

A. I. Nº - 274068.0006/15-4
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI (O ATAKAREJO)
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.03.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0029-05/16

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Infração integralmente mantida, reconhecida pelo sujeito passivo. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. Infração integralmente mantida, reconhecida pelo sujeito passivo. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA INTEGRAL COM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA AJUSTE DE ESTOQUES. **a)** BEBIDAS. Não acolhida a arguição de decadência. O autuado não trouxe aos autos qualquer elemento que elidisse a infração. Mantida a exigência tributária; **b)** MACARRÃO INSTANTÂNEO. Ficou demonstrado que os documentos de arrecadação, bem como as planilhas e demais arguições não elidem a exigência fiscal. Infração mantida. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. Apurada a falta de registro de entradas de mercadorias e consequente presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Justificado o levantamento em aberto pelo autuante, bem como não foi elidida a presunção legal de omissão de saída. Confirmado o acerto da aplicação da multa de 100%. Infração integralmente mantida. Rejeitadas as arguições de decadência, de nulidade e concessão de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/06/2015, exige ICMS e multa percentual no valor histórico de R\$249.556,53 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. O contribuinte não efetuou o recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, nas saídas de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes. As inscrições estaduais encontravam, na data do fato gerador, na situação de inapto, baixado, ou suspenso - proc. bxa/regular. Tudo conforme DEMONSTRATIVO DA FALTA DE RETENÇÃO - CONTRIBUINTE DESABILITADO - ANEXO 1, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Multa de 60% - Art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$32,48;

INFRAÇÃO 2 - Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, conforme DEMONSTRATIVO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL - ANEXO 2, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Multa percentual de 60% - Art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$124.932,61

INFRAÇÃO 3 - Deixou de recolher por antecipação tributária o ICMS relativo ao ajuste de estoque

de produto que passou a ser incluído no regime de substituição tributária. O contribuinte recolheu a menor a antecipação tributária do ICMS relativo ao ajuste de estoque de bebidas quentes, produtos de limpeza e produtos de papelaria, estabelecido nos itens 2, 36 e 38 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, alterado pelo Decreto nº 11.806/09. O cálculo foi feito de acordo com o art. 3º do Decreto nº 11.806/09. Tudo conforme anexos 3 e 4, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Multa de 60% - Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$107.276,38;

INFRAÇÃO 4 - Deixou de recolher por antecipação tributária o ICMS relativo ao ajuste de estoque de produto que passou a ser incluído no regime de substituição tributária. O contribuinte não recolheu a antecipação tributária do ICMS relativo ao ajuste de estoque de macarrão instantâneo, estabelecido no item 11.4.3, do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, alterado pelo Decreto nº 12.156/10. O cálculo foi feito de acordo com o art. 3º do Decreto nº 12.156/10. Tudo conforme anexos 5, 6, 7, 8 e 9 que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Multa de 60% - Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$17.123,44;

INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. O levantamento quantitativo de estoque apresentou em 31/05/2010 uma quantidade negativa, o que implica em entrada de mercadoria sem nota fiscal. Tudo conforme anexos 5, 6, 7, 8, 9, 10 e 11 que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Multa de 100% - Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$191,62.

O autuado, às fls. 122 a 131 dos autos, apresenta defesa e, inicialmente, transcreve as infrações 3, 4 e 5. Preliminarmente, suscita decadência das infrações ora indicadas.

Cita a revogação do art. 107-A do COTEB (Lei nº 3.956/81), no qual previu algumas modificações na ordem tributária do Estado da Bahia, notadamente no que tange às Leis nºs 3.956/81, 6.348/91, 7.014/96, 12.617/2012 e 12.620/2012.

Destaca que o art. 8º da supracitada lei, que determinou a revogação do art. 107-A do Código Tributário da Bahia, trouxe um importante reconhecimento de matéria até então duvidosa: “*Art. 8º Ficam revogados o art. 107-A, o § 5º do art. 107-B e o parágrafo único do art. 135, todos da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981.*”

Pontua que essa revogação extinguiu grande celeuma existente dentro do sistema tributário estadual. Isto porque o art. 107-A estabelecia um prazo quinquenal genérico para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, destoando das regras gerais fixadas pelo Código Tributário Nacional. Reproduz o dispositivo.

Percebe que o Código Tributário da Bahia, ao regular os prazos decadenciais, apenas incorporou o disposto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, olvidando-se da regra consubstanciada no art. 150, § 4º. Registra que, de fato, o CTN regula o instituto da decadência de maneira específica a depender do lançamento ao qual a exação se sujeita. Evidentemente, pois, que caberia ao COTEB fazer o mesmo, seguindo as normas gerais do Código Tributário Nacional. Reproduz o art. 150, §4º.

Assinala que a modalidade de lançamento é por homologação e o contribuinte antecipa o pagamento, corretamente ou a menor, o termo inicial da contagem do prazo decadencial se dá na data de ocorrência do fato gerador. Transcreve o art. 173, I, do CTN, no qual não havendo a antecipação do pagamento, o prazo inicial da decadência é contado a partir do primeiro dia do ano seguinte em que o lançamento deveria ter sido efetuado. Cita entendimento, a ilustre Ministra Eliana Calmon postulou, em julgamento no STJ (STJ, 2ª T., AgRg no Ag. 939.714/RS).

Portanto, indene de dúvidas a possibilidade de se contar o prazo decadencial de tributo sujeito à homologação, como é o ICMS, a partir da ocorrência do fato gerador.

Explica que o Código Tributário da Bahia não previa tal contagem, o que suscitava grandes discussões no cenário da advocacia baiana. Todavia, o impasse foi solucionado com a Lei nº 13.199/14 que, ao revogar o art. 107-A do COTEB, concretizou uma adequação material da legislação baiana ao ordenamento tributário pátrio, pois, utilizam-se as regras gerais do CTN para a referida contagem dos prazos decadenciais. Desta forma, tendo o Impugnante sido intimado em 25/06/2015 para pagar diferenças de ICMS, é certo que os lançamentos anteriores a 25/06/2010 já se encontram decaídos.

Assim, destaca que seja na instância administrativa, seja na judicial, é incontroversa a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, tendo em vista que houve o recolhimento a menor do ICMS, pois não se pode admitir que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial seja superior a 05 anos. Por esta razão se espera, em preliminar, a exclusão dos lançamentos realizados e referentes aos períodos anteriores à 25/06/2010 (infrações 3, 4 e 5), uma vez que os mesmos já ultrapassaram o limite de 05 anos.

Salienta que pelo princípio da eventualidade, caso não reconheça a ocorrência da decadência das infrações 3, 4 e 5, o ora Impugnante passará a demonstrar que recolheu regularmente parte do ICMS que está sendo cobrado na infração 4, mais precisamente no que tange ao ajuste de estoque do macarrão instantâneo.

No mérito, em especial a infração 4, disse que o autuante imputou ao Impugnante a falta de antecipação tributária do ICMS relativo ao ajuste de estoque de macarrão instantâneo, prevista no Decreto nº 12.156/2010.

Explica que o referido ICMS foi devidamente recolhido, conforme se pode visualizar no comprovante de pagamento no valor de R\$ 6.914,50 (em anexo - Doc. 02), obtido diretamente no site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Inclusive, afirma que o referido valor recolhido é relativo ao ajuste de estoque do macarrão instantâneo previsto no Decreto nº 12.156/2010, o ora Impugnante colaciona aos autos também o inventário destas mercadorias (Doc. 03).

Assim, por todo o quanto exposto, sustenta restar demonstrado que o Impugnante de fato recolheu o ICMS antecipação tributária relativo ao ajuste de estoque do macarrão instantâneo, motivo pelo qual a infração ora impugnada deve ser julgada parcialmente improcedente.

Em relação à infração 5, assinala que caso ultrapasse a preliminar de decadência que atinge esta infração, faz observações da impropriedade do roteiro de fiscalização, pois se implementou auditoria através de regime aberto de um exercício que já estava fechado. Registra que a fiscalização não justificou o porquê da fiscalização se dar em regime aberto, pois dispunha de todos os elementos para desenvolver a auditoria, especialmente o livro de inventário.

Observou e reproduziu, também, a impropriedade da multa de 100% aplicada, pois o artigo 13, inciso I, da Portaria nº 445/98, prevê o seguinte:

"Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, "a", e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;"

Por fim, conclui e requer que reconheça a decadência ocorrida nas infrações 3, 4 e 5 devido ao fato de terem se passado mais de 05 anos entre a data do fato gerador (01/01/2010 a 25/06/2010) e a data da ciência do Impugnante (25/06/2015). E caso ultrapasse a preliminar de decadência, se julgue improcedente a infração 4 e nula a infração 5, em virtude do Impugnante ter recolhido regularmente o ICMS antecipação tributária relativo ao ajuste de estoque do macarrão instantâneo, conforme documentação que ora se colaciona aos autos, bem como pela

inadequação da fiscalização.

A autuante, às fls. 145/152, inicialmente, transcreveu as imputações do Auto de Infração (1 a 5), resumiu a peça defensiva, no qual observou que suas razões foram de que iria efetuar o pagamento das infrações 1 e 2; alega decadência dos fatos ocorridos antes de junho/2010; afirmou que efetuou o pagamento parcialmente da infração 4; sustenta que o roteiro de estoque não deveria ser aplicado na infração 5 e que nesta última imputação, a multa fora aplicada erroneamente.

Nas infrações 1 e 2, o autuado afirma que irá efetuar o pagamento.

Alinha que o sujeito passivo suscita decadência, alegando que, de acordo com o art. 150 do CTN, o ICMS é um tributo de modalidade de lançamento por homologação e, portanto, os créditos tributários antes de 25/06/2010 estariam decaídos nas infrações 3, 4 e 5.

Pontua que a alegação não prospera porque esse dispositivo do CTN tem validade para as situações em que a lei não estabelece o prazo de homologação.

Destaca que o próprio CTN no art. 173, I estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assinala que o RICMS/BA em seu art. 965 cita que, após cinco anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Declara que de acordo com o art. 52 da Lei nº 7.014/96 (Lei do ICMS/BA) aplicam-se ao ICMS, no que couber, as normas contidas na Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981. De acordo com o art. 107-A, inciso I o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Registra que o defendant argui que a revogação do art. 107-A da Lei nº 3.956/81 atinge os fatos gerados antes de 25-06-2010. No entanto, informa que a revogação do art. 107-A da Lei nº 3.956/81 dada pela Lei 13.199/14 não retroage os efeitos para antes de 29/11/14. De acordo com o ACÓRDÃO JJF Nº 0067-04/15 quando da revogação do art. 107-A do COTEB decorrente do advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014 firmou-se entendimento, neste momento, tanto da PGE/PROFIS como deste CONSEF que, por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedural, ela não pode retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador ocorrido sob a égide da legislação tributária à época vigente, a exemplo das recentes decisões proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal (Acórdãos CJFs nºs 0031-11/15 e 0050-12/15).

Registra que como existe lei que estabelece o prazo de homologação, não se aplica a decadência antes de 01-01-2016. Desta forma os fatos geradores de 2010 só estariam decaídos em 01-01-2016. Como o auto de infração que constitui o crédito foi lavrado em 2015, não houve decadência.

Por fim, ratifica as infrações 3, 4 e 5.

No mérito, quanto a infração 4, informa que a empresa autuada fora notificada, através da intimação das folhas 10, em 25-05-2015, para apresentar: "a) relação do estoque dos produtos determinados no item 11.4.3 do inciso II, do art. 353 do RICMS (macarrão instantâneo) existente no estabelecimento em 31/05/2010, com quantidade, preço da última entrada e cálculo do ICMS substituído e, b) relação dos DAE's de pagamento do ICMS substituído do estoque de macarrão instantâneo em 31/05/2010. Até o momento da lavratura do auto de infração a empresa não apresentou nenhum documento. Portanto, a planilha das folhas 143 (DOC. 03) só foi apresentada após a ciência do auto de infração".

Argui que a planilha anexada na folha 143 pela defendant não está correta, haja vista a diferença dos itens, quantidades e preço unitário. Exemplo:

- "a) código 65009-9 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,38 e na planilha do contribuinte de 0,31;
- b) código 65008-9 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,38 e na planilha do contribuinte de 0,31;
- c) código 65011-0 tem preço da última entrada no anexo 7 de 0,38 e na planilha do contribuinte de 0,31;
- d) código 5320-1 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,45 e na planilha do contribuinte de 0,36;
- e) código 14043-0 (MAC INS MAGGI LAMEN CALINHA CAI 85GR) tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,45 e na planilha do contribuinte de 0,37;
- f) código 101185-5 (MAC INS MAGGI LAMEN CALINHA CAI 85GR) tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,45 e na planilha do contribuinte de 0,35;
- g) código 101183-9 (MAC INS MAGGI LAMEN CALINHA LV1 85gr) tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,42 e na planilha do contribuinte de 0,33;
- h) código 5894-7 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,45 e na planilha do contribuinte de 0,36;
- i) código 99914-8 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,31 e na planilha do contribuinte de 0,26;
- j) código 99915-6 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,31 e na planilha do contribuinte de 0,26;
- k) código 99916-4 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,31 e na planilha do contribuinte de 0,26; e,
- l) código 99917-2 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,31 e na planilha do contribuinte de 0,26;"

Afirma que a empresa autuada não demonstrou com chegou aos preços médios da planilha (DOC. 03). Portanto a planilha apresentada não é prova do valor da antecipação sobre o estoque de macarrão instantâneo.

Assevera que o DAE (DOC. 02), referência 05/2010, foi considerado pela fiscalização como pagamento da substituição tributária sobre as mercadorias sujeitas à antecipação, adquiridas em maio de 2010. Considerar este DAE para a antecipação sobre estoque de macarrão é considerar o mesmo DAE para pagar duas obrigações. Ratifica as infrações 3 e 4.

Para a infração 5, explica que o autuado foi notificado para apresentar relação do estoque dos produtos determinados no item 11.4.3 do inciso II, do art. 353 do RICMS (macarrão instantâneo) existente no estabelecimento em 31/05/2010, com quantidade, preço da última entrada e cálculo do ICMS substituído, através da intimação das folhas 10, em 25-05-2015. Até o momento da lavratura do auto de infração a empresa não apresentou nenhum documento.

Disse que para dar continuidade ao roteiro de substituição foi levantado um quantitativo para saber qual o montante de macarrão instantâneo em 31/05/2010 (infração 4). Neste momento, foi identificado que houve entrada de macarrão instantâneo sem a devida nota fiscal de entrada. Por este motivo foi lançada a infração 5. Sendo assim, o procedimento adotado esta correto.

Quanto à arguição de que foi aplicação errada da multa de 100%, pois considerou que houve tanto omissão de entrada como omissão de saída.

Esclarece que neste quantitativo não houve a situação tanto de omissão de entrada como omissão de saída. Só ocorreu a omissão de entrada, valor negativo na coluna "EF" do anexo 5, folhas 54. O valor positivo na coluna "EF" do anexo 5, folhas 54, corresponde ao estoque existente em 31-05-2010, sujeito a antecipação.

Por fim, conclui pela manutenção da ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento exemplar pela Procedência do presente Auto de Infração.

Na fl. 157, o contribuinte solicita emissão de DAE para pagamento de parcela do Auto de Infração

ora discutido, conforme consta na fl. 159, se destacando o parcelamento parcial do débito da infração 2 no valor de R\$12.493,30, através dos extratos de fls. 163/170. Também consta, nas fls. 180/199, juntamente com o Termo de Interrupção de Parcelamento.

Nas fls. 201/217, consta outro requerimento de parcelamento de débito do Auto de Infração no valor de R\$242.450,41, no qual fora indeferido o requerimento.

Consta, fls. 218/222, extratos de pagamento parcial do débito do Auto de Infração referente às infrações 1 e 2.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla 05 infrações à legislação do ICMS, já devidamente relatadas. O sujeito passivo reconhece as infrações 01 e 02, em relação às quais ficam mantidas as respectivas exigências tributárias.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Em relação à infração 05 não há, também, nulidade, na medida em que a arguição de que houve o recolhimento do imposto, ora exigido, será enfrentada na análise do mérito.

O sujeito passivo, em sua preliminar de mérito, argui decadência alegando que a revogação do art. 107-A da Lei nº 3.956/81 atinge os fatos gerados antes de 25-06-2010. Acompanho o entendimento da autuante de que a revogação do art. 107-A da Lei nº 3.956/81 dada pela Lei 13.199/14 não retroage os efeitos para antes de 29/11/14. Esse entendimento acompanha a jurisprudência desse CONSEF e da PGE/PROFIS, de que a revogação do art. 107-A do COTEB decorrente do advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedural, não pode retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador ocorrido sob a égide da legislação tributária à época vigente. (Acórdãos CJFs nºs 0031-11/15 e 0050-12/15).

Assim, não cabe a arguição de decadência, alinhada pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no art. 173, I do CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-A do COTEB (Lei nº 3.956/81), vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e da lavratura do Auto de Infração.

Destarte, já que o Auto de infração foi lavrado em 2015, bem como a respectiva ciência, os fatos geradores de 2010 só estariam atingidos pela decadência em 01-01-2016.

No que alude à análise do mérito relativa à infração 04, informa o autuante que intimou à fl. 10, em 25-05-2015, para apresentar: "*a) relação do estoque dos produtos determinados no item 11.4.3 do inciso II, do art. 353 do RICMS (macarrão instantâneo) existente no estabelecimento em 31/05/2010 com quantidade, preço da última entrada e cálculo do ICMS substituído e, b) relação dos DAE's de pagamento do ICMS substituído do estoque de macarrão instantâneo em 31/05/2010. Até o momento da lavratura do auto de infração a empresa não apresentou nenhum documento. Portanto, a planilha das folhas 143 (DOC. 03) só foi apresentada após a ciência do auto de infração*".

O exame da planilha anexada pelo impugnante, à fl. 143 dos autos, conforme demonstra o autuante, foi efetuada com base em valores incorretos, tendo em vista que o cálculo do imposto tinha como referência o último preço de aquisição do produto, conforme exemplo trazido pelo autuante:

- "a) código 65009-9 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,38 e na planilha do contribuinte de 0,31;*
- b) código 65008-9 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,38 e na planilha do contribuinte de 0,31;*
- c) código 65011-0 tem preço da última entrada no anexo 7 de 0,38 e na planilha do contribuinte de 0,31;*

- d) código 5320-1 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,45 e na planilha do contribuinte de 0,36;
- e) código 14043-0 (MAC INS MAGGI LAMEN CALINHA CAI 85GR) tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,45 e na planilha do contribuinte de 0,37;
- f) código 101185-5 (MAC INS MAGGI LAMEN CALINHA CAI 85GR) tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,45 e na planilha do contribuinte de 0,35;
- g) código 101183-9 (MAC INS MAGGI LAMEN CALINHA LVI 85gr) tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,42 e na planilha do contribuinte de 0,33;
- h) código 5894-7 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,45 e na planilha do contribuinte de 0,36;
- i) código 99914-8 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,31 e na planilha do contribuinte de 0,26;
- j) código 99915-6 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,31 e na planilha do contribuinte de 0,26;
- k) código 99916-4 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,31 e na planilha do contribuinte de 0,26; e,
- l) código 99917-2 tem preço da aquisição mais recente no anexo 7 de 0,31 e na planilha do contribuinte de 0,26;"

Assim como a autuante, entendo que o sujeito passivo apresenta a planilha (Doc 03), contudo não trouxe maiores informações sobre como identificou ou como levantou os preços constantes da planilha, não se constituindo em elemento probatório do valor da antecipação sobre o estoque de macarrão instantâneo, na medida em que o Decreto do Estado da Bahia nº 12.156 de 28.05.2010, em seu art. 3º determina a metodologia a ser aplicada para efeito de antecipação do estoque do aludido produto.

Em relação ao DAE (DOC. 02), apresentado pela defesa, referência 05/2010, foi considerado pela fiscalização como pagamento da substituição tributária sobre as mercadorias sujeitas à antecipação adquiridas em maio de 2010, conforme afirma o autuante.

Destarte, considerar este DAE no valor de R\$ 6.914,50 (em anexo - Doc. 02, para a antecipação sobre estoque de macarrão instantâneo exigido na infração 04 é considerar realmente o mesmo DAE para pagar duas obrigações.

Considero mantida a infração 4, bem como mantida a infração 03, na medida em que o sujeito passivo não trouxe aos autos provas de recolhimento do imposto ora exigido.

Quanto à infração 5 foi imputada ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. O levantamento quantitativo de estoque apresentou em 31/05/2010 entrada de mercadoria sem nota fiscal.

Explica a autuante, com relação à arguição do impugnante de que foi feito levantamento aberto, que o sujeito passivo foi notificado para apresentar relação do estoque dos produtos determinados no item 11.4.3 do inciso II, do art. 353 do RICMS (macarrão instantâneo) existente no estabelecimento em 31/05/2010, com quantidade, preço da última entrada e cálculo do ICMS substituído. Assim, a autuante teve que efetuar um levantamento quantitativo para identificar o montante de macarrão instantâneo em 31/05/2010. Com base nesse levantamento a autuante apurou a falta de antecipação do estoque existente que resultou na infração 4.

Esse mesmo levantamento permitiu a identificação de entrada de macarrão instantâneo sem a devida nota fiscal de entrada, justificando o levantamento em exercício aberto e gerando os fatos que resultaram na infração 05, cuja presunção de omissão de saída não foi elidida pelo impugnante.

Quanto à arguição em relação à infração 05 de que foi aplicada incorretamente a multa de 100%, com base no art. 42, III da Lei 7014/96, pois considerou que houve tanto omissão de entrada como omissão de saída, cabendo aplicação do artigo 13, inciso I, da Portaria nº 445/98, resta alinhar que a aludida portaria foi publicada antes da alteração introduzida no inciso III do art. 42 da Lei

7014/96, que antes previa a multa de 70% e a partir de 31/03/2010, passou a prevê a multa de 100%, conforme se pode verificar a seguir:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:

Nota 2: A redação atual do inciso IIII do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10. Nota 1: Redação original, efeitos até 30/03/10: "III - 70% (setenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;"

- a) saldo credor de caixa;**
- b) suprimento a caixa de origem não comprovada;**
- c) manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;**
- d) entradas de mercadorias ou bens não registrados;**
- e) pagamentos não registrados;**
- f) valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:**
 - 1 - instituições financeiras;**
 - 2 - administradoras de cartões de crédito ou débito;**
 - 3 - “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;**
- g) outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.”**

Assim, a aplicação da multa de 100% está em consonância com o que determina o art. 42, III da Lei 7.014/96, com a alteração e redação dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10 e a infração se consubstanciou após tal data. O levantamento quantitativo de estoque apresentou diferença em 31/05/2010.

Cabe manter a exigência constante da infração 05.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0006/15-4**, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI (O ATAKAREJO)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$124.623,92**, acrescido das multas 60% sobre R\$124.432,30 e 100% sobre R\$191.62, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "d" e "e" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$124.932,61**, prevista no inciso II, "d", do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.537/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR