosperar a sua argumentação.

A dois, parte da cobrança da antecipação parcial, decorre de notas fiscais não escrituradas em virtude da emissão de notas fiscais de retorno, expedidas pelos fornecedores da impugnante. Neste particular, a fiscalização rebateu com a assertiva de que os documentos fiscais de devolução que obedeceram as condições previstas no parecer fazendário baiano nº 04965/2011, - acostados aos autos às fls. 1802 e 1803 - foram retirados do levantamento fiscal. Nele está dito que:

“Quanto à obrigatoriedade de recolhimento da antecipação parcial, ressaltamos que na hipótese de devolução de mercadorias efetuada no mês da ocorrência do fato gerador, com antecipação parcial ainda não paga, não deverá ser efetuado o recolhimento do ICMS/Antecipação Parcial relativo à aquisição da mercadoria objeto de devolução; o recolhimento da antecipação parcial deverá ser efetuado quando do retorno do móvel, com base na nota fiscal emitida pelo fornecedor, observando-se o prazo previsto na legislação estadual”.

Da mesma maneira que na articulação anterior, não apontou a impugnante em sua resposta quais seriam os casos em que ainda perduravam documentos fiscais que se enquadravam no parecer Sefaz retro mencionado.

A três, aduz a defendente que a fórmula constante da planilha elaborada pelo fisco apresenta um erro de cálculo, que acabou proporcionando um aumento incorreto do imposto a ser pago. O autuante não trata diretamente esta questão em sua manifestação de fls. 2427 e 2428.

Apesar disto, vê-se que o autuante faz novos recálculos e termina por diminuir a exigência de R\$ 34.525,15, para R\$ 33.259,72. Este último valor, não contou com a contradita específica da autuada, embora tivesse a oportunidade processual para fazê-lo, limitando-se a reiterar o que aduzira anteriormente, conforme se vê da sua petição de fl. 2440.

Pela manutenção da cifra de R\$ 33.259,72.

Isto posto, deve o auto de infração ser considerado PARCIALMENTE PROCEDENTE.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99.

No Recurso Voluntário de fls. 2466/2480, o Recorrente, após discorrer sobre o cabimento e tempestividade da peça recursal, argui a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, por considerar que houve erro de direito diante da modificação do lançamento fiscal após a notificação do contribuinte.

Aduz que, através da informação fiscal, os autuantes entenderam por modificar os fundamentos do lançamento, requalificando diversos fatos e, em relação a esses, imputando novas consequências jurídicas, exemplificando o fato na mudança de entendimento das operações que tinham sido tratadas originalmente como sujeitas ao ICMS-ST, mas que, posteriormente, passaram a ser tratadas como antecipação do ICMS e vice-versa, fatos que alega terem sido reconhecidos na decisão recorrida.

Sustenta que tais mudanças ocasionam insegurança na constituição e cobrança dos créditos tributários, termos em que foram determinadas 05 (cinco) diligências com mudança no valor do crédito tributário em cada uma delas, findas as quais, apenas foram concedidos 10 (dez) dias para manifestação ao invés dos 60 (sessenta) dias previstos no art. 132, II da Lei Estadual nº 3.956/81 e art. 123 do Decreto nº 7.629/99 como prazo de impugnação.

Assevera que a conduta do fisco fere os arts. 142 e 145 do CTN, bem como o § 1º, III e V, do art. 129 da Lei Estadual nº 3.956/81.

Defende, por fim, que somente o cancelamento do auto de infração originário com promoção de novo lançamento fiscal possibilitará ao contribuinte o exercício do direito pleno à ampla defesa e contraditório.

Quanto ao mérito, apresenta manifestação subsidiária apenas em relação à infração 02, para a qual

imputa excesso exação, com indicação de necessária limitação à R\$ 22.804,69, com os seguintes fundamentos:

- a) Consideração indevida, pelos agentes fiscais, de NF em julho/16 de algumas NFs cujas mercadorias ingressaram no estabelecimento da empresa apenas em agosto/16, razão pela qual apenas neste exercício é que poderiam participar da apuração do imposto. Ressalta, quanto ao ponto, que tais operações foram tributadas em agosto/16, cujos débitos de ICMS foram devidamente quitados;
- b) Consideração indevida, pelos Agentes fiscais, de NFs não escrituradas em razão da emissão de NFs de Retorno emitidas pelos fornecedores da Recorrente, que ocasionou aumento na exação no importe de R\$ 1.719,18;
- c) Existência de erro na fórmula de cálculo do débito de ICMS, gerando aumento indevido no valor cobrado equivalente a R\$ 729,12.

Por todo o exposto, pugna pelo conhecimento e provimento do Recurso, com o consequente cancelamento do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

Quanto ao cabimento do Recurso de Ofício, observo que a decisão da 5ª JJF (Acórdão JJF nº 0022-05/21-VD) desonerou parcialmente o sujeito passivo em montante superior a R\$ 200.000,00, estando, portanto, conforme estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Em frente, verifico que a desoneração consolidada na decisão recorrida decorre do acatamento parcial das sucessivas alegações empresariais pela auditoria, inclusive após a realização de duas diligências por determinação da JJF.

O debate decorreu, naturalmente, do exercício do contraditório, mas foi intensificado pelo ato da auditoria quanto ao remanejamento das notas fiscais da infração 01 para a infração 02, e desta, para a infração 01, por considerar que existiam operações tratadas nos levantamentos primitivos como “antecipação parcial”, as quais, após melhor análise, deveriam passar a ser tratadas como “sujeitas à substituição tributária” e vice-versa.

Em necessária digressão aos atos do processo, apresento resumo das modificações que foram paulatinamente realizadas pela fiscalização, guardando-se pertinência com o objeto deste recurso de ofício:

Informação Fiscal de fls. 1797/1798:

Infração 01: **a)** Passou a considerar os valores pagos por meio de GNREs, acrescentando em planilha o campo que denominou de “Pago cf DAE” (Anexo I); **b)** excluiu as notas fiscais de operações cujos remetentes possuem inscrição estadual na Bahia (Anexo I-C); **c)** Excluiu as notas fiscais em que foram apresentadas comprovações de pagamento pelo código de receita 1103 – ICMS protocolo substituição tributária (Anexo III); **d)** retirou dos demonstrativos as seguintes NCMs e descrições: colas, fitas e outros adesivos (3506); peças, componentes e acessórios não empregados em veículos automotores (8481); itens que não são abraçadeiras (7326); itens referentes a calçados (6401, 6403 e 6405). Tais mercadorias foram remanejadas para a infração 02, que trata de antecipação parcial. Com as exclusões efetivadas, a infração 01 ficou reduzida para R\$ 195,87.

Para a **infração 02:** **a)** excluiu as notas fiscais de mercadorias da ST e remanejou parte para a infração 01, designadamente aquelas cujos remetentes não tinham inscrição estadual na Bahia; **b)** Excluiu as mercadorias relacionadas pelo autuado que estavam enquadradas na ST, referentes às posições 8536.1, 8536.2, 8536.4 (estas para uso em veículos automotores), 8536.5, “toalhas de limpeza” (NCM 3401.1900) e “maçarico” (NCM 8468.1000). Houve aumentando da infração 02 para R\$ 51.664,43.

Informação fiscal de fls. 2226/2228:

Para a **infração 02**: acatou as manifestações da defesa para as notas fiscais que deram entrada no estabelecimento em meses posteriores às datas de emissão, apesar das datas excessivamente postergadas, a exemplo da constante na NF 16458. Houve modificação do valor da infração 02 para R\$ 40.552,76.

Diligência fiscal de fls. 2254/2257: após determinação da JJF (fls. 2247), no sentido de: **a)** excluir as notas fiscais da infração 01 que foram remanejadas para a infração 02; e **b)** elaborar em separado um demonstrativo com as notas fiscais que foram excluídas da infração 01 e que estariam sujeitas ao pagamento da antecipação parcial, a fiscalização, em sede de resposta, promoveu a apresentação de duas planilhas, **uma constando a relação analítica das notas fiscais remanescentes da autuação após as exclusões, outra contendo as notas fiscais que foram retiradas da infração 01 e que estão sujeitas à antecipação parcial**, passando-se assim em novo demonstrativo de débito para a infração 01, somando R\$ 103.862,59.

Informação fiscal de fls. 2272/2273: após manifestação do Autuado (fls. 2267/2268), no sentido da manutenção das exclusões antes procedidas pela fiscalização e desconsideradas na nova manifestação, com a qual houve concordância do autuante, sendo novamente refeito o demonstrativo de débito indicando dívida de R\$ 195,87 para a infração 01 e R\$ 40.552,76 para a infração 02.

Segunda Diligência fiscal (auditor estranho ao feito) de fls. 2283/2285: após determinação da JJF (fls. 2279) no sentido de: **a)** as notas fiscais que não foram computadas no lançamento original para a infração 02 fossem retiradas; **b)** as referidas notas fiscais, agora excluídas, fossem apresentadas em demonstrativo; e **c)** determinação de confecção de novo demonstrativo da infração 02, inclusive o de débito. Em atendimento ao solicitado, a fiscalização produziu novos levantamentos fiscais, inclusive em meio magnético (fl. 2285), de modo que os demonstrativos de débito totalizam R\$ 195,87 para a infração 01 e R\$ 34.525,15 para a infração 02.

Informação fiscal de fls. 2427/2428: após manifestação do Autuado (fls. 2293/2295), acompanhada de demonstrativos analíticos (fls. 2296/2422), manifestou-se o Autuante, em termos reiterativos, acerca da exclusão da antecipação parcial das notas fiscais que foram emitidas em conformidade com o Parecer nº 04965/2011 (Anexo II), oportunidade em que apresentou novo demonstrativo de débito na peça informativa, permanecendo a infração 01 com a cobrança de R\$ 195,87 e a infração 02 passou para R\$ 33.259,72 e, somadas, R\$ 33.455,59.

Neste contexto, reputo como acertada a decisão recorrida quanto ao ponto, sendo certo que, tanto o próprio Autuante primitivo, como auditor estranho ao feito, em seus respectivos olhares sobre os elementos probatórios trazidos pelo Autuado, admitiram parcialmente as teses postas e promoveram as retificações necessárias, ocasião em que, inclusive, elaboraram novos demonstrativos de débito.

Como se vê, trata-se de questão eminentemente probatória, cujo exame se deu sob o crivo do contraditório e ampla defesa, não havendo razões de qualquer ordem para a sua modificação. Entendo, pois, que a desoneração deve ser mantida conforme posta na decisão recorrida.

Do exposto, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, compete-me, prefacialmente, analisar a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, dada a consideração, pelo Recorrente, de que houve erro de direito diante da modificação do lançamento fiscal após a notificação do contribuinte, insistindo no fato de que, pela via da informação fiscal, os autuantes modificaram os fundamentos do lançamento, requalificando diversos fatos e, em relação a estes, imputando novas consequências jurídicas, exemplificando o fato na mudança de entendimento das operações que tinham sido tratadas originalmente como sujeitas ao ICMS-ST, mas que, posteriormente, passaram a ser tratadas como antecipação do ICMS e vice-versa, após o que, em complemento, não teria sido oportunizado prazo adequado para manifestação.

A referida alegação não merece prosperar.

De início afirmo que, a despeito das inúmeras modificações verificadas nos autos como objeto do contraditório regular entre as partes, entendo que não restou caracterizada mudança no fulcro da autuação, tampouco qualquer acréscimo ou modificação nos seus fundamentos, ou ainda qualquer indicação de que tenham ocorridos equívocos nos seus núcleos essenciais.

O art. 18 do RPAF, ao propor que são nulos os lançamentos de ofício, disciplina em seu § 1º que as **eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais** contidas na legislação **não** acarretam a nulidade do Auto de Infração desde que seja **possível determinar a natureza da infração**, o autuado e o **montante do débito tributário**, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo, como de fato ocorrera.

Neste sentido, trecho da decisão recorrida:

“Em verdade, os fundamentos da autuação permaneceram os mesmos. Na infração 01, continuou-se cobrando imposto devido por antecipação total. Na infração 02, continuou-se exigindo a antecipação parcial. Ocorreu apenas um simples remanejamento de documentos fiscais já inicialmente contemplados nos levantamentos fiscais originais. Não houve inovação à lide, processualmente falando. O debate prosseguiu acerca das duas irregularidades de começo apontadas, com iniciativa de ambos os lados, por prazos bem superiores a dez dias, confrontando-se as mesmas operações mercantis cotejadas desde o deflagrar da discussão administrativa.”

Destaque-se que o cambiamento da documentação referente às infrações não decorreu da juntada de elementos novos ou ainda de qualquer mudança de fundamento de direito, mas sim da análise da documentação primitivamente existente nos autos, dos quais possuía conhecimento o Recorrente, por trata-se de elementos integrantes da sua própria escrita fiscal.

Por fim, sequer há que se falar em agravamento da infração, tendo em vista que a referida atuação fiscal promoveu sensível redução dos valores originalmente cobrados, ou seja: Infração 01: passou de R\$ 136.795,06 para R\$ 195,87; e a infração 02, de R\$ 42.883,77 para R\$ 33.259,72.

Deve-se aplicar ao caso, como bem destacou o julgador de piso, o disposto na Súmula nº 11 do CONSEF, que manifesta entendimento de que para fins do disposto no art. 156 do RPAF/BA “*não constitui agravamento da infração, ou inobservância do princípio da non reformatio in pejus, o eventual acréscimo ou majoração de valores apurados mensalmente que não advenha de fatos novos, respeitado o limite do valor total lançado na infração*”, de acordo com a jurisprudência predominante do Conselho da Fazenda do Estado da Bahia, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs: 0349-12/18; 0258-12/17; 0070-11/17; 0027-11/19; 0303-11/15; 0097-11/15; 0395-11/08; 0314-12/08; 0132-11/02; 0552-12/06; 0062-12/06.

Preliminar rejeitada.

Quanto ao mérito, afere-se que o recurso apenas discute a integridade do remanescente da infração 02, ou seja, o valor de R\$ 11.720,46, uma vez que a Recorrente entende ser devido pela empresa somente R\$ 195,87 em face da infração 01 e R\$ 22.804,69 em face da infração 02 (fl. 2.478 do Recurso Voluntário).

Eis as teses:

- a) alega que houve consideração indevida, pelos agentes fiscais, de NF em julho/16 de algumas NFs **cujas mercadorias ingressaram no estabelecimento da empresa apenas em agosto/16**, razão pela qual apenas neste exercício é que poderiam participar da apuração do imposto. Ressalta, quanto ao ponto, que tais operações foram tributadas em agosto/16, cujos débitos de ICMS foram devidamente quitados.
- b) Alega que houve consideração indevida, pelos Agentes fiscais, de NFs não escrituradas em razão da emissão de NFs de Retorno emitidas pelos fornecedores da Recorrente, que ocasionou aumento na exação no importe de R\$ 1.719,18;

- c) Alega que há de erro na fórmula de cálculo do débito de ICMS, gerando aumento indevido no valor cobrado equivalente a R\$ 729,12.

Merece registro que as referidas teses foram identicamente apresentadas nos autos em sede de manifestação do Contribuinte e, em mais de uma oportunidade, devidamente analisada e rechaçada pela autuação, após o que, em última oportunidade, não mais se manifestou Recorrente acerca dos derradeiros demonstrativos ratificados pelo autuante (fl. 2444), juntamente com os valores ali apontados.

Registro, sobre o ponto, que a autuação já havia indicado em sede de informação fiscal (fls. 2226/2228) que havia procedido com as seguintes condutas:

- (i) para notas fiscais que deram entrada no estabelecimento em meses posteriores às datas de emissão, acata as alegações empresariais, apesar das datas excessivamente postergadas, a exemplo da constante na Nota Fiscal nº 16458;
- (ii) não há mais mercadorias que estejam na ST além daquelas já excluídas na primeira revisão, visto que as restantes não estão elencadas no Anexo 1 da lei e regulamento baiano do ICMS;
- (iii) não há mais notas fiscais cujas mercadorias foram devolvidas no mesmo mês de apuração, de modo que a cobrança deve ser mantida, seguindo Parecer Fazendário nº 04965/2011;
- (iv) não há comprovação de que algumas mercadorias recebidas foram recusadas pela autuada, até porque as notas de vendas foram autorizadas e emitidas regularmente.

Em novo pronunciamento (fls. 2427/2428), o Autuante, em face da reiteração da tese pelo ora Recorrente, ponderou que:

- (i) as notas fiscais com imposto efetivamente recolhido já foram excluídas, à vista dos DAEs de fls. 1625/1664, ficando pendentes as demais (Anexo I).
- (ii) as notas fiscais que foram emitidas em conformidade com o Parecer nº 04965/2011 ficaram excluídas da antecipação parcial. As demais foram mantidas (Anexo II).

E a decisão de piso caminhou exatamente neste sentido, reconhecendo, sobre os referidos pontos, que:

“A um, algumas notas fiscais emitidas em julho de 2016, tiveram o recolhimento da antecipação parcial feito em agosto de 2016. Neste particular, contrastou a auditoria com a afirmativa de que todos os documentos fiscais que tiveram seu recolhimento comprovado nos autos - conforme DAEs de fls. 1625/1664 – já tinham sido considerados anteriormente para fins de abatimento do cálculo. Em sua resposta, não apontou a defendente quais as notas fiscais ignoradas pela fiscalização, de sorte que sem objetivar o que ainda pendia não pode prosperar a sua argumentação.

A dois, parte da cobrança da antecipação parcial, decorre de notas fiscais não escrituradas em virtude da emissão de notas fiscais de retorno, expedidas pelos fornecedores da impugnante. Neste particular, a fiscalização rebateu com a assertiva de que os documentos fiscais de devolução que obedeceram as condições previstas no parecer fazendário baiano nº 04965/2011, - acostados aos autos às fls. 1802 e 1803 - foram retirados do levantamento fiscal. Nele está dito que:

(...)

Da mesma maneira que na articulação anterior, não apontou a impugnante em sua resposta quais seriam os casos em que ainda perduravam documentos fiscais que se enquadravam no parecer Sefaz retro mencionado.

A três, aduz a defendente que a fórmula constante da planilha elaborada pelo fisco apresenta um erro de cálculo, que acabou proporcionando um aumento incorreto do imposto a ser pago. O autuante não trata diretamente esta questão em sua manifestação de fls. 2427 e 2428

Apesar disto, vê-se que o autuante faz novos recálculos e termina por diminuir a exigência de R\$ 34.525,15, para R\$ 33.259,72. Este último valor, não contou com a contradita específica da autuada, embora tivesse a oportunidade processual para fazê-lo, limitando-se a reiterar o que aduzira anteriormente, conforme se vê da sua petição de fl. 2440.”

Portanto, a fim de elidir as constatações do fisco que decorreram, justamente, da intensa e exaustiva atividade analítica das teses e documentos apresentados, deveria a Recorrente produzir

as contraprovas correspondentes, sendo certo que a simples negativa do cometimento da infração não a desonera do ônus elisivo/modificativo do direito sustentado pelo Fisco por meio do auto em julgamento, bem assim não lhe reconhece direito à recusa em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, ocasião que atrai o ônus específico da prova, nos termos do que dispõem os arts. 140 a 143 do RPAF.

Não tendo se desincumbido deste ônus, nada de novo acrescenta em face do recurso, cuja pretensão meramente discursória não possui o condão para modificar as constatações postas. De rigor, portanto, a manutenção, como verídico, dos fatos decorrentes da atividade fiscal, devendo ser mantida hígida a autuação conforme consolidada pela decisão recorrida.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos, de Ofício e Voluntário, rejeitando a preliminar, quanto a este.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269283.0068/16-4, lavrado contra **FERRAMENTAS GERAIS COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE FERRAMENTAS E MÁQUINAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$ 33.455,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO- REPR. DA PGE/PROFIS