

A. I. Nº - 206882.0001/15-5
AUTUADO - TUPY CALDAS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E LANCHONETE EIRELI
AUTUANTE - LÍCIA MARIA ROCHA SOARES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19.04.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0059-05/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL: a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Acolhida parcialmente a arguição defensiva. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente mantida; b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Utilização de crédito fiscal relativo a mercadorias com antecipação tributária. Levantamento não dispõe dos elementos necessários para se identificar a natureza da operação de cada mercadoria, alvo da exigência fiscal. Não se demonstra se os créditos fiscais, alegados indevidos, resultaram ou não em obrigação principal e, se resultaram, qual o valor em cada período, o que modificaria, inclusive, as datas de ocorrências e correspondentes valores exigidos. Infração 03 é nula, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA. **2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO.** Não foram acolhidas as arguições defensivas. Cofirmados os erros quanto à aplicação das alíquotas. Infração mantida. **3. PASSIVO FICTÍCIO. MANUTENÇÃO NO PASSIVO DE OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS OU INEXISTENTES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** O ônus da prova é do sujeito passivo, a quem caberia indicar quais duplicatas efetivamente em aberto, não foram pagas e formam o seu passivo. Infração 4 subsistente. **4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS. OMISSÃO DE SAÍDA.** Não foram acolhidas as arguições defensivas de erros no levantamento. Infração 05 mantida. Rejeitadas as nulidades arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2015, exige crédito no valor histórico de R\$128.218,38 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos em anexo, no mês de fevereiro de 2012. Multa de 60% - Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$577,88;

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativos em anexo, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. Multa de 60% - Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$4.277,30;

INFRAÇÃO 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária, conforme demonstrativos em anexo, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. Multa de 60% - Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$2.463,08;

INFRAÇÃO 4 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, conforme demonstrativos em anexo, no mês de dezembro de 2012. Multa de 100% - Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$41.183,39;

INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme demonstrativos em anexo. Obs.: Do montante original de R\$120.900,12, correspondente à omissão de saídas apurada mediante o Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadorias em Exercício Fechado (Levantamento de Estoque de 2012), foi deduzido o valor de R\$41.183,39, relativo à infração anterior (Obrigações pagas ou inexistentes no passivo - Passivo Fictício). Perdurando o saldo de R\$79.716,73, ora reclamado (conforme demonstrativo em anexo), no mês de dezembro de 2012. Multa de 100% - Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$79.716,73.

O sujeito passivo apresenta peça defensiva através de advogado devidamente habilitado, às fls. 1827/1837 dos autos, de início, reproduz as imputações e passa a impugnar:

Na infração 1, salienta que foi exigido ICMS sobre crédito indevido para as Notas Fiscais nºs 9797 e 10043, cujas mercadorias foram escrituradas com CFOP 1556, porém referem-se a materiais de embalagens utilizados na comercialização de mercadorias (fls. 31 e 58 do livro Registro de Entradas, em anexo). Ainda que a natureza da operação se refira a uso ou consumo, na essência são embalagens e sobre estas há direito a crédito de ICMS na aquisição, conforme exposto no Parecer DITRI nº 13262/2013 em anexo.

Explica que sobre a Nota Fiscal nº 223485 foi exigido ICMS no valor de R\$2,38, porém, o valor escriturado a crédito foi de R\$1,19, conforme fl. 61 do livro Registro de Entradas em anexo.

Apresenta em anexo cópia do livro Registro de Apuração do ICMS referente a fevereiro/2012.

Pede revisão da infração 1.

Quanto à infração 2, registra que a SAT, por meio de seu titular, fez publicar a Instrução Normativa nº 55, de 2014 (reproduz), para orientar a fiscalização quanto aos procedimentos relacionados com arquivos eletrônicos.

Pontua que a auditora fiscal efetuou a intimação da empresa para apresentação de arquivos tipo Sintegra (documento em anexo) dos meses de junho a dezembro de 2012 e janeiro a dezembro de 2013, para apresentação no prazo de cinco dias.

Afirma que fez a entrega dos arquivos de 2012 e não fez em relação a 2013, pois estava obrigada a apresentar EFD-ICMS/IPI, sendo dispensada da entrega do Sintegra a partir daquele ano.

Reitera que a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas (§ 16 do art. 259 do RICMS).

Aduz que teria o prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade "2", referente a retificação total de arquivo (§ 4º do art. 261 do RICMS) e esclarece que não foi feito o procedimento.

Declara que a única intimação apresentada à autuada foi para apresentação de arquivos no prazo de cinco dias, nos termos do caput do art. 261 do RICMS, sendo que a fiscalização utilizou os arquivos no estado em que se encontravam, sem se preocupar com as diretrizes expostas na Instrução Normativa nº 55, de 2014, e na Portaria nº 445, de 1998.

Cita a Portaria nº 445, de 1998 (transcreve), que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, é categórica ao dispor em seu art. 3º (transcreve).

Aborda que os cuidados tomados pela auditora fiscal, nem todos foram atendidos, trazendo prejuízo para a realização do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, no qual pode ser observado na análise do comparativo entre os valores totalizados por situação tributária nos registros tipo 60A e nos registros tipo 60R, conforme quadro a seguir:

ANOMES	SIT	60A	ANOMES	SIT	60R	DIFERENÇA
201201	7%	52.716,66	201201	7%	37.775,59	14.941,07
201201	12%	33,60	201201	12%	18,00	15,60
201201	17%	149.982,58	201201	17%	136.927,07	13.055,51
201201	F	232.221,31	201201	F	230.482,94	1.738,37
201201	I	68.777,26	201201	I	67.863,50	913,76
201202	7%	55.186,75	201202	7%	58.348,06	-3.161,31
201202	12%	20,25	201202	12%	20,25	0,00
201202	17%	161.884,03	201202	17%	158.722,72	3.161,31
201202	25%	16,50	201202	25%	16,50	0,00
201202	F	247.373,89	201202	F	251.575,63	-4.201,74
201202	I	72.583,97	201202	I	67.679,74	4.904,23
201203	7%	60.233,30	201203	7%	64.836,14	-4.602,84
201203	12%	18,00	201203	12%	18,00	0,00
201203	17%	170.505,66	201203	17%	165.902,82	4.602,84
201203	25%	16,50	201203	25%	16,50	0,00
201203	F	260.167,93	201203	F	269.490,07	-9.322,14
201203	I	71.579,57	201203	I	71.217,32	362,25
201204	7%	56.720,57	201204	7%	56.890,27	-169,70
201204	12%	13,50	201204	12%	0,00	13,50
201204	17%	158.300,93	201204	17%	158.144,73	156,20
201204	F	270.322,08	201204	F	270.767,43	-445,35
201204	I	70.990,34	201204	I	70.922,06	68,28
201205	7%	58.491,19	201205	7%	58.601,56	-110,37
201205	17%	160.516,87	201205	17%	160.406,50	110,37
201205	25%	16,50	201205	25%	16,50	0,00
201205	F	271.066,90	201205	F	271.322,86	-255,96
201205	I	68.833,52	201205	I	68.742,25	91,27
201206	7%	60.241,55	201206	7%	59.547,57	693,98
201206	12%	543,60	201206	12%	543,60	0,00
201206	17%	167.969,18	201206	17%	168.663,16	-693,98
201206	F	286.569,36	201206	F	286.653,41	-84,05
201206	I	76.730,55	201206	I	77.131,47	-400,92
201207	7%	61.441,12	201207	7%	61.425,24	15,88
201207	17%	194.988,77	201207	17%	195.004,65	-15,88
201207	F	332.457,21	201207	F	332.418,85	38,36
201207	I	91.166,20	201207	I	91.164,76	1,44
201208	7%	63.913,00	201208	7%	63.943,06	-30,06
201208	12%	2,99	201208	12%	0,00	2,99
201208	17%	196.707,22	201208	17%	196.680,15	27,07
201208	F	334.168,43	201208	F	334.169,82	-1,39
201208	I	89.218,32	201208	I	89.217,39	0,93
201209	7%	64.329,21	201209	7%	64.312,39	16,82
201209	12%	3,99	201209	12%	3,99	0,00
201209	17%	205.524,41	201209	17%	205.541,23	-16,82
201209	F	342.646,71	201209	F	342.781,45	-134,74
201209	I	88.358,64	201209	I	88.749,98	-391,34
201210	7%	62.187,28	201210	7%	62.187,61	-0,33
201210	17%	203.229,90	201210	17%	203.229,57	0,33
201210	F	345.431,52	201210	F	345.548,86	-117,34
201210	I	90.237,73	201210	I	89.713,37	524,36
201211	7%	62.134,53	201211	7%	62.134,56	-0,03
201211	17%	203.065,58	201211	17%	203.065,55	0,03
201211	F	342.416,51	201211	F	343.277,06	-860,55
201211	I	88.306,00	201211	I	88.284,98	21,02
201212	7%	63.962,10	201212	7%	63.906,15	55,95
201212	12%	1,29	201212	12%	1,29	0,00

201212	17%	241.727,81	201212	17%	241.783,76	-55,95
201212	F	410.187,44	201212	F	410.640,25	-452,81
201212	I	89.587,01	201212	I	89.600,05	-13,04

Argui que a auditora fiscal não apresentou o demonstrativo em arquivo eletrônico, o que dificultou a análise das informações.

Assevera que no levantamento realizado foram inseridas mercadorias que não são tributadas, pois estão alcançadas pelo regime de substituição tributária. São elas: ISQUEIRO, BROA DE MILHO, ESCOVA P/ ROUPA (limpeza), ROSQUINHA COCO, TAFF-MAN-E (energético), DANONINHO (iogurte), MASSA LAZANHA, ESCOVA P/ SAPATO, ESCOVA UNHA PLÁSTICA, POLPA DANITO BEM 10, POLPA BATAVO, SEQUILHOS, GRANULADO CHOCOLATE, DANONE INTEGRAL e GRANULADO TRADICIONAL.

Ademais, a constatação do ilícito descrito na infração 2 requer, como parece evidente, o exame dos lançamentos efetuados pela autuada em seu livro Registro de Saídas, bem como no livro Registro de Apuração do ICMS.

Registra que o exame dos livros fiscais referidos não evidencia que a empresa haja calculado a menor o ICMS devido nas vendas efetuadas através da emissão de cupom fiscal, isto porque os valores estão condizentes com os valores indicados nos registros 60A que correspondem aos valores acumulados nos totalizadores parciais de situações tributárias.

Frisa que as divergências constatadas nos arquivos SINTEGRA não significam que o estabelecimento tenha promovido o recolhimento a menor, pois, à época, o que possuía valor jurídico probatório do recolhimento do imposto eram os livros fiscais.

Afirma que a autuante não logrou êxito em evidenciar o erro na aplicação da alíquota, o que se revela inviável mediante mero relatório de mercadorias e tributação. Ela não explicita a partir de que elementos conseguiu chegar à conclusão de que houve recolhimento a menor. Ou seja, não conseguiu externar os elementos que evidenciam o erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas objeto do presente lançamento de ofício e que os valores foram escriturados erroneamente nos livros fiscais.

Dessa forma, sustenta que resta configurada uma situação jurídica de insegurança na constatação da ocorrência do ilícito objeto da acusação, sendo inviável, até mesmo, afirmar-se, com segurança, que a infração não ocorreu.

Pede pela nulidade da infração 2.

Em relação à infração 3, pontua que a auditora fiscal não apresentou o demonstrativo em arquivo eletrônico, o que dificultou a análise das informações.

Explica que no levantamento realizado foram inseridas mercadorias que não estão alcançadas pelo regime de substituição tributária. São elas: PO P/SORVETE, PEITO PERU REZENDE (presunto), CAFÉ SOLUVEL, FILE MERLUZA, CAVALINHA INTEIRA, ANCHOVA, AMENDOIM DULAR, TOMADA EMBUTIR, TOMADA AMERICANA, ARRAIA VITALMAR, TOMADA TELEFONE, TOMADA 2 POLOS e AMENDOIM YOKI.

Ademais, disse que a simples relação obtida de informações do arquivo SINTEGRA não é suficiente para demonstrar o cometimento da infração. Serve apenas como indício de suposta irregularidade que há de ser comprovada mediante análise da escrita fiscal. Ou seja, é necessário que se demonstre que a autuada de fato escriturou o crédito indevido no livro fiscal competente e que o transferiu para o livro Registro de Apuração, e não promoveu o respectivo estorno. Essa situação não está demonstrada, o que traz insegurança jurídica para o lançamento.

Pede pela nulidade da infração 3.

Para a infração 4, verifica que a auditora fiscal não apresentou o demonstrativo em arquivo eletrônico, o que dificultou a análise das informações.

Declara que o levantamento da auditora fiscal demonstra o saldo do passivo de 2012 para os quais não encontrou o respectivo pagamento a partir do exercício seguinte.

Destaca que não significa que foram pagos no exercício de 2012 ou que são inexistentes.

Aborda que a infração se caracteriza pela manutenção no passivo de obrigação paga ou inexistente. Caberia à auditora fiscal demonstrar esses valores.

Cita exemplos:

- a) no livro Razão encontramos a conta fornecedor para a empresa XYZ COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA, onde consta a aquisição de R\$2.500,00 reais de mercadorias (Nota Fiscal nº 999999999) e não há indicação do respectivo pagamento;
- b) o saldo final da conta desse fornecedor é de R\$2.500,00;
- c) verificamos que o pagamento ocorreu no dia 28/12/2012 sem que a Contabilidade tenha registrado o evento no livro contábil;
- d) logo, temos a manutenção no passivo de obrigação já paga.

Defende que os exemplos dados é a demonstração correta que deveria ser adotada pela fiscalização para a hipótese de manutenção de obrigação paga.

Para a hipótese de passivo inexistente, aduz que a fiscalização deveria demonstrar qual a compra lançada na contabilidade que não corresponde a uma entrada de mercadoria, ou seja, qual operação contabilizada como compra de mercadoria é inexistente (simulação).

Afirma que nenhuma das duas formas foi utilizada no levantamento.

Esclarece que o que tem no demonstrativo apresentado é a uma operação aritmética de pegar o saldo do exercício de 2012 e subtrair os boletos emitidos em 2012 e pagos em 2013, mas tão somente aqueles boletos encontrados, apurando-se a diferença. Sobre a diferença a fiscalização aplicou o que chamou de proporcionalidade, sem demonstrar o seu cálculo, encontrando o ICMS A RECOLHER com aplicação da alíquota de 17% sobre o valor proporcional.

Acrescenta que as três páginas do demonstrativo, ou fosse apenas uma página com o valor da omissão, o efeito seria o mesmo, ou seja, nada está demonstrado para a infração de manutenção no passivo de obrigação paga ou inexistente.

Pede pela nulidade da infração.

No que pertine a infração 5, repete as mesmas arguições da infração 2.

Chama atenção para comparar entre os valores indicados nos arquivos Sintegra e os livros fiscais. Vejamos o comparativo por RESUMO POR CFOP no livro Registro de Apuração do ICMS e o SINTEGRA, para o mês setembro, por exemplo.

LAICMS							
ANO	MES	CFOP	VALOR	BC	ICMS	INT	OUTRAS
2012	07	1102	345.425,71	173.539,93	27.823,17	159.198,65	12.554,12
2012	07	1403	272.438,88	0,00	0,00	0,00	272.381,87
2012	07	1556	4.263,04	0,00	0,00	0,00	4.263,04
2012	07	1910	2.849,09	531,02	90,30	479,65	1.838,42
2012	07	1926	181,28	0,00	0,00	0,00	181,28
2012	07	1949	143,89	0,00	0,00	0,00	143,89
2012	07	2102	10.310,75	8.229,79	987,56	2.080,96	0,00
2012	07	2403	173,92	0,00	0,00	0,00	173,92
2012	07	2551	1.900,00	0,00	0,00	0,00	1.900,00
2012	07	5102	347.596,09	256.429,89	37.448,07	91.166,20	0,00
2012	07	5202	72,35	72,35	12,27	0,00	0,00
2012	07	5403	332.457,21	0,00	0,00	0,00	332.457,21
2012	07	5411	82,40	0,00	0,00	0,00	82,40
2012	07	5926	181,28	181,28	30,81	0,00	0,00
2012	07	5949	189,01	144,17	24,47	0,00	44,84

SINTEGRA							
ANO	MES	CFOP	VALOR	BC	ICMS	INT	OUTRAS
2012	07	1102	345.543,13	173.635,60	27.832,86	170.355,46	1.559,73
2012	07	1403	272.321,46	0,00	0,00	0,00	272.321,46
2012	07	1556	4.263,04	0,00	0,00	0,00	4.263,04
2012	07	1910	2.849,09	531,02	90,30	479,65	1.838,42
2012	07	1926	181,28	0,00	0,00	181,28	0,00
2012	07	1949	143,89	0,00	0,00	0,27	143,62
2012	07	2102	10.310,75	8.229,79	987,56	2.080,96	0,00
2012	07	2403	173,92	0,00	0,00	0,00	173,92
2012	07	2551	1.900,00	0,00	0,00	1.900,00	0,00
2012	07	5102	368.971,25	256.429,89	373,37	91.166,20	0,00
2012	07	5202	72,35	72,35	12,27	0,00	0,00
2012	07	5403	332.457,21	0,00	0,00	0,00	332.457,21
2012	07	5411	82,40	0,00	0,00	0,00	82,40
2012	07	5926	181,28	181,28	30,81	0,00	0,00
2012	07	5949	189,01	144,17	24,47	0,00	44,84

DIFERENÇA							
ANO	MES	CFOP	VALOR	BC	ICMS	INT	OUTRAS
2012	07	1102	-117,42	-95,67	-9,69	-11.156,81	10.994,39
2012	07	1403	117,42	0,00	0,00	0,00	60,41
2012	07	1556	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2012	07	1910	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2012	07	1926	0,00	0,00	0,00	-181,28	181,28
2012	07	1949	0,00	0,00	0,00	-0,27	0,27
2012	07	2102	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2012	07	2403	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2012	07	2551	0,00	0,00	0,00	-1.900,00	1.900,00
2012	07	5102	-21.375,16	0,00	37.074,70	0,00	0,00
2012	07	5202	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2012	07	5403	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2012	07	5411	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2012	07	5926	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2012	07	5949	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00

Afirma que se repetem nos demais meses e que a base de dados utilizada pela auditora fiscal não está correta, sendo que a mesma deveria observar que a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas (§ 16 do art. 259 do RICMS).

Entende, também, que deveria ter sido intimada para correções das inconsistências e isto não foi feito.

Não bastasse, o levantamento apresentado pela auditora fiscal traz mercadorias cuja fase de tributação se encerrou com a antecipação tributária, a exemplo de: ÁCIDO SOLUÇÃO ASMURIAK, ACTIMEL (iogurte), ACTIVIA (iogurte), LAVA ROUPAS, AMONIA, DENSIA (iogurte), BLOCO SANITÁRIO e CORAÇÃO FRIATO.

Considerando que os arquivos SINTEGRA utilizados estavam com incorreções, afirma que os resultados das auditorias aplicadas não trazem segurança para a exigência de ICMS.

Pede, novamente, revisão da infração ou que seja considerada nula, por descumprimento ao disposto no § 4º do art. 261 do RICMS.

Finaliza, requerendo a nulidade dos levantamentos realizados com base nos arquivos SINTEGRA e como consequência imediata, a nulidade do auto de infração.

E, por força do disposto no § 1º do art. 18 do RPAF, as incorreções ou omissões somente podem ser levadas a efeito se for possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do

débito tributário, no Auto de Infração, do contrário o auto de infração está alcançado pela nulidade dos procedimentos.

Reitera que a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário são os elementos básicos que sustentam o lançamento de ofício (auto de infração). Se não for possível sua identificação imediata, o auto de infração é nulo.

Sustenta que somente eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação, não acarretam a nulidade do Auto de Infração. Acrescenta que o Auto de Infração em discussão apresenta erros graves em todos os levantamentos e demonstrativos de todas as infrações lançadas. Não existe a eventualidade.

Portanto, afirma que não deve se falar em saneamento dos levantamentos e demonstrativos, pois com eles não se conhece o montante do débito tributário.

Na informação fiscal, fls. 1848/1851, inicialmente, o autuante faz suas contrarrazões:

Com relação à Infração 1, alega o autuado que a Notas Fiscais nºs 9797 e 10043, lançadas com CFOP 1556, referem-se, na sua essência a materiais de embalagens e não mercadoria destinada a uso e consumo, cita Parecer da DITRI e junta cópia do livro Registro de Entrada.

Em que pese o esforço do autuado, pontua que a simples juntada do livro de Registro de Entrada não é capaz de fazer prova ao alegado, sobretudo diante do CFOP indicado como a natureza da operação. O simples fato de ser um produto da empresa Termoplast, não significa que exclui a sua destinação como material de uso e consumo como o CFOP registrado indica. Não obstante, caso este Egrégio Conselho de Fazenda entenda pertinente a alegação do autuado, a infração indicada, com a exclusão das referidas notas fiscais passaria a valer R\$290,24 (R\$577,99 - R\$287,75).

Mais uma vez, em se acatando as alegações do autuado com relação à Nota Fiscal nº 223485, deverá se proceder a dedução de R\$1,19 sob o valor remanescente da infração 1. Valores estes, indicados pelo próprio autuado, o qual, neste caso, reconhece cabível.

Com relação à Infração 2, o patrono do autuado, como de praxe, insiste em sua tese de desqualificar os arquivos eletrônicos relativos ao Sintegra Nacional apresentados pelo próprio autuado, alegando que não teria corrigido eventuais inconsistência. O fato, é que não foram encontradas inconsistências nos arquivos apresentados, que se prestaram à realização dos levantamentos cabíveis. Querer só agora, após a lavratura do auto de infração em análise, desqualifica-los, por conveniência ou casuísmo, é prática que deve ser rechaçada.

Ademais, destaca que para que os arquivos magnéticos possam ser desconsiderados inidôneos ou imprestáveis para fins de uso pela fiscalização é preciso que o contribuinte/autuado faça prova, a simples alegação não é capaz de elidir o levantamento fiscal realizado, amplamente consubstanciado nos registros constantes nos arquivos eletrônicos apresentados ao Sintegra Nacional.

Registra que o representante do autuado apenas alega vagamente, com o intuito meramente protelatório e mesmo dispondo da possibilidade de apresentar elementos probatórios que consubstanciassem suas alegações, o deixa de fazer, precluindo qualquer possibilidade de revisão da infração apurada.

Com relação à Infração 3 repete as mesmas alegações, deixando novamente de apresentar elementos comprobatórios capazes de elidir a infração fiscal. No que tange aos demonstrativos, os mesmos foram encaminhados via mídia eletrônica integrante do PAF, bem como pela via impressa, com as devidas cópias encaminhadas ao autuado.

Em relação à Infração 4, omissão de saída apurada por meio de manutenção no passivo de obrigação paga ou inexistente, a autuante apresentou criteriosamente o saldo do passivo encontrado, o qual inclusive consta nos documentos contábeis anexados ao PAF. Caberia ao autuado ter apresentado os documentos relacionados ao passivo a descoberto apontado,

indicando as duplicatas eventualmente ainda existentes quando da elaboração do Balanço Patrimonial, Demonstrativos de Resultado e fechamento das contas do Razão/Diário. Infelizmente, o representante do autuado, em nenhum momento apresenta as duplicatas relacionadas ao passivo declarado da empresa, bem como a data da sua efetiva quitação, indicando se tratar de período posterior ao que constou como conta devedora em aberto.

Ainda com respeito a esta infração, informa que o patrono do autuado busca inverter o ônus da prova, ao tempo em que advoga que a autuante deveria indicar quais duplicatas que integram o Passivo do autuado foram quitadas no próprio exercício, quando na realidade, cabe ao autuado indicar quais duplicatas efetivamente em aberto/não pagas formam o seu passivo.

Diante da ausência do autuado em se prestar a cumprir tal obrigação, a autuante, conforme documentos acostados às fls. 62 a 64 do PAF, recompôs de forma analítica e criteriosa o real Passivo Contábil, com base no saldo da conta Fornecedores, só assim reclamando a diferença entre o montante apurado e o declarado pelo autuado.

Assim sendo, diante da demonstração do ilícito fiscal, comprovado com a cópia dos demonstrativos de fls. 62 e 63 (Auditoria de Contas do Passivo) e as cópias do livro Diário e Balanço Patrimonial do próprio autuado e devidamente acostados ao PAF, resta inequivocamente a infração apurada e incapaz de ser elidida pela ausência de elementos de contra prova oferecidos pelo autuado.

Com relação à Infração 5, declara que o representante do autuado repete sua tese com relação à desqualificação dos arquivos magnéticos que ele mesmo apresentou ao Sintegra Nacional, e nos quais não foram observadas inconsistências, o que os torna habilitados ao fim que destina, não carecendo nenhum reparo o levantamento realizado pela autuante.

Também nesta infração, o autuado apenas alega de maneira protelatória, sem apresentar qualquer elemento probatório que descaracterize o levantamento fiscal realizado, bem como indique de maneira clara e precisa, as eventuais irregularidades apuradas.

Diante do exposto, requer que o PAF seja encaminhado para o devido julgamento pelo CONSEF.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 05 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

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; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática. 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, inclusive as planilhas e arquivos eletrônicos da fiscalização, conforme anexados aos autos e recibo à fl. 131, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Assim, não vislumbro a alegada insegurança jurídica sustentada pela defesa ou mesmo a falta de demonstração das infrações 01, 02, 04 e 05, imputadas ao sujeito passivo, conforme melhor análise no exame do mérito.

No que diz respeito às aludidas infrações, o impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. De tal modo, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia, para revisão

ou dúvidas levantadas pela defesa, que, no entendimento deste relator, não prosperam.

A infração 01 foi imputada ao sujeito passivo em razão do mesmo utilizar crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

O impugnante afirma que as Notas Fiscais n^{os} 9797 e 10043, lançadas com CFOP 1556, referem-se, na sua essência, a materiais de embalagens e não mercadoria destinada a uso e consumo. O autuante afirma que, em que pese o esforço do autuado a simples juntada do livro de Registro de Entrada não é capaz de fazer prova ao alegado, sobretudo diante do CFOP indicado como a natureza da operação. O simples fato de ser um produto da empresa Termoplast, não significa que exclui a sua destinação como material de uso e consumo como o CFOP registrado indica.

Todas as informações sobre Termoplast Embalagens Ltda., estabelecida na Bahia, dão conta de que se trata de uma empresa privada que atua na área de produtos de plástico em geral, fundada em 1980 (<http://publicacoes.findthecompany.com.br/150651894/Termoplast-Embalagens-Ltda-em-Salvador-BA>).

Assim, entendo que realmente, conforme afirma o autuante, o fato de o remetente produzir também embalagens, bem como a apresentação do livro Registro de Entrada, não são suficientes para demonstrar que se trata de embalagens o produto que foi contabilmente registrado pela empresa como uso e consumo, com utilização do crédito fiscal.

Entendo que o sujeito passivo não demonstra que o produto efetivamente se refere à embalagem.

Já no caso da Nota Fiscal n^o 223485, o autuante não contesta a alegação do autuado que sobre a mesma foi exigido ICMS no valor de R\$2,38, porém, o valor escriturado a crédito foi de R\$1,19, conforme explica à fl. 61 do livro Registro de Entradas em anexo.

Assim, deve ser deduzido do valor original exigido, ou seja, de R\$577,88 o valor de R\$1,19, remanescendo, desse modo, o valor a ser reclamado de R\$576,69.

A infração 01, portanto, fica parcialmente mantida.

A infração 02 foi imputada em razão de o sujeito passivo ter recolhido a menos o ICMS em consequência da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Conforme se verifica da imputação, a exigência tributária não se refere a levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, não cabendo a aplicação da Portaria 445/98, ou mesmo aplicação das multas referentes às infrações relacionadas com arquivos eletrônicos, previstas na Lei n^o 7.014, de 04 de dezembro de 1996, não cabendo a aplicação da Instrução Normativa 55/2014.

Verifico, também, que ao entregar os seus arquivos à SEFAZ, não foram encontradas inconsistências nos arquivos apresentados. Para a SEFAZ os arquivos estavam em condições de serem utilizados para os levantamentos que foram realizados.

Para elidir a presente infração, restaria ao sujeito passivo demonstrar que os aludidos erros na aplicação das alíquotas não ocorreram e se ocorreram não resultou em recolhimento a menos do imposto. Nenhuma das duas provas foi trazida aos autos, visto que as alegações de incorreções dos arquivos magnéticos apresentadas na peça defensiva, não ofereceram elementos concretos para demonstrar que não houve o aludido recolhimento a menos por erro na aplicação das alíquotas.

Quanto à alegação de que foram incluídas no levantamento mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não é suficiente para elidir a exigência fiscal, tendo em vista que necessitaria ser demonstrado se tratar de mercadorias que efetivamente sofreram recolhimento pelo substituto tributário ou sofreram antecipação pelo próprio contribuinte.

Verifico, também, que o demonstrativo apresentado pela autuante, às fls. 16 a 43 dos autos, indicam as alíquotas constantes na ECF e as alíquotas corretas, a exemplo do item Isqueiro unidade, que conta a alíquota na ECF de 12% e a correta que é 18%.

Assim, considero mantida a infração 02.

Quanto à infração 03, o sujeito passivo, conforme apurado pela fiscalização, utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária, conforme demonstrativos em anexo, nos meses de janeiro a dezembro de 2012.

Quanto à alegação de que os produtos alinhados pela defesa não estão alcançados pelo regime de substituição tributária, foi possível, no presente caso, apenas pela descrição de algumas mercadorias apontadas pelo sujeito passivo, identificar que muitos produtos efetivamente não estão enquadrados nesse regime, como: Peito de Peru Rezende, Café Solúvel, Filé Merluza, Cavalinha Inteira, Anchova, Tomadas elétricas, etc.

Contudo, a inexistência da NCM nos demonstrativos do autuante impede o exame concreto das arguições defensivas, bem como a segurança da existência da infração. Destarte, entendo que não se trata de eventuais incorreções ou omissões, se trata de um levantamento que não dispõe dos elementos necessários para se identificar a natureza da operação de cada mercadoria, alvo da exigência fiscal, especialmente os contestados pelo impugnante, não sendo consignados os códigos que identificam o enquadramento ou não no regime de substituição tributária, mesmo após as alegações defensivas em que fiscalização teve a oportunidade de identificar as mercadorias através das NCMs, possibilitando assegurar a exigência ou não, integral ou parcial da infração imputada, contudo não foram apresentados.

Ademais, como se trata de crédito indevido e, apesar da alegação do sujeito passivo para que fossem examinados os livros fiscais, providência não enfrentada na informação fiscal, entendo que esse fato se soma às razões para a insegurança da infração imputada, na medida em que não se demonstra se os créditos fiscais, alegados indevidos, resultaram ou não em obrigação principal e, se resultaram, qual o valor em cada período, o que modificaria, inclusive, as datas de ocorrências e correspondentes valores exigidos.

Assim, considero nula a infração 03, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Infração 04 trata-se de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes.

A autuante, em seu levantamento, apresentou o saldo do passivo encontrado, o qual inclusive consta nos documentos contábeis anexados ao PAF. Conforme alinha a autuante em sua informação fiscal, caberia ao autuado apresentar os documentos relacionados ao passivo a descoberto apontado, indicando as duplicatas eventualmente ainda existentes quando da elaboração do Balanço Patrimonial, Demonstrativos de Resultado e fechamento das contas do Razão/Diário.

O sujeito passivo, e não o autuante, deveria apresentar as duplicatas relacionadas ao passivo declarado da empresa, bem como a data da sua efetiva quitação, indicando se tratar de período posterior ao que constou como conta devedora em aberto.

O ônus da prova é do sujeito passivo, a quem caberia indicar quais duplicatas efetivamente em aberto, não foram pagas e formam o seu passivo.

Informa o autuante que, diante da ausência do autuado em se prestar a cumprir tal obrigação, conforme documentos acostados às fls. 62 a 64 do PAF, a fiscalização recompôs o real Passivo Contábil do autuado, com base no saldo da conta Fornecedores, reclamando a diferença entre o montante apurado e o declarado pelo autuado.

Diante do exposto, verifico que o sujeito passivo não elide a exigência fiscal, cabendo a manutenção da infração 04.

Quanto à infração 05, imputou-se ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante

levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Considerando que as infrações 04 e 05 se referem à omissão de saída de mercadorias, dentro do mesmo exercício de 2012, a fiscalização deduziu do montante original dessa infração 05, R\$120.900,12, correspondente à presunção de omissão de saídas apurada na infração 04 anterior (Obrigações pagas ou inexistentes no passivo - Passivo Fictício), visto que através dessa infração não se identifica especificamente quais as mercadorias que saíram sem tributação, podendo ser exatamente as apuradas no levantamento quantitativo em questão.

Assim, após a aludida dedução, o próprio autuante fixou o valor exigido na infração 05 de R\$79.716,73, já constante do auto de infração (conforme demonstrativo em anexo), no mês de dezembro de 2012.

Quanto ao levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, não acolho os argumentos de incorreção dos arquivos magnéticos, que foram entregues pelo sujeito passivo e recepcionados pela SEFAZ sem a identificação de incorreções que interfiram no levantamento de estoque. Contudo, ainda que incorreções existissem é preciso demonstrar, no que tange ao núcleo do mérito, a efetiva ocorrência dessas incorreções, bem como a forma que alteram uma das seguintes variáveis, individual ou conjuntamente: entradas, saídas, estoques e preço unitário médio, elementos não trazidos na peça defensiva.

No que alude à alegação da existência de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, além de o sujeito passivo não demonstrar que as mercadorias em questão foram alvo de pagamento antecipado do imposto, não foi apresentado os elementos que demonstrem o enquadramento das aludidas mercadorias no alegado regime, visto que as descrições das mercadorias, como trazidas na defesa dessa infração 05, não permite tal identificação.

Considero mantida a infração 05.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cabendo a procedência parcial para a infração 01, procedência para as infrações 02, 04 e 05 e nulidade da infração 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206882.0001/15-5**, lavrado contra **TUPY CALDAS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E LANCHONETE EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$125.754,11**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.853,99 e de 100% sobre R\$120.900,12, previstas no art. 42, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2017.

ÂNGELO MARIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR