

|                   |                                   |
|-------------------|-----------------------------------|
| <b>PROCESSO</b>   | - A. I. N° 279733.0033/21-0       |
| <b>RECORRENTE</b> | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL        |
| <b>RECORRIDO</b>  | - GSS SUPERMERCADO LTDA.          |
| <b>RECURSO</b>    | - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS     |
| <b>ORIGEM</b>     | - DAT NORTE / INFACZ CENTRO NORTE |
| <b>PUBLICAÇÃO</b> | - INTERNET 20.08.2024             |

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0196-11/24-VD

**EMENTA:** ICMS. CONTROLE DA LEGALIDADE. REDUÇÃO DO DÉBITO LANÇADO. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE REGISTRO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS EM VALOR SUPERIOR AO DAS ENTRADAS EFETIVAS OMITIDAS; **b)** DIFERENÇAS DAS ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS. IMPOSTO SOBRE DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA. OPERAÇÕES DE ENTRADAS. FALTA CONTABILIZAÇÃO DAS ENTRADAS. PAGAMENTOS DAS ENTRADAS COM RECURSOS PROVENIENTES DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS; **c)** RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. MERCADORIAS DE TERCEIRO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DAS ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MVA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações 1, 2, 3 e 4 parcialmente subsistentes. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. OPERAÇÕES DE BENS OU SERVIÇOS SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO. Infrações 5 e 6 subsistentes. Representação proposta de acordo com os arts. 113, §5º, I do RPAF/BA, no qual fundamenta entendimento pela redução das imputações 1, 2, 3 e 4. Constatado e confirmado pelo autuante que o lançamento desconsiderou valores recolhidos e/ou não devidos pelo contribuinte. Representação **ACOLHIDA**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, sustentada no Parecer PROFIS-NCA-RMP N° 09/2024, subscrito pela ilustre Procuradora do Estado, Dra. Rosana Maciel Passos Salau, às fls. 111 a 116 dos autos, com anuênciia da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA Dra. Paula G. Morris Matos, propondo ao CONSEF que seja reduzido o débito do contribuinte, correspondentes aos valores históricos e integrais das infrações 1, 2, 3 e 4 do Auto de Infração, em epígrafe.

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2021, constituiu crédito tributário no valor histórico de R\$ 1.457.866,05, em razão das seguintes infrações:

*Infração 01 – 004.005.002 – Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a devida escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.*

*Infração 02 – 004.005.005 – Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício.*

*Infração 03 – 004.005.008 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a*

respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

**Infração 04 – 004.005.009** – Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado.

**Infração 05 – 016.001.001** – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

**Infração 06 – 016.001.006** – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço formado sem o devido registro na escrita fiscal.

O sujeito passivo foi intimado da lavratura (fl. 11), mas não apresentou defesa conforme Termo de Revelia de fl. 13. Posteriormente protocolou requerimento para que fosse cobrado apenas o valor original e concedidas condições especiais de parcelamento (fls. 28-29). A PGE se manifestou contrária ao requerido por falta de previsão legal (fls. 39-40).

Em seguida, o sujeito passivo formulou pedido de controle da legalidade (fls. 41-61) afirmando que não foi devidamente cientificado do Auto de Infração e apresentando esclarecimentos sobre as irregularidades apontadas pela fiscalização neste e em outros Autos de Infração. Em que pese a representante da PGE não tenha identificado razões suficientes para considerar a existência de ilegalidade flagrante no lançamento, por cautela, encaminhou os autos ao autuante para exame das alegações do autuado (fls. 68-71v).

O autuante, então, reabriu o prazo de apresentação de defesa, conforme termo de ciência/intimação de fl. 72, sendo apresentada a defesa de fls. 73-82. Na informação fiscal de fls. 83-84 o autuante informou que reanalisou os documentos, com alteração de valores do lançamento e encaminhou os autos à representante da PGE (fls. 87-88) para examinar a possibilidade de retirar o Auto de Infração da Dívida Ativa e encaminhar posteriormente a julgamento pelo CONSEF.

Sobreveio o parecer de fl. 90, da lavra da Ilma. Procuradora do Estado, Dra. Flávia Almeida Pitta, remetendo os autos ao CONSEF “*para apreciação do pedido de controle de legalidade e da manifestação da Fiscalização Tributária*”, contudo, considerando que o controle da legalidade compete à PGE e que o documento de fl. 90, além de não se revestir das características formais de uma representação, notadamente por não possuir pedido específico a ser analisado pelo CONSEF, e por indicar a remessa da análise do próprio pedido de controle da legalidade ao Conselho, a 1ª CJF deliberou, por unanimidade, pela conversão do feito em diligência à PGE/PROFIS/NCA, a fim de que analise a promoção da Representação Regional de Feira de Santana e praticasse os atos que entender necessários para prosseguimento do feito.

Em resposta à diligência, foi proferido o Parecer PROFIS-NCA-RMP Nº 09/2024 (fls. 111-116), manifestando-se, em síntese, pela impossibilidade de convalidação do prazo de defesa reaberto pelo fiscal autuante por falta de amparo legal, assim como pela rejeição dos pedidos de acolhimento da impugnação, diante da legitimidade da revelia anteriormente identificada.

Ainda assim, sob o norte do controle da legalidade que lhe compete, diante da manifestação do autuante, a partir da análise dos arquivos retificadores da EFD apresentados pela empresa, pugnou pela procedência da representação para julgar parcialmente procedente o lançamento, reduzindo-se o débito para os valores apontados na informação fiscal de fls. 83-84.

Em seguida, os autos retornaram para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 21/06/2023 e adiado para o dia 31/07/2023. Compareceu(ram) o(as) representante(s) legal(is) da recorrente, Dra. Lady Daiane da Silva Fernandes Batista, OAB/BA 30.698.

## VOTO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitá-

las de ofício, passo ao exame do mérito.

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com base no art. 113, § 5º, I do RPAF/BA. Embora concorde com o parecer PGE/PROFIS em relação à impossibilidade de reabertura do prazo de defesa, na forma como efetivada nestes autos, penso que a representação merece acolhimento.

Com efeito, apesar do mencionado vício, a Administração é regida pelo princípio da autotutela, sendo inequívoco o seu dever de invalidação dos atos eivados de nulidade. A legislação baiana do processo administrativo possui dispositivo expresso neste sentido, conforme transcrevo abaixo:

*Lei Estadual nº 12.209/2011*

*Art. 39 - A Administração tem o dever de invalidar seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, e pode revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

*§ 1º - Os atos administrativos ilegais de que decorram efeitos favoráveis ao administrado deverão ser invalidados no prazo de 05 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados.*

*§ 2º - Na hipótese de comprovada má-fé do administrado, a qualquer tempo, a Administração invalidará o ato ilegal e adotará medidas para o resarcimento ao erário, se for o caso.*

Ademais, cabe lembrar que somente o crédito tributário **regularmente constituído** goza do atributo da indisponibilidade, nos termos do art. 141 do CTN, o que não é o caso quando há qualquer irregularidade e/ou inconsistência comprovada, em relação à qual deve prevalecer o princípio da verdade material, expressamente previsto no art. 2º do RPAF/BA.

Consequentemente, diante da verificação e confirmação pelo autuante de que o lançamento desconsiderou valores recolhidos e/ou não devidos pelo contribuinte deve ser acolhida a representação para modificar o lançamento.

Diante do exposto, ACOLHO a representação proposta para reduzir o débito do Auto de Infração e julgar PROCEDENTE EM PARTE a autuação, na forma do quadro abaixo:

| INFR.            | CONCLUSÃO     | Auto                | CJF               | Multa |
|------------------|---------------|---------------------|-------------------|-------|
| 1                | REP. ACOLHIDA | 508.135,02          | 70.693,48         | 100%  |
| 2                | REP. ACOLHIDA | 461.484,16          | 88.756,45         | 100%  |
| 3                | REP. ACOLHIDA | 370.810,27          | 46.089,67         | 100%  |
| 4                | REP. ACOLHIDA | 112.975,45          | 30.952,88         | 60%   |
| 5                | MANTIDA       | 945,14              | 945,14            | ----- |
| 6                | MANTIDA       | 3.516,01            | 3.516,01          | ----- |
| <b>T O T A L</b> |               | <b>1.457.866,05</b> | <b>240.953,63</b> |       |

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação da PGE/PROFIS proposta e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279733.0033/21-0, lavrado contra **GSS SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 236.492,48**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 30.952,88 e 100% sobre R\$ 205.539,60, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 4.461,15**, previstas no inciso IX da mesma lei e artigo já citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.815/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de julho de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS