

**A. I. Nº** - 274068.0005/13-1  
**AUTUADO** - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI  
**AUTUANTE** - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTENRET** - 14.04.2014

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0055-02/14**

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. c) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. As imputações foram demonstradas nos levantamentos fiscais, que foram entregues ao contribuinte. Defesa não apresentou elementos capazes de elidir as infrações. Infrações caracterizadas. Negado o pedido de diligência. Afastada nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 03/06/2013, para constituir o crédito tributário ao ICMS no valor histórico de R\$253.059,49, em razão de:

Infração 01 – 04.05.04 – Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2009). Valor histórico R\$51.115,38.

Infração 02 – 04.05.09 – 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, deduzido 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 (2009). Valor histórico R\$96.970,17.

Infração 03 – 04.05.08 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime

de Substituição Tributária, apurado levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2009). Valor histórico R\$104.973,94.

O autuado às folhas 343 a 346, ao impugnar o lançamento tributário, inicialmente, requer que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da autuada na ação administrativa, tudo conforme poderes especificados na procuração.

Em preliminar, suscita a nulidade da autuação, por insegurança na determinação da infração e apuração da base de cálculo. Com efeito, o AI cobra, sobre as mesmas bases quantitativas, ICMS por "três fatos", distintos, provocando "*bis in idem*", sem uma correta equação, notadamente no que concerne à base de cálculo.

Destaca que no item 01, foi apurada "omissão de entradas", em 2009, sobre mercadorias sujeitas ao regime normal e de substituição tributária, todas com a situação tributária "1- TRIBUTADA", o que já é uma anormalidade, sendo atribuída à base de cálculo um percentual médio de 31,594%, a título de "percentual tributável/proporcionalidade", sem observância das normas específicas, para cada produto, concernentes à redução de base de cálculo (carnes, aves, leite, açúcar, óleo de soja, farinha de trigo, massas, manteiga etc.), bem como o benefício estabelecido no Decreto 7799/00, do qual o estabelecimento autuado é beneficiário, como pode ser auferido junto ao sistema da SEFAZ, tudo aplicável ao caso, notadamente em se tratando de autuação por "presunção de omissão de receita".

Salienta que as reduções não foram levadas em consideração, para efeito das cobranças dos itens 02 e 03, que também cobra, indevidamente, imposto a título de antecipação e sobre MVA, sobre as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, contrariando, inclusive, a Portaria 445/98. Sobre as mercadorias sujeitas ao regime de substituição, caberia, no máximo, a cobrança, conforme o caso, das parcelas previstas no art. 10, I, "a" e "b" e II, da aludida Portaria.

Argumenta que, de acordo com a Portaria citada, em se tratando de auditoria por exercício fechado, sendo detectada "omissão de entradas" (presunção), de acordo com norma específica, "em casos dessa natureza, o fato gerador do ICMS não ocorre na entrada das mercadorias no estabelecimento" e "a exigência do pagamento do imposto deve ser embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o pagamento do imposto (RICMS, art. 2º, § 3º)". E em se tratando de presunção, cujo fato gerador não se comprova, é evidente que os benefícios fiscais vigentes devem ser observados. E não estando as mercadorias em estoque (exercício fechado), sendo as mesmas sujeitas ao regime de substituição, é possível se exigir o imposto por solidariedade (sobre o preço médio, sem MVA), assim como o ICMS devido, por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, deduzida a parcela do tributo normal.

Conclui que, para o contribuinte sujeito ao regime normal, cabe a exclusão da segunda parte, cobrado-se apenas a multa de 60%, pois goza o mesmo da presunção legal de que as mercadorias foram vendidas com tributação. Salienta que, como visto, os termos da Portaria 445 não foram atendidos, o que enseja, preliminarmente, a nulidade do lançamento de ofício.

Ao tratar do mérito, aduz que o item 03, cujo método e possibilidade não possui amparo regulamentar, provoca o "*bis in idem*", devendo ser excluído. Salienta que existe uma total desproporção, entre as bases de cálculo dos itens 01 e 02. Argumenta que: "*se o item 02 cobra o imposto de que trata a alínea "b", do inciso I, art. 10, da Portaria 445/98, incidindo sobre o VALOR ACRESCIDO, como se admitir ser tal base MAIOR do que o item 01? A MVA, deduzida a parcela do imposto próprio, alcança quase 100% da base das omissões? É evidente que não! Tal aconteceu porque não foram feitas, a exemplo do item 01, as deduções apuradas, ainda que de forma incompleta, no AI.*"

Sustenta que a base haveria de ser, apenas se considerando as mercadorias enquadradas na substituição, o valor das mercadorias, mais MVA prevista no Anexo 88, deduzida a parcela do

imposto normal, cuja dedução no caso se deu com a base reduzida, restando operada a técnica de aplicação de *"dois pesos e duas medidas"*, sempre em detrimento do contribuinte.

Acrescenta que, por outro lado, as quantidades foram apuradas de forma afastada da realidade espelhada nas compras e vendas do estabelecimento, posto que não foram computadas, para efeitos da contagem física, as Notas Fiscais números 000004341 e 000004342, emitidas em 29/12/2009, conforme cópias anexas. Levadas tais notas às contagens, as diferenças somem.

Ao final, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e, visando a recontagem das quantidades (com inclusão das notas acima), a apuração dos valores, deduzidas os percentuais de direito (proporcionalidade, regime de atacado e reduções de bases previstas no RICMS), revisão por fiscal estranho ao feito e pede que o AI seja julgado nulo ou improcedente.

A autuante, fls. 374 a 379, ao prestar a informação fiscal, salienta que não procede a alegação de *"bis in idem"* entre as três infrações, pois são 3 fatos geradores distintos: 1) presunção de saída; 2) imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo; e, 3) imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário. O valor a infração 3 foi abatido da infração 2. Aduz que própria impugnante admite nos itens 6 e 7 da defesa, ao descrever o procedimento defendido por ela com correto, que o procedimento da fiscalização esta correto.

Em relação a alegação defensiva que na infração 1 foi apurada omissão de entrada e considerou todas as mercadorias, tributadas ou sujeitas a substituição, na situação 1 – TRIBUTADA, afirma que não corresponde a realidade, porque a infração 1 cobra a falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal, ou seja, a infração 1 não cobra entrada e sim saída presumida. Por se tratar de presunção de saída, aparece a legenda da situação 1 – TRIBUTADA, apenas por simbologia. Esta legenda não prejudica a apuração do cálculo, pois foi respeitada a proporcionalidade estabelecida na IN 56/2007. A base de cálculo considerada como tributária corresponde a porcentagem de 31,694%. Não houve tributação sobre a proporcionalidade da base de cálculo correspondente a isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, conforme IN 56/2007.

Ainda sobre a infração 1, no tocante ao argumento defensivo de que não foi observada as normas específicas para cada produto, concernentes à redução de base de cálculo, bem como o benefício estabelecido no Decreto 7.799/00, afirma que tal argumento não procede, pois com se trata de cobrança de presunção de saída, deve obedecer ao estabelecido na IN 56/2007. A infração 1 obedeceu a IN 56/2007.

Em relação às infrações 2 e 3, relativamente ao argumento da defesa que as reduções não foram aplicadas, assegura que não cabe esta arguição, pois não se aplica redução do Decreto nº 7.799/00 para mercadorias sujeitas a tributação. Os únicos produtos com norma específica para redução da base de cálculo são FRALDA DESC SAPEKA MD (COD 526340) e FRALDA DESC SAPEKA GD (COD 526357). Na infração 2 (imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo) foi dada a redução, folha 33 e na infração 3 (imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário) foi dada a redução, folha 38.

Relativamente a alegação defensiva que as infrações 2 e 3 cobram, indevidamente, imposto sem respeitar os inciso a I, "a" e "b" e II, do art. 10 da Portaria 445/98, diz que isto não ocorreu, porque a infração 2 (imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo) foi baseada no art. 10, inciso I, "b" da portaria 445/98 e a infração 3 (imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário) foi baseada no art. 10, inciso I, "a" da Portaria 445/98. O inciso II só se aplica se ficar comprovado que a operação de saída posterior foi tributada normalmente. As mercadorias cobradas nas infrações 2 e 3 não tiveram saídas tributadas, portando, não se aplica o inciso II da Portaria 445/98.

Destaca que os itens 6 e 7 da defesa, ao descrever o procedimento defendido pela impugnante como correto, descreve exatamente os procedimentos adotados pela fiscalização.

No que concerne ao argumento de desproporção entre as base de cálculo das infrações 1 e 2, já que segundo a defesa, a infração 2 tem base maior que a infração 1, esclarece a autuante que isto ocorre porque na infração 1 (presunção de saída) de regra geral não se aplica MVA, exceto quando não tem o preço médio de entrada, custo do estoque inicial e custo do estoque final, que se deduz o MVA do custo médio de saída. Na infração 2 (imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo), deve incidir MVA ou PAUTA sobre todos os itens. Na situação em que o preço unitário da infração 2 (imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo) é maior que o preço unitário da infração 1 (presunção de saída) é porque a PAUTA deve ser aplicada. Cita como exemplo a mercadoria LOMBO DEF FRIMASA (COD 6811) infração 1 (presunção de saída) o preço unitário é R\$11,00 (preço médio saída) e na infração 2 (imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo) o preço unitário é R\$14,18 (PAUTA). Na infração 2 (imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo), quando não incide pauta sobre o preço unitário, que o mesmo da infração 1, deve incidir o MVA. Tudo conforme legislação. Por este motivo a base da infração 2 é maior que a base da infração 1.

Quanto questão da MVA, entende que o entendimento da defesa é equivocado, porque a infração 1 (presunção de saída) deve obedecer ao estabelecido na IN 56/2007, enquanto a infração 2 (imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo), tem dois itens com norma específica para redução da base de cálculo que são FRALDA DESC SAPEKA MD (COD 526340) e FRALDA DESC SAPEKA GD (COD 526357), folha 33.

Destaca que a inclusão das Notas Fiscais 4341 e 4342 não pode ser executada, pois estas notas só deram entrada no estabelecimento em 04/01/2010, portanto em outro exercício que não o da infração, que foi 2009. O arquivo magnético estabelecido no Convênio 57/95, informado pelo contribuinte para o exercício de 2009, não contém as notas fiscais 4341 e 4342. Este arquivo foi confrontado com livro Registro de Entrada e a soma do CFOP 5152 do mês de dezembro/09 do SINTEGRA confere com o valor do CFOP 5152 do mês de dezembro/09 do livro Registro de Entrada. Analisando o livro Registro de Entrada de 2010, as notas estão escrituradas no dia 04/01/2010. Como as notas deram entrada em um exercício posterior ao exercício do auto de infração, estas notas não podem ser consideradas.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi convertido em diligência para reabertura do prazo de defesa, trinta dias, folha 384, em razão da informação fiscal ter apresentado diversas considerações esclarecendo os motivos das autuações, para rebater as arguições de nulidades e de mérito apresentadas pela defesa.

Em sua manifestação, folhas 388 a 391, o autuado renova todos os termos de sua defesa anterior.

Argumenta que, ao contrário do que entendeu a autuante, a nulidade da autuação reside na insegurança na determinação das infrações e apuração das bases de cálculo, pois, através de um movimento 'inovador' na sistemática do fisco, o AI recai sobre as mesmas bases quantitativas, exigindo ICMS por "três fatos", distintos, o que deixa claro o "bis in idem" e maculas nas bases de cálculo. Com efeito, no item 01, a constatação é sim de "omissão de entradas", em 2009, o que não fica descaracterizado pela "presunção de omissão de receita" (e não de saídas, que seriam identificadas, como quer a Autuante), incluindo mercadorias sujeitas ao regime normal e de substituição tributária, todas, como admitido às fls. 376, com a situação tributária "1-TRIBUTADA".

Ressalta que a IN 56/2007 não impõe qualquer obstáculo à observância das demais normas vigentes, notadamente, no caso concreto, relativas à redução de base de cálculo (carnes, aves, leite, açúcar, óleo de soja, farinha de trigo, massas, manteiga etc), e ao benefício estabelecido no Decreto 7799/00, do qual o estabelecimento autuado é beneficiário. O fato da autuação se basear em "presunção de omissão de receita", deixa ainda mais evidente que toda a norma benéfica ao

contribuinte deve ser observada. Além disso, como já abordado, as reduções não foram levadas em consideração, para efeito das cobranças dos itens 02 e 03, que também cobra, indevidamente, imposto a título de ANTECIPAÇÃO e sobre MVA, sobre as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, contrariando, inclusive, a Portaria 445/98. Sobre as mercadorias sujeitas ao regime de substituição, caberia, no máximo, a cobrança, conforme o caso, das parcelas previstas no art. 10, I, "a" e "b" e II, da aludida Portaria, onde não se vê espaço para o método adotado, até mesmo porque as mercadorias foram classificadas como "tributadas".

Entende que as explicações trazidas pela Autuante não suportam a pretensão, de se cobrar, ao mesmo tempo, sobre o mesmo período a bases quantitativas, com mistura entre mercadorias sujeitas ao regime normal e da substituição, imposto por "presunção de omissão de receita", "por responsabilidade solidária/MVA" e, novamente, "por responsabilidade solidária, por aquisição a terceiros sem NF". A apuração, fosse apenas o vício de não separar as mercadorias sujeitas a regimes diversos, já seria nula.

Sustenta que para o contribuinte sujeito ao regime normal cabe a exclusão da segunda parte, cobrado-se apenas a multa de 60%, pois goza o mesmo da presunção legal de que as mercadorias foram vendidas com tributação. Sobre este ponto, a autuante sequer se pronunciou. Como visto, os termos da Portaria 445 não foram atendidos, o que enseja, preliminarmente, a nulidade do lançamento de ofício.

Ao tratar do mérito, reitera que o item 03, cujo método e possibilidade não possui amparo regulamentar, provoca o "bis in idem", devendo ser excluído, pois não se aplica, como pretendido, ao caso de PRESUNÇÃO de omissão de receita, pois quando se cobra a própria presunção (item 01) e a MVA (item 02), toda a cadeia foi encerrada. Contrário sendo, mantido o item 03, os dois primeiros são indevidos.

Com relação à desproporção, entre as bases de cálculo dos itens 01 e 02, aduz que as explicações da autuante não convencem, pois, para efeito da cobrança por presunção, a base é o valor da receita não contabilizada (RICMS/97, art. 60, II, "b"), não existindo BASE LEGAL para o critério citado às fls. 377 e 378 (MVA ou PAUTA). Sendo o item 02 "acessório", ou seja, devendo incidir apenas sobre valor agregado, é evidente que o mesmo é sempre menor. A base haveria de ser, apenas se considerando as mercadorias enquadradas na substituição, o valor das mercadorias, mais MVA prevista no Anexo 88, deduzida a parcela do imposto normal, cuja dedução no caso se deu com a base reduzida, restando operada a técnica de aplicação de "dois pesos e duas medidas", sempre em detrimento do Contribuinte.

Novamente ressalta que a base da autuação é a 'presunção', ou seja, não existe fato gerador comprovado, não existe motivação para a recusa das Notas Fiscais números 000004341 e 000004342, emitidas em 29/12/2009, para efeito de contagem física, pois foi justamente a falha no lançamento destas notas que deu margem às diferenças presumidas. Os produtos listados nas citadas notas efetivamente ingressaram no estabelecimento autuado em 2009 e foi o registro fiscal, posterior, que deu margem às divergências. Contudo, se não acatadas para contagem da efetiva circulação das mercadorias, os reflexos negativos seguirão para os exercícios posteriores, sempre em detrimento da Autuada. Como o fato gerador é a circulação, as notas provam que houve o fato em 2009, estando elidida a presunção, nos termos do art. 11, da Portaria 445/98, restando a pena acessória pela *'falta de registro de documentos relativos a entradas de mercadorias no estabelecimento'*, no caso realizado de forma extemporânea.

Ao final, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e, visando a recontagem das quantidades (com inclusão das notas acima), a apuração dos valores, deduzidas os percentuais de direito (proporcionalidade, regime de atacado e reduções de bases previstas no RICMS), revisão por fiscal estranho ao feito, pede que o AI seja julgado nulo ou improcedente.

O autuante, em nova informação fiscal, folhas 395 e 396, ressalta que: "A segunda manifestação só tem argumentações equivocadas."

Informa que anexou a escrituração de 2009 e 2010 com as respectivas DMA's que comprovam que as Notas Fiscais nºs 4341 e 4342 deram entrada no estabelecimento em 2010 e, portanto, não podem ser consideradas no levantamento quantitativo de 2009.

Com relação ao pedido de revisão fiscal, entende ser desnecessário, porque todos os elementos encontram-se no PAF.

Ratifica a informação fiscal das folhas 374 a 379.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 03 (três) infrações, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, sendo que na infração 01 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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. Na segunda infração é imputado a 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, deduzido 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. Por fim, na última infração é imputado ao autuado a falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

Em sua defesa o sujeito passivo apresentou questões de nulidade, requereu diligência e questionou o mérito, propriamente dito, argumentos que passo a analisar.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, "a", do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Não acolho as preliminares de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Verifica-se que ao contrário do pensamento manifestado pelo defendente, não há cobrança em duplicidade, pois são 3 fatos geradores distintos: 1) presunção de saída; 2) imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo; e, 3) imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário. O valor da infração 03 foi abatido valor da infração 02. Conforme se observa no Auto de Infração e nos demonstrativos acostados aos autos e entregues ao contribuinte. Portanto, as demonstrações vinculam os fatos, traz a base de cálculo de forma clara, objetiva. Não se verificando nenhum conflito com os mandamentos consignados na Portaria 445/98, pois infração 2 (imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo) foi baseada no art. 10, inciso I, "b" da citada portaria e a infração 3

(imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário) foi baseada no art. 10, inciso I, “a” da mesma portaria.

De igual modo, não pode ser acolhido o argumento defensivo, relativa ao item primeiro da autuação, de que a houve tributação sobre o total apurado como omissão, pois a autuante aplicou a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, não cabendo a aplicação nos benefícios fiscais previsto no Decreto nº 7.799/00, como pretendido pela defesa, pois não se trata de norma mais benéfica, como levantado na defesa, uma vez que foi apurado 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.

Cabe registrar que os únicos produtos com norma específica para redução da base de cálculo são FRALDA DESC SAPEKA MD (COD 526340) e FRALDA DESC SAPEKA GD (COD 526357). Na infração 2 (imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo) foi dada a redução, folha 33 e na infração 3 (imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário) foi dada a redução, folha 38 dos autos.

Também não tem procedência o argumento defensivo, apresentado como preliminar, de que, para o contribuinte sujeito ao regime normal, cabe a exclusão da segunda parte, cobrado-se apenas a multa de 60%, pois goza o mesmo da presunção legal de que as mercadorias foram vendidas com tributação, uma vez que tal situação deve ser comprovada pelo contribuinte, para todas as operações realizadas, o que não ocorreu na presente lide. O inciso II, do artigo 10, da Portaria 445/98 só se aplica se ficar comprovado, efetivamente, que a operação de saída posterior foi tributada normalmente.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido as alegações de nulidades da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, o sujeito passivo reiterou o argumento de cobrança em duplicidade, o qual já foi afastado no início do voto.

Quanto a alegação de desproporcionalidade entre as base de cálculo dos itens 01 e 02, conforme bem esclarecido pela autuante em sua informação fiscal, a qual foi entregue ao contribuinte autuado, com a reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta), isto ocorre porque na infração 1 (presunção de saída) de regra geral não se aplica MVA, exceto quando não tem o preço médio de entrada, custo do estoque inicial e custo do estoque final, que se deduz o MVA do custo médio de saída. Na infração 2 (imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo), deve incidir MVA ou PAUTA sobre todos os itens. Na situação em que o preço unitário da infração 2 é maior que o preço unitário da infração 1 é porque a PAUTA deve ser aplicada. Cabe destacar o exemplo apresentado na informação fiscal, em relação ao produto *LOMBO DEF FRIMASA (COD 6811)* infração 1 o preço unitário é R\$11,00 (preço médio saída) e na infração 2 o preço unitário é R\$ 14,18 (PAUTA).

No tocante ao entendimento defensivo relativo a utilização da MVA, o mesmo não pode ser acolhido, uma vez que na infração 1 (presunção de saída) deve obedecer ao estabelecido na IN 56/2007, enquanto a infração 2 (imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo), tem dois itens com norma específica para redução da base de cálculo que são FRALDA DESC SAPEKA MD (COD 526340) e FRALDA DESC SAPEKA GD (COD 526357), o que foi observado pela fiscalização.

No tocante ao pedido da defesa para a inclusão das Notas Fiscais 4341 e 4342, o mesmo não pode ser acolhido, pois tais notas só deram entrada no estabelecimento em 04/01/2010, portanto em outro exercício que não o da infração, que foi 2009, conforme o livro de Registro de Entrada de 2010.

Por fim, no que concerne a indicação do impugnante para que as intimações sejam realizadas em nome do advogado, ressalto que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Observo, contudo, que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, que orienta, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0005/13-1** lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$253.059,49**, acrescido das multas de 60% sobre R\$96.970,17 e 70% sobre R\$156.089,32 previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR