

A. I. Nº - 269133.0301/14-7  
AUTUADO - CONQUISTA COMÉRCIO ATACADISTA DE PROD. ALIMENTÍCIOS LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA  
ORIGEM - INFAT TEIXEIRA DE FREITAS  
INTERNET - 29/10/2014

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0233-03/14

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. O autuado não elide as acusações fiscais. Infrações subsistentes. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. ESTORNO PROPORCIONAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de documentos fiscais. Infração caracterizada. Rejeitado pedido de cancelamento de multas. Não acolhida nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 26/03/2014, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$49.284,46, acrescido das multas de 60% e 100%, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

1 – 07.01.02. recolheu a menos o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, no período de maio, agosto, novembro e dezembro de 2011 no valor de R\$13.731,77;

2 – 07.04.03. deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro a dezembro de 2011 no valor de R\$ 14.900,15;

3 – 01.02.26. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto (acordo atacadista) de janeiro a dezembro de 2011 no valor de R\$19.466,19;

4 – 04.05.02 - falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis, no exercício de 2011, no valor de R\$1.186,35.

O autuado faz a impugnação às fls.136/144. Registra a tempestividade da defesa. Transcreve as infrações que lhe foram imputadas. Diz que em seu entendimento o presente auto de infração é nulo de pleno direito ou na pior das hipóteses, é insubstancial, pois não praticou qualquer uma

das infrações que lhe foram imputadas.

Requer a nulidade do presente auto de infração, com base no art. 18, inciso II do RPAF/99, por ter sido o mesmo praticado com preterição do direito de defesa da autuada, tendo em vista a não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações alegadas como infringidas.

Afirma que no caso em tela, o auto de infração foi lavrado em 26/03/2014, pelo Auditor Fiscal José Cícero de Farias Braga, correspondente ao período fiscalizado de 01/01/2011 a 31/12/2011. No entanto, afirma que tal período já havia sido fiscalizado anteriormente, por outro Auditor Fiscal, Kleiton Gusmão Scofield que não encontrou qualquer irregularidade fiscal na empresa, apesar do Fisco Estadual, não ter dado ciência formal do resultado desta primeira fiscalização, a teor dos artigos 127-A e 127-B que transcreve.

Aduz que naquela oportunidade a autuada não obstruiu ou tentou obstar qualquer fiscalização, eis que, após ser intimada pelo auditor fiscal Kleiton, para apresentação de livros e documentos, referentes ao mesmo período em questão fiscalizado, prontamente, cumpriu com sua obrigação legal, entregando o quanto solicitado, em 27/06/2013, conforme cópias de Intimação para apresentação de livros e documentos e da relação de documentos fiscais entregues. Afirma que teve igual procedimento quando da segunda fiscalização.

Entende que sem ciência formal da conclusão do auditor fiscal anterior, em relação ao período fiscalizado de 2011, há preterição do direito de defesa da mesma, até porque, em se tratando de empresa atacadista pode haver interpretação diversa em relação à aplicação dos benefícios concedidos a esse ramo de comércio pelo fisco estadual, o que, em tese, afasta qualquer dolo na prática das infrações alegadas no presente auto de infração.

Ressalta que, se acaso houvesse sido encontrada alguma irregularidade fiscal em 2013, época da primeira fiscalização, poderia ter sido beneficiada com possível anistia fiscal que o Estado da Bahia, concedeu aos seus contribuintes, em novembro de 2013, ficando assim, a mesma, prejudicada com esta segunda fiscalização, iniciada, com a nova solicitação, em 03/02/2014, de apresentação de livros documentos anteriormente apresentados do exercício fiscal de 2011.

No que diz respeito ao mérito, aduz que o auto de infração deve ser declarado insubsistente, tendo em vista que a empresa desde que iniciou suas operações comerciais, em 09/04/2007, tendo como atividade econômica principal no comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, sempre pautou pelo respeito nas suas obrigações tributárias, razão pela qual, entende que, não praticou as infrações apontadas.

Frisa que houve apenas e tão somente equívocos em relação a aplicação correta ou não de dispositivos regulamentares do ICMS nas infrações em comento, onde a autuada, em tese, teria praticado em síntese: (i) na infração 01: substituição tributária recolhida a menos, a alíquota de ICMS para bebidas com NCM 2206 seria de 27% e estava sendo calculada como de 17%; (ii) na infração 02, a empresa possui benefício dos Atacadistas para vendas a contribuintes inscritos, mas para vendas a pessoa física deveria reter diferença de ICMS; (iii) na infração 03 a empresa possui benefícios de Atacadistas e paga nas vendas 10% de ICMS (redução da base de cálculo), onde nas compras externas com crédito de 12% deveria estornar 2% e nas compras internas com crédito de 17% deveria estornar 7%; e (iv) na infração 04, alguns produtos tiveram diferença de estoque, razão pela qual considerou que houve venda sem emissão de nota fiscal.

Assevera que não houve dolo, fraude ou simulação em relação às infrações em análise, pois na verdade, sendo pertencente ao ramo de comércio atacadista, com benefícios especiais no exercício de sua atividade principal concedidos pelo fisco estadual, em tese, com exceção da 4ª infração, que houve, inclusive cálculo por preço médio das mercadorias e não preço real para cada uma, as infrações apontadas dão margem a interpretações e entendimentos diversos, tanto é, que o auditor fiscal anterior (Kleiton Gusmão Scofield), apesar de ter fiscalizado o mesmo período deste auto de infração, não encontrou qualquer irregularidade fiscal contra a autuada.

Sobre interpretações e entendimentos diversos, menciona que o contribuinte baiano sempre sofreu com as constantes alterações na legislação tributária sobre ICMS, o que levou o próprio estado da Bahia, após 15 anos e 153 alterações, a aprovar o RICMS/97 através da publicação do novo Regulamento do ICMS/12. Sobre o novo RICMS comenta que vem bem mais enxuto que a versão anterior, pois foram retirados todos os artigos que eram mera repetição do constante na Lei do ICMS (Lei nº 7.014/96). Outra novidade é a redução para apenas 02 (dois) anexos, o que fará com que o contribuinte interprete a legislação com menos equívocos.

Transcreve o art.172 do CTN para reforçar que a lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo a situação econômica, ao erro ou ignorância escusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato e a diminuta importância do crédito tributário.

Afirma que deve ser declarado como insubstancial o presente auto de infração ou na pior das hipóteses, impõe-se a aplicação do art. 172 do CTN retocitado. Assevera que em caso de subsistência das infrações em questão, impõe-se ainda, ao julgador tributário, a faculdade de reduzir ou elevar a multa aplicada de 60% nas três primeiras infrações e a de 100% na quarta e última infração, tendo em vista que não houve dolo, fraude ou simulação por parte da autuada, no presente auto de infração.

Ressalta que as multas não são consideradas tributos, mas sim punição pelo não cumprimento da obrigação principal ou acessória a que fica sujeito o contribuinte ou responsável, perante a legislação tributária, já que, o Código Tributário Nacional assim define os tributos.

Requer preliminarmente, a declaração de nulidade e no mérito, seja declarado improcedente com a sua insubstancialidade ou na pior das hipóteses, seja concedida remissão total ou parcial do crédito tributário aqui cobrado e/ou ainda, seja decotada a multa aplicada em cada uma das infrações apontadas. Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito e em lei admitidos.

O autuante produz a informação fiscal, fls. 156/158. Diz que em função de defesa interposta pelo contribuinte, necessário se faz as considerações que alinha.

A respeito da arguição de nulidade sob a alegação de que tal período já havia sido fiscalizado anteriormente por outro auditor fiscal, que não teria encontrado qualquer irregularidade fiscal na empresa autuada, afirma que no seu entendimento tais arguições são protelatórias e não pode prosperar.

Explica que a fiscalização anterior realizada por outro auditor fiscal, na verdade não aconteceu de fato, apenas foi iniciada, pois a Ordem de Serviço nº 504726/13 foi cancelada, conforme consulta no sistema INC - Informações do Contribuinte anexada a este PAF, indicando neste caso, que a Secretaria da Fazenda da Bahia teve outras prioridades a serem executadas na área da fiscalização, tanto é verdade que, posteriormente foi emitida a Ordem de Serviço nº 510689/13, que resultou neste auto de infração. Diz que a alegação do contribuinte de que tal período já tinha sido fiscalizado por outro auditor fiscal, inclusive sem encontrar qualquer irregularidade não condiz com a verdade dos fatos.

No que se refere ao mérito da questão, argumenta que relativamente às infrações imputadas, o contribuinte apenas se limitou a dizer no item 01 que não as praticou. Frisa que evidentemente não corresponde ao que está demonstrado neste auto de infração.

Menciona que em contradição ao que mencionou no item 01, o defendente alegou que houve apenas e tão somente equívocos em relação a aplicação correta ou não de dispositivos regulamentares do ICMS nas infrações em comento, discorrendo sobre as irregularidades cometidas e apontadas pela autuação.

Chama a atenção para o fato de o autuado no item 03 finalmente admitir que cometeu as infrações, mas que, segundo o mesmo, não houve dolo, fraude ou simulação.

Apela aos Julgadores, a observar que os argumentos que o contribuinte apresentou em sua defesa são meramente protelatórios, chegando inclusive a admitir o cometimento das infrações. Solicita a procedência do auto de infração em sua totalidade.

#### VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS consubstanciado na apuração de quatro infrações descritas e relatadas na inicial, que serão objeto de apreciação.

O autuado afirmou que o fato de já haver sido fiscalizado para o mesmo período 01/01/2011 a 31/12/2011, por outro auditor fiscal que não teria encontrado qualquer irregularidade na empresa, teria cerceado seu direito de defesa, requerendo por isso, a nulidade da presente autuação.

O autuante em informação fiscal esclareceu que a alegada fiscalização anterior, que teria sido realizada por outro auditor fiscal, na verdade não aconteceu de fato, pois a Ordem de Serviço nº 504726/13 foi cancelada, considerando que a Secretaria da Fazenda da Bahia teve outras prioridades a serem executadas na área da fiscalização. Posteriormente, quando julgado oportuno foi emitida a Ordem de Serviço nº 510689/13, que resultou no presente auto de infração.

Saliento que não existe qualquer impedimento legal para que as empresas sejam fiscalizadas mais de uma vez, em igual exercício. O crédito tributário pode ser constituído a qualquer tempo desde que não atingido pela decadência. Observo que no próprio corpo do auto de infração existe a ressalva de que é mantido o direito de a Fazenda Pública Estadual de apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias.

Ademais, vejo que o fato alegado pelo autuado não trouxe qualquer prejuízo ao pleno exercício de seu direito de defesa. O sujeito passivo foi devidamente intimado para apresentação de livros e documentos fiscais. O auto de infração foi lavrado sob os ditames da Lei 7.014/96, que fundamenta esse imposto; aponta o enquadramento das infrações imputadas; descreve devidamente as infrações nos campos próprios e identifica o infrator, assim como, apresenta os percentuais da multa aplicada. O autuado recebeu os demonstrativos que deram suporte a cada irregularidade constatada e sobre cada item da autuação se manifestou, conforme se depreende da sua defesa.

O autuado alegou que se acaso houvesse sido encontrada alguma irregularidade fiscal em 2013, época da primeira fiscalização, poderia ter sido beneficiada com possível anistia fiscal que o Estado da Bahia, concedeu aos seus contribuintes, em novembro de 2013, ficando assim, prejudicada com esta segunda fiscalização.

Saliento que o sujeito passivo, sabedor de pendências tributárias com o fisco, pode a qualquer tempo, desde que não iniciada ação fiscal, realizar denúncia espontânea na Secretaria da Fazenda, regularizando dessa forma, sem qualquer penalidade, qualquer ilícito tributário acaso cometido.

Diante do exposto, entendo que foram respeitadas as disposições contidas nos artigos 18, incisos I a IV e 39, inciso III do RPAF/99, pelo que rejeito as preliminares de nulidades arguidas, direta ou indiretamente, considerando terem sido resguardados os direitos de defesa e do amplo contraditório, além de não ter sido violado o princípio do devido processo legal.

No mérito, as infrações 01 e 02 referem-se respectivamente, a recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e a falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, conforme demonstrativos da infração 01 – fl.10 e infração 02 – fls.12/24.

Em sua defesa o autuado apenas negou o cometimento de tais infrações. Não apontou erro a respeito do cálculo das mesmas. Disse que houve tão somente, equívocos em relação a aplicação correta ou não de dispositivos regulamentares do ICMS nas infrações em comento.

Compulsando os autos, vejo que na infração 01, o sujeito passivo recolheu a menos o ICMS substituição tributária no que se refere a aquisições de bebidas alcóolicas com NCM 2206 onde deveria ter aplicado a alíquota de 27%, estava incorretamente sendo calculada a 17%. Quanto à infração 02, o autuado deixou de reter e por consequência não recolheu o ICMS devido nas operações subsequentes realizadas dentro do estado da Bahia.

Na infração 03, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, a empresa que na qualidade de Atacadista é signatária de Acordo nos termos do Decreto 7799/00 que lhe dá o benefício de redução da base de cálculo, o autuado quando das saídas destas mercadorias deveria estornar o crédito, no percentual correspondente à redução, nos termos da alínea “b” do art. 97 do RICMS/97, o que não o fez.

A infração 04 refere-se a falta de recolhimento do ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis. Observo que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, e neste caso, a exigência de imposto relativo à diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível.

Considerando que o autuado não trouxe aos autos os elementos necessários a comprovar o não cometimento das irregularidades apontadas. Saliento que sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, o entendo incursivo nas disposições do art. 142 do RPAF/99. Neste caso, entendo subsistentes as infrações 01, 02, 03 e 04, deste lançamento fiscal.

O autuado nas razões de defesa entende que em caso de subsistência das infrações em questão, impõe-se ao julgador tributário, a faculdade de reduzir ou relevar a multa aplicada de 60% nas três primeiras infrações e a de 100% na quarta e última infração, tendo em vista que não houve dolo, fraude ou simulação por parte da autuada, no presente auto de infração.

Saliento que as multas aplicadas encontram-se tipificadas no art. 42 da Lei 7.014/96, nos incisos e alíneas especificados no PAF. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269133.0301/14-7, lavrado contra **CONQUISTA COMÉRCIO ATACADISTA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.284,46**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 48.098,11 e de 100% sobre R\$ 1.186,35 previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d”, e “e”, inciso VII, alínea “a” e inciso III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2014.  
ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE  
ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA  
JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR