

A. I. Nº - 269141.0004/17-3
AUTUADO - SALES & CIA. LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - SANTO ANTÔNIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21.02.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0003-02/17

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. a) MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infrações não contestadas. **c)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. O autuante em sede de informação fiscal realizou ajustes no lançamento, o que o torna parcialmente subsistente. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS SAÍDAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Infração acatada pelo contribuinte. 3. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS. Infração não contestada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. EXERCÍCIO FECHADO. a)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. Informação fiscal atende o pleito da defesa, reduzindo o montante lançado. Infração parcialmente procedente. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS ANTERIORES DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Diante do lançamento de imposto no mesmo período através da infração 07, a obrigação acessória é absorvida pela obrigação principal. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor de cada nota fiscal não registrada. Frente aos ajustes realizados pelo autuante, atendendo aos argumentos defensivos, a infração subsiste em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 31 de março de 2017 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$231.323,68, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **01.02.01.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no total de R\$ 35.208,84, além 60%, para fatos ocorridos nos meses de abril a dezembro de 2012, maio a julho, setembro a dezembro de 2013, fevereiro, abril, junho, outubro a dezembro de 2014.

Infração 02. **01.02.02.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no montante de R\$ 23.526,09, bem como multa

de 60%, para fatos verificados nos meses de janeiro, fevereiro, maio a julho de 2012, janeiro, fevereiro, abril a julho, setembro a dezembro de 2013, janeiro a julho, setembro a dezembro de 2014.

Infração 03. 01.02.03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, no valor de R\$89.244,15, bem como multa de 60%, correspondente aos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro, março a julho, setembro a dezembro de 2013, janeiro a julho, setembro a dezembro de 2014.

Infração 04. 02.01.03. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, em R\$39.441,05, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sugerida multa de 60%.

Infração 05. 03.02.05. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, sendo lançado R\$ 17.243, 27, bem como a multa de 60%, para ocorrências em janeiro a julho, setembro a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014.

Infração 06. 04.05.02. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuada sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo o valor apurado igual a R\$ 14.204,83, bem como multa de 100%, para o exercício de 2012.

Infração 07. 04.05.06. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente efetuadas, sem a emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em sua escrita, o que autoriza a cobrança de imposto por presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos anos de 2013 e 2014, no total de R\$ 2.961,38, multa de 100%.

Infração 08. 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, e janeiro a novembro de 2014, sendo aplicada multa de 1%, que totaliza R\$ 3.903,32.

Infração 09. 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, e janeiro a novembro de 2014, sendo aplicada multa de 1%, que totaliza R\$ 5.590,75.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 115 a 134, onde requer em sua defesa, inicialmente, seja a mesma encaminhada para a repartição competente, na forma §4º do artigo 123 do RPAF vigente, em benefício da ampla defesa e da formação do contraditório.

Após firmar a tempestividade da peça apresentada, mencionando as infrações apuradas, destaca o bom relacionamento mantido entre o Fisco e o contribuinte ao longo do período da fiscalização, fazendo referência acerca da reconhecida capacidade técnica dos prepostos fiscais da SEFAZ-BA.

Aponda que são objeto dessa defesa as infrações 03, 06, 08 e 09, garantindo que as demais infrações serão pagas através de parcelamento de débito junto com a SEFAZ-BA.

Em relação às infrações contestadas, aponta, inicialmente, a abusividade da aplicação da multa de 100%, uma vez que tal percentual foge das margens de multas aplicadas no país, ainda mais em um contexto de crise em que se vive o que prejudica de forma considerável a continuidade dos trabalhos por parte dos comerciantes e empresários.

Com isso, assevera que tendo como base a multa de 100% do valor de uma infração que gira em torno de R\$14.204,83, o mesmo valor seria cobrado a título de multa que o contribuinte teria a pagar, sendo tal *“valor da multa é maior do que o valor devido para o pagamento do tributo, o que evidencia que a multa se torna um obstáculo para o cumprimento integral da obrigação tributária”*. Traz jurisprudência a respeito do tema.

Sendo assim, entende necessária a observância do valor da multa aplicada, bem como, requer que está seja retirada de forma integral, visto que, sua aplicação foge com o percentual estabelecido pelos principais órgãos de fiscalização, como a Receita Federal e impede de forma direta o pagamento do tributo devido, objeto principal da mesma.

Quanto ao mérito da infração 03, aduz que algumas notas fiscais objetos dessa infração, foram computadas pelo autuante com créditos superiores ao destaque do ICMS nos documentos fiscais, no levantamento do relatório que serviu de base para esta infração.

Alega que se comparar a planilha do Fisco que serviu de base para esta infração, com o arquivo magnético Sintegra e o livro fiscal de entradas de mercadorias para o ano de 2012, pode comprovar a existência de cobrança indevida do ICMS. Apresenta a tabela a seguir:

COMPROVAÇÃO DA COBRANÇA DE ICMS A MAIOR PELA GLOSA DO CRÉD. FISC. EM VALOR SUPERIOR AO DOC. FISCAL								
				INFORMAÇÃO FEITA PELO FISCO CONFORME AUTO		INFORMAÇÃO FEITA PELA AUTUADA-		NOTA FISCAL CONSTANTE NOS ANEXOS
DATA	Nº	CÓDIGO	DESCRIÇÃO	VIBcICMS	ICMS	VIBcICMS	ICMS	
23/01/2012	33641	94305	SAL MIRAMAR 1KG	5.775,00	981,75	5.775,00	693,00	ANEXO-04
23/02/2012	4845	130242	CORVINA INTEIRA 1KG	7.980,00	957,60	7.980,00	558,60	ANEXO-05
26/03/2012	31585	101471	CUSCUZ XODOMILHO 500G	2.900,00	493,00	2.900,00	348,00	ANEXO-06
26/03/2012	31585	135309	FARINHA MILHO XODOMILHO FLOCAO 500G	725,00	123,25	725,00	87,00	ANEXO-07
26/03/2012	31585	861023	FUBA DE MILHO 500G	1.785,00	303,45	1.785,00	214,20	ANEXO-08
17/05/2012	2647	863791	ARROZ BIANCO PARB KG	17.100,00	2.907,00	17.100,00	2.052,00	ANEXO-09
17/05/2012	2649	863791	ARROZ BIANCO PARB KG	5.711,40	970,94	5.711,40	685,37	ANEXO-10
17/05/2012	19273	722298	ARROZ PERUCHI BRANCO 1KG	3.520,00	598,40	3.520,00	246,40	ANEXO-11
17/05/2012	19273	156699	ARROZ PERUCHI BRANCO 5KG	880,00	149,60	880,00	61,60	ANEXO-12
17/05/2012	19273	156677	ARROZ PERUCHI PARB 1KG	35.200,00	5.984,00	35.200,00	2.464,00	ANEXO-13
17/05/2012	19273	156683	ARROZ PERUCHI PARB 5KG	4.400,00	748,00	4.400,00	308,00	ANEXO-14
21/05/2012	38662	38839	SAL LEBRE 1KG	375,00	63,75	375,00	45,00	ANEXO-15
21/05/2012	38662	13429	SAL LEBRE CHURRASCO 1KG	393,75	66,94	393,00	47,16	ANEXO-16
21/05/2012	38662	671747	SAL LEBRE LIGHT 500G	570,00	96,90	570,00	68,40	ANEXO-17
21/05/2012	38662	187954	SAL MIRAMAR 25K	3.318,00	564,06	3.318,00	398,16	ANEXO-18
25/05/2012	33236	688504	ARROZ BLUE SOFT BRANCO 1KG	8.300,00	1.411,00	8.300,00	581,00	ANEXO-19
25/05/2012	33236	124866	ARROZ BLUE SOFT PARB 1KG	12.450,00	2.116,50	12.450,00	871,50	ANEXO-20
12/06/2012	5465	863781	FILE DE MERLUZA DO ANJO PESCA 1KG	3.950,62	671,61	3.950,62	276,54	ANEXO-21
21/09/2012	38713	101471	CUSCUZ XODOMILHO 500G	2.862,00	486,54	2.862,00	343,44	ANEXO-22

21/09/2012	38713	135309	FARINHA DE MILHO XODOMILHO FLOCAO 500G	456,00	77,52	456,00	54,72	ANEXO-23
------------	-------	--------	--	--------	-------	--------	-------	----------

Na infração 06, argumenta não proceder, diante do fato de que quando o Fisco fez o levantamento quantitativo do estoque fechado do ano de 2012, não computou algumas notas fiscais de saídas de mercadorias sob os códigos fiscais de “5927 e 5926”, respectivamente sob as descrições “*Lançamento efetuado por baixa de estoque e Lançamento e efetuado a título de reclassificação do produto*”.

Apresenta o seguinte demonstrativo:

Elabora quadro comparativo, com as devidas informações das quantidades dos produtos e das notas fiscais de saídas, entendendo com isso ser possível justificar a suposta omissão levantada pelo fisco, diante do fato das omissões ora cobradas, decorrerem porque não foram contadas para efeito da planilha do fisco as notas fiscais de saídas sobre os códigos acima descritos.

DEMONSTRATIVO QUE APONTA O MOTIVO QUE GEROU AS OMISSÕES DE SAÍDAS FACE DA NÃO CONTABILIZAÇÃO NO RELATÓRIO DO FISCO DAS CFOP 5926 E 5927							
CÓDIGO	NOME DO PRODUTO	OMISSÃO DE SAÍDA FEITO PELO FISCO	NOTA FISCAL NÃO COMPUTADA PELO FISCO	CFOP	QTDE	OMISSÃO DE SAÍDA REAL	ANEXOS
100981	NESTLE CHANDELLE CHOCOLATE BRANCO	63	4691	5927	63	0	ANEXO-24
1294	SALAME SADIA 1KG	1720	4619	5927	1720	0	ANEXO-26
138340	PAPEL HIGIENICO FOFEX 4UN.	3500	5678	5926	3500	0	ANEXO-28
35479	MARGARINA DELINE 250G	239	4671	5927	239	0	ANEXO-30
58879	MARGARINA QUALY CREMOSA 500G	120	4671	5927	120	0	ANEXO-32
693511	PAPEL HIGIENICO PERSONAL JASM 4UN.	2128	5517	5926	2128	0	ANEXO-34
712878	MOLHO DE PIMENTA MARATA GOTA 150 ML	1250	5142	5927	1250	0	ANEXO-36
761822	NESTLE CHAMYTO PETIT MORANGO UM	155	4691	5927	155	0	ANEXO-38
766278	NESTLE CHAMYTO 1+1 MOR+FIBRA 115+15G	139	4667	5927	139	0	ANEXO-40
86283	NESTLE CHANDELLE MINI SABORES UND	364	4691	5927	364	0	ANEXO-42

Quanto à infração 08, aduz que praticamente quase todas as notas fiscais objeto da mesma, foram devolvidas, mediante emissão de notas de devoluções pelo próprio fornecedor, ação essa que foge do controle da atuada.

Passa a abordar caso a caso para o ano de 2013:

No caso da nota fiscal 576.051, datada de 02 de janeiro de 2013, emitida pela empresa Lutiner Distribuidora de Alimentos Ltda., no valor total de R\$ 2.007,76, foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, nota fiscal 580.625, datada de 10 de janeiro de 2013, no valor total de R\$2.007,76 (anexo 43).

Na nota fiscal 576.039, de 02 de janeiro de 2013, igualmente emitida por Lutiner Distribuidora de Alimentos Ltda., no valor total de R\$7.873,23, foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, nota fiscal 580.624, em 10 de janeiro de 2013, no valor total de R\$7.873,23 (anexo 44).

Assim também, no caso da nota fiscal 138.773, emitida em 10 de janeiro de 2013, pela empresa Wall Mart Brasil Ltda., no valor total de R\$ 11.010,00, foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, de número 139.574, em 19 de janeiro de 2013, no valor total de R\$ 11.010,00 (anexo 45).

A nota fiscal 961.342, datada de 30 de janeiro de 2013, emitida pela empresa Adib Aliança Distribuidora de Bebidas Ltda., no valor total de R\$ 1.212,40, que foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, nota fiscal 53.937, em 31 de janeiro de 2013, no valor total de R\$ 1.212,40 (anexo 46).

No caso da nota fiscal 1.006.830, emitida pela empresa Codical Distribuidora de Alimentos Ltda., no valor total de R\$ 3.376,38, em 31 de janeiro de 2013, afirma ter sido emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, nota fiscal 1.010.164, data 05-fevereiro-2013, no valor total de R\$ 3.376,38 (anexo 47).

No caso da nota fiscal 64.676, de 14 de fevereiro de 2013, emitida pela empresa Ipirai Comércio de Alimentos Ltda., no valor total de R\$5.220,00, que foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, nota fiscal 65.125, em 18-fev-2013, no valor total de R\$ 5.220,00 (anexo 48).

Para a nota fiscal 117.308, emitida em 14 de março de 2013, pela empresa Makro Atacadista S/A., no valor total de R\$3.125,70, foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, de número 23.464, em 14 de março, no mesmo valor (anexo 49).

Em relação à nota fiscal 14.577, emitida pela empresa Engarrafamento Coroa Ltda., no valor total de R\$ 6.300,00, datada de 23 de março de 2013, o desfazimento da operação se deu pela emissão da nota de devolução pelo próprio fornecedor, sob o número 14.635, em 29 de março de 2013, no mesmo valor original (anexo 50).

Também este foi o caso da nota fiscal 229.712, de 20 de abril de 2013, emitida pela empresa União Com. Imp. Exp. Ltda., no valor total de R\$ 22.579,97, tendo sido anulada a operação pela emissão da nota de devolução pelo próprio fornecedor, sob o número 231.675, em 10 de maio de 2013, no mesmo valor (anexo 51).

No caso da nota fiscal 458.244, de 15 de maio de 2013, emitida por Atende Distribuidora S A., foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, de número 460.724, em 23 de maio de 2013, no valor total de R\$ 1.601,70, mesmo valor da nota fiscal originária (anexo 52).

Já a nota fiscal 399.706, emitida por Brasil Kirin Indústria de Bebidas S/A., em 11 de julho de 2013, no montante de R\$ 1.425,80, tendo sido emitida nota de devolução pelo próprio fornecedor, a 38.890, de 02 de agosto de 2013, desfazendo a operação (anexo 53).

Para a nota fiscal 90.005, datada de 04 de setembro de 2013, emitida pela empresa JBS S.A., no valor total de R\$ 14.259,56, foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor (7.648), datada de 16 de setembro de 2013 (anexo 54).

Já a nota fiscal 158.339, de 20 de novembro de 2013, da empresa Wall Mart Brasil Ltda., no valor total de R\$43.028,48, sendo emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, de número 158.373, de 21 de novembro de 2013, no valor total de R\$ 43.028,48 (anexo 55), mesmo caso da nota fiscal 159.992, do mesmo fornecedor, anulada pela emissão da nota fiscal 160.331, em 17 de dezembro de 2013, no valor de R\$ 23.105,84 (anexo 56).

No ano de 2014, assim se deu com a nota fiscal 4.998 de 19 de fevereiro de 2014, emitida pela empresa Disbrengr Dist. e Eng. de Bebidas Ltda., no valor total de R\$ 13.175,05, cuja operação foi cancelada pela emissão da nota de devolução pelo próprio fornecedor, com o número 5.035, em 28 de fevereiro de 2014 (anexo 57).

Quanto à nota fiscal 167.322, emitida em 25 de março de 2014, emitida pela empresa Socôco S.A Indústrias Alimentícias, no valor total de R\$1.197,00, e como devolução pelo próprio fornecedor, tem-se a nota fiscal 5.715, datada de 13 de maio de 2014, no mesmo valor (anexo 58).

No caso da nota fiscal 351.077, emitida pela empresa Atacadão Centro Sul Ltda., no valor total de R\$24.716,00, que foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, nota fiscal n.º 352.099, data 26-jun-2014, no valor total de R\$ 24.716,00 (anexo 59).

Da mesma forma, é o caso da nota fiscal 353.210 de 30 de junho de 2014, emitida pela empresa Atacadão Centro Sul Ltda., no valor total de R\$ 74.658,72, para a qual foi emitida nota de devolução pelo próprio fornecedor, (356.912), datada de 10 de julho de 2014, no valor da nota originária (anexo 60).

Mesma situação da nota fiscal 22.732, de 12 de julho de 2014, emitida por Fatorial Distribuidora Ltda., no valor total de R\$ 5.319,16, para desfazimento da operação, foi emitida nota de devolução pelo próprio emitente (24.663), em 24 de julho de 2014, no valor total de R\$ 5.319,16 (anexo 61).

Para a nota fiscal 146.970, datada de 21 de julho de 2014, emitida por Cargill Agrícola S A., no valor de R\$ 37.133,00, foi emitida nota de devolução pela própria vendedora, de número 14.141, de 28 de julho de 2014, no valor total de R\$37.133,00, ou seja, o mesmo da operação anterior (anexo 62).

Assim também, no caso da nota fiscal 2.321 emitida em 31 de julho de 2014, emitida pela empresa Mitsui Alimentos Ltda., no valor total de R\$8.941,66, que foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, nota fiscal nº 2.399, de 11 de agosto de 2014, no mesmo valor da nota original (anexo 63).

A nota fiscal 31.248, de 03 de setembro de 2014, emitida pela empresa WMS Supermercados Do Brasil Ltda., no valor total de R\$13.657,62, teve a operação anulada pela emissão da nota de devolução pelo próprio fornecedor, (nota fiscal 31.252, de 03 de setembro de 2014) de acordo com o anexo 64.

Já caso da nota fiscal 76.056, data 14 de outubro de 2014, emitida pela empresa Imperial Brasil Ind. e Comercio Ltda., no valor total de R\$ 7.980,24, foi emitida a nota de devolução pelo próprio fornecedor (77.635), datada de 14 de novembro de 2014, no mesmo valor da nota originária (anexo-65).

Mesma situação para a nota fiscal 76.447 de 22 de outubro de 2014, emitida pela empresa Imperial Brasil Ind. e Comércio Ltda., no montante de R\$ 3.275,00, tendo sido emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, (77.637), de 14 de novembro de 2014 (anexo 66).

Para a nota fiscal 76.446, emitida em 22 de outubro de 2014, pela empresa Imperial Brasil Ind. e Comércio Ltda., com valor de operação de R\$ 3.425,08, foi emitida devolução pelo próprio fornecedor, através da nota fiscal 77.636, em 14 de novembro de 2014, na forma do anexo 67.

Relativamente à infração 09, alega que ocorreu a mesma situação da infração anterior, ou seja, foram emitidas notas de devoluções pelo próprio fornecedor, ação como essa, foge do controle da atuada.

Passa a analisar individualmente os seguintes documentos do ano de 2013:

A nota fiscal 576.038, emitida em 02 de janeiro de 2013, pela empresa Lutiner Distribuidora de Alimentos Ltda., no montante de R\$ 2.346,72, foi cancelada pela emissão da nota de devolução pelo próprio fornecedor, 580.626, em 10 de janeiro de 2013 (Anexo 68).

Assim também foi o caso da nota fiscal nº 1.165.494 emitida em 17 de janeiro de 2013, por Fiat Automóveis S/A, no valor total de R\$34.011,47, para a qual foi emitida nota de devolução pelo próprio fornecedor, sob o número 119.820, de 07 de maio de 2013, cancelando a operação original (anexo 69).

No caso da nota fiscal 229.712, de emissão de (BA) União Com Imp. Exp. Ltda., no total de R\$22.579,97, em 20 de abril de 2013, informa ter sido emitida nota de devolução pelo próprio fornecedor, com número 231.675, em 10 de maio de 2013 (anexo 70).

Em relação a operação acobertada pela nota fiscal 325.564, de 29 de maio de 2013, emitida por M. Dias Branco S/A Indústria e Com de Alimentos, no valor total de R\$26.212,54, foi desfeita pela emissão da nota fiscal do fornecedor número 345.851, em 06 de julho de 2013 (anexo 71).

Também este foi o caso da operação acobertada pela nota fiscal 152.249 emitida no dia 12-de novembro de 2013, por Teiú Ind. e Com. Ltda., no valor de R\$23.660,39, em relação à qual foi emitida nota de devolução pelo próprio fornecedor, (153.027, em 21 de novembro de 2013) de acordo com o anexo 72.

Para a nota fiscal 159.992, datada de 12 de dezembro de 2013, de emissão de Wall Mart Brasil Ltda., foi emitida nota de devolução (160.331) pelo próprio emitente em 17 de dezembro de 2013, no valor de R\$23.105,84, correspondente à operação realizada inicialmente (anexo 73).

Na operação acobertada pela nota fiscal 229.712, emitida em 20-abr-2013, por (BA) União Com Imp. Exp. Ltda., no valor total de R\$22.579,97, e mesma emitiu nota de devolução número 231.675, em 10 de maio de 2013 (anexo 74).

A seguir, esclarece os fatos do ano de 2014:

Já na nota fiscal 477.520, de 07 de março de 2014, de emissão de Brasil Kirin Indústria de Bebidas S/A, no total de R\$ 1.123,17, informa ter sido emitida nota de devolução pelo próprio fornecedor, nota fiscal de número 46.756, em 15 de março de 2014 (anexo76).

Mesma ocorrência das anteriores aconteceu com a operação acobertada pela nota fiscal 9.680 de 24-fev-2014, emitida pela empresa Colou Marcou Rótulos e Etiq. do Nord. Ltda., no valor total de R\$1.200,00, em virtude da emissão da nota fiscal de entrada 9.946, em 01 de abril de 2014, no mesmo montante da operação original (anexo 77).

No caso da nota fiscal emitida pela empresa Brasil Kirin Indústria De Bebidas S/A, no valor de R\$ 1.123,17 e número 477.520, em 07 de março de 2014, aduz ter ocorrido o desfazimento da operação através da emissão, pelo próprio fornecedor, da nota fiscal 46.756, em 15 de março de 2014 (anexo 78).

A nota fiscal 353.211, com data de 30 de junho de 2014, emitida pela empresa Atacadão Centro Sul Ltda., no valor total de R\$9.794,91, a operação foi anulada mediante emissão da nota fiscal 356.910, de 10-de julho de 2014, pelo próprio fornecedor (anexo 79), mesma situação da nota fiscal 351.077 emitida em 18 de junho de 2014, com valor de R\$ 24.716,00, para a qual a devolução se deu através da emissão da nota fiscal 352.099, em 26 de junho de 2014 (anexo 80).

Em relação à nota fiscal 351.078, data 18-de junho de 2014, também emitida pela empresa Atacadão Centro Sul Ltda., com valor de R\$ 2.580,60, de igual forma foi emitida nota de devolução pelo próprio fornecedor, de número 352.094, em 26 de junho de 2014 (anexo 81).

Para a operação realizada ao amparo da nota fiscal 351.081, datada de 18 de junho de 2014, esclarece ter sido a devolução verificada através da emissão pela vendedora, Atacadão Centro Sul Ltda., da nota fiscal 352.100, de 26 de junho de 2014, no valor total de R\$ 1.404,48, valor da operação (anexo 82).

Idêntica foi a situação da nota fiscal 351.080 emitida em 18 de junho de 2014, por Atacadão Centro Sul Ltda., com valor total de R\$ 30.412,80, foi emitida pelo próprio fornecedor, a nota fiscal 352.095, em 26 de junho de 2014 (anexo 83).

No caso da nota fiscal 353.210, emitida por Atacadão Centro Sul Ltda., no valor total de R\$ 74.658,72, datada de 30 de junho de 2014 informa que a devolução se deu pela emissão pelo próprio fornecedor, da nota fiscal 356.912, em 10 de julho de 2014, de idêntico valor (anexo-84), sendo a mesma situação da nota fiscal 353.211, da mesma data de emissão da anterior, pelo mesmo emissor, de valor igual a R\$ 9.794,91, operação desfeita através da nota fiscal 356.910, também de 10 de julho de 2014 (anexo 85).

Mesma situação se verificou em relação à nota fiscal n.º 353.212 de 30 de junho de 2014, emitida por Atacadão Centro Sul Ltda., no valor de R\$3.630,00, para a qual foi emitida a nota fiscal 356.908, em 10 de julho de 2014, no mesmo valor (anexo 86).

Outra devolução pelo próprio fornecedor aconteceu para a operação acobertada pela nota fiscal 22.732, de 12 de julho de 2014, da empresa Fatorial Distribuidora Ltda., no montante total de R\$5.319,16, para a qual foi emitida a nota fiscal 24.663, em 24 de julho de 2014, para desfazimento da operação (anexo 87).

Para a nota fiscal 687.346, de 05 de agosto de 2014, emitida pela empresa DPC Distribuidor Atacadista S/A, no total de R\$ 3.887,16, diz ter sido emitida devolução pelo próprio fornecedor, através da nota fiscal 687.339, de sua emissão, em 05 de agosto de 2014 (anexo 88).

Assim também ocorreu no caso da nota fiscal 689.807 data 08-ago-2014, emitida pela empresa DPC Distribuidor Atacadista S/A, no montante de R\$ 3.753,12, tendo sido emitida a nota fiscal 693.876, de 15 de agosto de 2014 (anexo 89).

A nota fiscal 173.680, datada de 12 de agosto de 2014, de emissão da empresa Wall Mart Brasil Ltda., no valor de R\$ 4.191,00, teve a operação anulada pela emissão da nota fiscal 173.784, de 15 de agosto de 2014 (anexo 90)

Na nota fiscal 457.598, emitida por Progresso Logística E Distribuidora, no valor total de R\$1.982,73 em 22 de agosto de 2014, informa ter sido a operação desfeita pela emissão da nota fiscal 458.292, em 29 de agosto de 2014 (anexo 91).

A nota fiscal 31.248 emitida em 03 de setembro de 2014, por WMS Supermercados do Brasil Ltda., no montante de R\$13.657,62, informa ter sido a operação desfeita através da emissão da nota fiscal 31.352, de 03 de setembro de 2014, pelo próprio fornecedor (anexo 92).

No caso da nota fiscal 176.017, de 02 de outubro de 2014, da empresa Wall Mart Brasil Ltda., no valor de R\$ 31.933,44, foi emitida a nota fiscal 176.019, na mesma data, para anular a operação (anexo 93).

Para a operação acobertada pela nota fiscal 176.009, de 02 de outubro de 2014, emitida pela mesma empresa do documento anterior, no valor de R\$31.933,44, foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, a saber, a nota fiscal 176.021, datada do mesmo dia daquele da emissão da nota original (anexo 94).

Assim também, foi o caso da nota fiscal 284.132 data 27-set-2014, emitida pela empresa Altogiro Dist. de Alim. Rep. e Transp. S/A, no total de R\$ 12.048,80, sendo emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, de número 284.589, em 30 de setembro de 2014, de mesmo valor (anexo 95).

No caso da nota fiscal 394.609, emitida em 31 de outubro de 2014, por Atacadão Centro Sul Ltda., no montante de R\$ 50.017,62, a emissão da nota fiscal 399.345, de 13 de novembro de 2014, anulou a operação (anexo 96).

Por fim, para a nota fiscal 227.383, de emissão em 05 de novembro de 2014, por parte de Solução Distribuidora de Alimentos Ltda., no montante de R\$ 1.094,40, foi feita devolução pelo próprio fornecedor, através da emissão da nota fiscal 227.879, em 10 de novembro de 2014 (anexo 97).

Requer, diante do exposto, consubstanciado nos elementos materiais e jurídicos apresentados, sem prejuízo de outros pedidos já feitos no bojo da Impugnação, seja reconhecida a improcedência parcial das infrações defendidas, nos exatos termos da peça defensiva apresentada.

No tocante às infrações relativamente às quais a JJF visualizar situação de nulidade, pede que, não obstante o reconhecimento desta se decida pela improcedência das mesmas, pelos diversos motivos ora trazidos à luz, e face ao “*disposto no artigo 155, parágrafo único, do Auto de Infração/99*”.

Assevera que decidindo este Órgão nos termos ora solicitados, certamente se estará evitando um futuro prejuízo para o Estado, o qual certamente acabará arcando com o ônus da sucumbência na esfera judicial, ante a já previsível sentença favorável às pretensões do sujeito passivo, caso esta lide tenha continuidade no Poder Judiciário.

Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntadas de novos documentos.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 512 e 513 esclarece que para a infração 03, com efeito, em relação às notas fiscais apontadas o contribuinte tem razão, e o fato deveu-se à alocação incorreta de alíquotas na lavratura. Não houve questionamento com relação aos exercícios 2013 e 2014 e com isso o débito total dessa infração fica reduzido de R\$89.244,15 para R\$80.202,24, conforme detalhado nos anexos acostados.

Para a infração 06, das mercadorias que foram objeto de autuação apenas duas não se enquadraram na situação alegada na defesa e permaneceram no débito, consoante indicação:

Código	Descrição	Quantidade	Valor	ICMS devido
859446	Proteína de soja Prontu	758,00	R\$ 1.364,40	R\$ 231,95
863554	Molho de tomate Primor	214,00	R\$ 353,10	R\$ 60,03
			Total	R\$ 291,98

Aponta que o débito para esta infração fica reduzido de R\$ 14.204,83 para R\$291,98.

Quanto à infração 08, diante do argumento do sujeito passivo de que algumas notas fiscais objeto da autuação foram seguidas de devolução de igual valor por parte do próprio fornecedor, fato que fugiu ao seu controle, esclarece que, de fato, nesta situação não cabe autuação, listando as seguintes notas fiscais relacionadas pela empresa que foram eliminadas do levantamento:

Exercício de 2013: 576.039, 576.051, 1.006.830, 117.308, 229.712 e 159.992; no exercício de 2014: 4.998, 167.322, 351.077, 353.210, 22.732, 146.970, 2.321, 31.248, 76.056, 76.446 e 76.447.

Aponta que algumas notas fiscais do exercício de 2013 citadas na defesa não foram alvo da autuação: 138.773, 961.342, 64.676, 14.577, 458.244, 399.706, 90.005 e 158.339, e após revisão o débito referente a essa infração foi reduzido de R\$ 3.903,32 para R\$ 2.268,83 conforme demonstrativos em anexo.

Quanto à infração 09, diante da alegação defensiva de que algumas notas fiscais objeto da autuação foram seguidas de devolução de igual valor por parte do próprio fornecedor, fato que fugiu ao seu controle, de fato, nesta situação não cabe autuação, sendo as seguintes notas fiscais relacionadas pela empresa eliminadas do levantamento:

Exercício de 2013: 229.712, 325.564 e 159.992; No exercício de 2014: 9.680, 447.520, 351.077, 351.078, 351.080, 351.081, 353.210, 353.211, 353.212, 22.732, 687.346, 689.807, 173.680, 457.598, 31.248, 384.132, 176.009, 394.609 e 227.383 e por outro lado, algumas notas fiscais citadas na defesa não foram alvo da autuação, como sejam: no exercício de 2013, as de número 576.038, 1.165.494 e 152.249; para o exercício de 2014: 176.017, e após revisão o débito referente a essa infração foi reduzido de R\$5.590,75 para R\$ 3.381,29 conforme demonstrativos refeitos.

Cientificado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 550), através do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), o sujeito passivo retorna ao feito, no sentido de se manifestar (fls. 552 a 559), em relação à infração 08, na qual, por ocasião da informação fiscal do preposto da SEFAZ, foi acatada parte dos argumentos trazida pela defesa, sobretudo, ainda ficaram algumas

notas constantes no novo relatório feito pelo Fisco na informação fiscal, que precisam ser revistas, vez, que essas mercadorias não foram recebidas pela autuada.

Explica que como bem observado na informação, existem hipóteses de operações praticadas, que fogem do controle do contribuinte, uma dessa ocorre quando o fornecedor da autuada emitiu nota de venda de mercadorias e logo em momento posterior, sem interferência da autuada e por motivo próprio desfaz a operação, emitindo nota de entrada por devolução para anular a sua saída anterior, no entanto, da relação de notas fiscais de entradas de mercadorias antes apontadas no relatório de fiscalização como não escrituradas, objeto dessa infração, ora acatada com a revisão na informação fiscal.

Não obstante, afirma que no novo relatório acostado na informação fiscal existem algumas notas de entradas destinadas a autuada que foram anuladas pelo fornecedor por emissão de nota de entrada por devolução desfazendo a operação, assim, mais uma vez esta manifestação fiscal a seguir, apresenta as notas ainda não contabilizadas como desfazimento da operação.

Para o ano de 2013:

No caso da nota fiscal 576.038, datada de 02 de janeiro de 2013, emitida pela empresa Lutiner Distribuidora de Alimentos Ltda., no valor total de R\$ 2.346,72, informa ter sido emitida nota de devolução pelo próprio fornecedor, (580.626) de 10 de janeiro de 2013, conforme comprova o anexo-68.

Mesma situação da nota fiscal emitida pela empresa Fiat Automóveis S/A., com número 1.165.494 datada de 17 de janeiro de 2013, no montante de R\$34.011,47, para a qual foi emitida nota de devolução pelo próprio fornecedor, sob o número 119.820, em 07 de maio de 2013, desfazendo a operação (anexo 69).

No caso da nota fiscal 229.712, data 20 de abril de 2013, de emissão de (BA) União Com Imp. Exp. Ltda., no total de R\$ 22.579,97, foi emitida nota de devolução pelo fornecedor, de número 231.675, em 10 de maio de 2013 (anexo 70).

Já na nota fiscal 325.564, datada de 29 de maio de 2013, emitida por M. Dias Branco S/A Indústria e Com de Alimentos, no total de R\$26.212,54, foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, através da nota fiscal 345.851, em 06 de julho de 2013, na forma do anexo 71.

Assim também ocorreu em relação à nota fiscal 152.249 de 12 de novembro de 2013, emitida pela empresa Teiú Ind. e Com. Ltda., com valor de R\$ 23.660,39, operação desfeita através da emissão de nota de devolução pelo próprio fornecedor, (número 153.027, data 21 de novembro de 2013), conforme comprova o anexo 72.

No caso da nota fiscal 159.992, datada de 12 de dezembro de 2013, emitida pela empresa Wall Mart Brasil Ltda., no valor total de R\$ 23.105,84, aponta ter sido emitida nota de devolução pelo próprio fornecedor, sob o número 160.331, em 17 de dezembro de 2013, no mesmo valor da operação anterior (anexo 73).

Na infração 09, após destacar que na informação fiscal do preposto da SEFAZ, foi acatada parte dos argumentos trazida pela defesa, ressalta que ainda ficaram algumas notas constantes no novo relatório feito na informação fiscal, que precisam ser revistas, vez que essas mercadorias não foram recebidas pela empresa.

Como foi bem observado na informação, existem hipóteses de operações praticadas, que fogem do controle do contribuinte, uma dessa ocorre quando o fornecedor da autuada emitiu nota de venda de mercadorias e logo em momento posterior, sem interferência da autuada e por motivo próprio desfaz a operação, emitindo nota de entrada por devolução para anular a sua saída anterior, no entanto, da relação de notas fiscais de entradas de mercadorias antes apontadas no relatório de fiscalização como não escrituradas objeto dessa infração, ora acatada com a revisão na informação fiscal. Não obstante, ainda no novo relatório acostado na informação fiscal existem algumas notas de entradas destinadas a autuada que foram anuladas pelo fornecedor por emissão de nota de entrada por devolução desfazendo a operação, assim, mais uma vez esta

manifestação fiscal a seguir, apresenta as notas ainda não contabilizadas como desfazimento da operação.

Logo em seguidas foram emitidas notas de devoluções pelo próprio fornecedor, ação como essa, fuge do controle da atuada.

Para o ano de 2013, no caso da nota fiscal 138.773, de 10 de janeiro, emitida pela empresa Wall Mart Brasil Ltda., no valor total de R\$ 11.010,00, aponta ter sido emitida nota de devolução pelo próprio fornecedor, de número 139.574, em 19 de janeiro de 2013, no valor total de R\$11.010,00, na forma comprovada no anexo 45.

Em relação à nota fiscal 961.342, de 30 de janeiro de 2013, emitida pela empresa Adib Aliança Distribuidora de Bebidas Ltda., no valor total de R\$1.212,40, que foi emitida uma nota de devolução (nota fiscal 53.937) de 31 de janeiro de 2013 (anexo 46).

Já caso da operação acobertada pela nota fiscal 1.006.830, data 31 de janeiro de 2013, da empresa Codical Distribuidora de Alimentos Ltda., no total de R\$ 3.376,38, a operação foi anulada através da emissão da nota de devolução pelo próprio fornecedor, nota fiscal 1.010.164, data 05 de fevereiro de 2013, conforme documentado no anexo 47.

Mesma situação ocorreu com a operação realizada através da nota fiscal 64.676, datada de 14 de fevereiro de 2013, de Ipirai Comércio de Alimentos Ltda., no montante de R\$ 5.220,00, em relação à qual foi emitida para desfazimento da operação, a nota fiscal 65.125, data 18 de fevereiro de 2013, no mesmo valor (anexo 48).

No caso da nota fiscal 117.308, com data de emissão de 14 de março de 2013, da empresa Makro Atacadista S/A., no valor total de R\$3.125,70, foi realizada a devolução pelo próprio fornecedor, através da emissão da nota fiscal 23.464, do mesmo dia. (anexo 49).

Em relação à fiscal 14.577, de 23 de março de 2013, emitida por Engarrafamento Coroa Ltda., no montante de R\$ 6.300,00, foi desfeita a operação pela emissão da nota fiscal 14.635, do próprio fornecedor, em 29 de março 2013 (anexo 50).

Na nota fiscal 229.712, com data de 20 de abril de 2013, da empresa União Com. Imp. Exp. Ltda., no valor de R\$ 22.579,97, foi emitida devolução pelo próprio fornecedor, na nota fiscal 231.675, em 10 de maio de 2013, (anexo-51).

Para a nota fiscal 458.244, emitida por Atende Distribuidora S. A., em 15-maio de-2013, no valor total de R\$ 1.601,70, que foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, nota fiscal 460.724, data 23 de maio de 2013, no mesmo valor (anexo 52).

Mesma situação da nota fiscal 399.706, emitida pela empresa Brasil Kirin Indústria de Bebidas S/A, em 11 de julho de 2013, com valor de R\$ 1.425,80, tendo sido devolvida pela nota do próprio fornecedor, nota fiscal 38.890, em 02 de agosto de 2013 (anexo 53).

Assim também, foi o caso da nota fiscal 90.005, emitida em 04 de setembro de 2013, por JBS S.A., no valor de R\$ 14.259,56, sendo emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor (7.648, de 16 de setembro de 2013), (anexo 54).

No caso da nota fiscal 158.339, datada de 20 de Novembro de 2013, emitida pela empresa Wall Mart Brasil Ltda., no valor de R\$ 43.028,48, foi emitida devolução pelo próprio fornecedor, através da nota fiscal 158.373, de 21 de Novembro de 2013, no montante de R\$ 43.028,48 (anexo 55).

Para a nota fiscal 159.992, de 12 de dezembro de 2013, emitida pela empresa Wall Mart Brasil Ltda., no valor de R\$ 23.105,84, foi emitida uma nota de devolução pelo próprio fornecedor, nota fiscal 160.331, em 17 de dezembro de 2013, no mesmo valor (anexo 56).

Finaliza, requerendo, sem prejuízo de outros pedidos já feitos no bojo da presente Impugnação, que seja reconhecida a improcedência parcial das infrações ora defendidas.

No tocante às infrações relativamente às quais esta JJF visualiza situação de nulidade, pede que, não obstante o reconhecimento desta, os nobres julgadores decidam pela improcedência das

mesmas, pelos diversos motivos ora trazidos à luz, e “*face ao disposto no artigo 155, parágrafo único, do Auto de Infração/99*”.

Com isso, diz que certamente se estará evitando um futuro prejuízo para o Estado, o qual certamente acabará arcando com o ônus da sucumbência na esfera judicial, ante a já previsível sentença favorável às pretensões do sujeito passivo, caso esta lide tenha continuidade no Poder Judiciário.

Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntadas de novos documentos.

Mais uma vez tornando a intervir no feito, o autuante (fls. 567 a 568), relata que em 20 de julho de 2017 produziu uma informação fiscal acostada nas folhas 512 a 547, e tendo o contribuinte apresentado manifestação discordando da apuração referente às infrações 08 e 09, tendo razão em relação a boa parte do alegado, conforme abaixo esclarece.

Na infração 08, diante da alegação de que algumas notas fiscais objeto da autuação foram seguidas de devolução de igual valor por parte do próprio fornecedor, fato que fugiu ao seu controle, acrescenta as seguintes notas fiscais que se enquadram nessa situação e que não haviam sido contempladas na informação fiscal anterior:

No exercício de 2013: 576.038, 1.165.494, 325.564 e 152.249. Por outro lado, observa que as notas fiscais 229.712 e 159.992 já haviam sido excluídas na informação anterior, sendo que após esta nova revisão o débito referente a essa infração que tinha valor original de R\$3.903,32 ficou reduzido para R\$1.459,18, sendo para o exercício de 2013, R\$750,98, ao passo que no exercício de 2014 remanesce R\$708,20. Apresenta novo demonstrativo do exercício de 2013.

Na infração 09, tal qual a infração anterior, indica que nesta nova informação fiscal, acrescentou as seguintes notas fiscais que se enquadram nessa situação e que não haviam sido contempladas na primeira informação fiscal:

No exercício de 2013: 138.773, 961.342, 1.006.830, 64.676, 117.308, 14.577, 458.244, 399.706, 90.005 e 158.339. Quanto às notas fiscais 229.712 e 159.992 indica que as mesmas já haviam sido excluídas na informação anterior.

Após esta nova revisão aponta que o débito referente a essa infração cujo valor original era R\$5.590,75 ficou reduzido para R\$ 2.496,61, sendo para o exercício de 2013, R\$1.817,60, e R\$679,01 para o exercício de 2014, acostando demonstrativo retificado.

Intimado através de aviso de Recebimento dos Correios (fls. 586 e 587), o sujeito passivo não se manifestou, constando às fls. 590 a 597 extratos de pagamento parcial do débito apurado.

VOTO

O lançamento constitui-se em nove infrações arroladas pela fiscalização, das quais apenas quatro são objeto de contestação pelo sujeito passivo: são elas as de número 03, 06, 08 e 09.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os requisitos exigidos na norma para a sua validade.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

As infrações 01, 02, 04, 05 e 07, diante do fato de não terem sido contestadas, não se encontram inseridas na lide, e são tidas como procedentes.

Antes de adentrar na análise do mérito das infrações contestadas, gostaria de fazer algumas pequenas observações: A primeira delas diz respeito ao fato da autuada reiteradamente, mencionar em suas intervenções processuais que “*face ao disposto no artigo 155, parágrafo*

único, do Auto de Infração/99”, tal assertiva, na verdade, corresponder ao teor do artigo 155 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, o qual assim determina:

“Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.

No caso presente, especialmente a aplicação do parágrafo único, descabe qualquer consideração, vez que inexistem questões preliminares aventadas pelo sujeito passivo, descabendo se falar, pois, em tal figura, e consequentemente, em decisão favorável a quem aproveitaria tal declaração.

Quanto ao *caput* do artigo, esta decisão seguirá estritamente seus termos, como costumeiramente o faz.

Analisando as infrações de *per si*, constato que para a de número 03, a defesa alega que o autuante considerou alíquotas de imposto maiores do que aquelas destacadas nos documentos fiscais, com o que concorda o autuante, a vista dos elementos de fato trazidos ao feito, e refaz o demonstrativo para o exercício de 2012, único objeto de insurgência do contribuinte, reduzindo os valores lançados para tal período, mantendo os valores dos demais meses autuados para os anos de 2012 e 2013.

Concordo com as reduções feitas, até pelo fato do sujeito passivo não mais a contestar, quando de suas posteriores intervenções no feito, razão pela qual a infração é procedente em parte, no montante de R\$ 80.202,24, de acordo com o seguinte demonstrativo ajustado para o ano de 2012, ficando os valores relativos a 2013 e 2014 inalterados em relação aos originalmente lançados:

MÊS	VALOR
2012	
JANEIRO	R\$ 704,89
FEVEREIRO	R\$ 586,17
MARÇO	R\$ 736,18
ABRIL	R\$ 200,92
MAIO	R\$ 9.123,50
JUNHO	R\$ 349,39
JULHO	R\$ 15,75
AGOSTO	R\$ 13,98
SETEMBRO	R\$ 1.080,35
OUTUBRO	R\$ 22,79
NOVEMBRO	R\$ 32,05
DEZEMBRO	R\$ 86,95
TOTAL	R\$ 12.952,92

Em relação à infração 06, na sua defesa inicial, que trata de cobrança advinda da realização de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Tal procedimento de auditoria de estoques estava previsto na legislação vigente à época dos fatos geradores, e encontrar-se disciplinado na Portaria nº 445/98 e tem como objetivo “*conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária*”.

Na forma da legislação e de acordo com o entendimento já sedimentado neste CONSEF, a constatação de omissão de saídas de mercadorias, seja real ou presumida, apurada mediante a

aplicação do roteiro de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Assim, o procedimento fiscal que redundou no lançamento, pode ser resumido em uma fórmula das quantidades físicas de entradas e saídas de cada mercadoria no exercício, bem como daquelas existentes nos estoques inicial e final (estoque inicial + entradas – estoque final = saídas reais), sendo que o resultado da equação deve ser comparado com as quantidades da mesma mercadoria saídas do estabelecimento por meio de notas fiscais, a fim de se verificar a ocorrência, ou não, de diferenças nas entradas ou nas saídas de mercadorias.

Dáí pode ter três resultados. Se o resultado for zero, inexistem diferenças; se positivo, verifica-se omissão de saídas; caso negativo há omissão nas entradas de mercadorias. Passo, pois, à análise dos argumentos defensivos de forma específica.

O exame em questão, a exemplo das demais infrações arroladas no lançamento, demandaria apenas e tão somente, análise do aspecto material, vez se tratar de matéria eminentemente fática, e consequentemente, necessitar da produção da necessária e essencial prova.

O sujeito passivo apresentou argumentos consistentes contrários à autuação, os quais foram devidamente acatados pelo autuante, implicando em redução substancial do valor devido, de R\$ 14.204,83 para R\$ 291,98, diante da indicação precisa pelo contribuinte, de notas fiscais de saídas não computados pelo autuante, fazendo com que restassem apenas as omissões dos produtos proteína de soja e molho de tomate.

Quanto ao argumento de confiscatoriedade da multa invocado pela defesa em sua peça inicial, não posso acolher, e observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, dentre os de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou *“jus imperium”*.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que *“nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”*. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, sendo esta competência descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que *“O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”*.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Logo, a autuante aplica penalidade determinada e prevista em Lei, seguindo o comando emanado do artigo 142 do CTN, segundo o qual *“compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”*, e em seu parágrafo único impõe que *“a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”*.

Fato é que a imposição da multa em questão possui base legal, não cabendo aqui se discutir, como pretende o autuado, a sua justeza ou oportunidade, pois cabe tanto ao autuante, quanto ao julgador e ao próprio contribuinte, a sua obediência.

Dessa forma, a argumentação do sujeito passivo não pode ser acolhida, diante dos argumentos expostos, não sendo possível o afastamento da aplicação dos percentuais de multa indicados no lançamento, pois, os mesmos possuem estrita base legal, nem há motivação para se falar em confisco na aplicação da multa no presente caso.

Quanto à solicitação de afastamento das multas aplicadas, esclareço, por oportuno, que esta instância não possui tal competência, em relação às infrações 01 a 07, vez se tratar de obrigação relativa a descumprimento de obrigação principal e não acessória esta sim, possível de ser reduzida ou dispensada pelo órgão julgador, nos termos contidos no artigo 158 do RPAF/99, em respeito ao preceito contido no § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, a ser abordada a seguir.

A título de esclarecimento, informo que a possibilidade de dispensa de multa por descumprimento de obrigação principal, que se encontrava insculpida no corpo do artigo 159 do RPAF/99, não mais existe, tendo em vista a revogação deste artigo, por força do Decreto 16.032, datado de 10 de abril de 2015, publicado no Diário Oficial do Estado de 11/04/15, efeitos a partir de 11 de abril de 2015.

Quanto às infrações que contém a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, a saber, a 08 e 09, versam sobre a falta de escrituração fiscal de diversas notas fiscais de entradas de mercadorias pela empresa autuada.

Na infração 08 teriam sido apenadas as notas fiscais relativas a mercadorias sujeitas à tributação, (inciso IX do artigo 42 da Lei 7.014/96), ao passo que na infração 09, as mercadorias não tributáveis (inciso XI do artigo 42 da Lei 7.014/96).

De plano, verifico que embora ocorridos nos anos de 2012, 2013 e 2014, os fatos geradores da infração 08 foram corretamente lançados, à vista da alteração naquele inciso realizada pela Lei 13.461, de 10 de dezembro de 2015, Diário Oficial do Estado de 11 de dezembro de 2015, efeitos a partir de 11 de dezembro de 2015, tendo o autuante aplicado corretamente a retroatividade benigna contida no artigo 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional (CTN), uma vez que ao tempo das ocorrências, vigorava redação que previa aplicação da penalidade de 10%.

Tais infrações devem ser analisadas conjuntamente com as infrações 06 e 07, pois estão diretamente relacionadas. No caso da infração 07, como foram apuradas omissões de saídas, por presunção, as ocorrências dos anos de 2013 e 2014 não poderiam ser lançadas diante do fato de

que nestes anos, de acordo com tal infração, houve cobrança de imposto por presunção, como dito anteriormente, diante da constatação de falta de registro de entradas de mercadorias, tributadas, evidentemente. Logo, estamos diante do fato de que para um mesmo fato (falta de registro de entradas de mercadorias tributadas), se estar lançando o imposto correspondente, apurado através do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, e a penalidade por descumprimento de obrigação acessória (falta do respectivo registro).

Nestes casos, aplica-se a regra legal, insculpida no artigo 42 da lei 7.014/96, em seus parágrafos 4º e 5º, os quais determinam:

“§ 4º As multas serão cumulativas quando resultarem, concomitantemente, do descumprimento de obrigação tributária acessória e principal, observado o disposto no parágrafo seguinte.

§ 5º A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator”.

Desta forma, a multa da infração 08, improcede diante da cobrança do imposto na mesma, através da infração 07, a qual, como dito anteriormente, sequer foi contestada pelo contribuinte. Desta maneira, a infração é improcedente.

Quanto à infração 09, depois de acirrada discussão, diante do argumento defensivo de que as operações haviam sido cancelas pelos emitentes das notas fiscais, frente à não realização das operações, o que motivou diversos ajustes realizados pelo autuante, no sentido de excluir aqueles documentos cujas operações, efetiva e comprovadamente não se realizaram, o que resultou num saldo remanescente de R\$ 2.495,95, sendo para o exercício de 2013, R\$ 1.817,60, e R\$ 678,35 (valor indicado erroneamente na última informação fiscal do autuante como R\$ 679,01), para o exercício de 2014, valores estes não mais contestados pelo sujeito passivo tendo conhecimento dos últimos ajustes realizados, com os quais me alio, sendo esta infração procedente em parte, de acordo com o seguinte demonstrativo:

MÊS	VALOR
2013	
JANEIRO	R\$ 146,93
FEVEREIRO	R\$ 52,15
MARÇO	R\$ 95,66
ABRIL	R\$ 34,04
MAIO	R\$ 532,52
JUNHO	R\$ 189,11
JULHO	R\$ 315,63
AGOSTO	R\$ 92,87
SETEMBRO	R\$ 58,63
OUTUBRO	R\$ 78,05
NOVEMBRO	R\$ 63,64
DEZEMBRO	R\$ 158,37
TOTAL	R\$ 1.817,60

MÊS	VALOR
2014	
JANEIRO	R\$ 135,21
FEVEREIRO	R\$ 64,16
MARÇO	R\$ 57,10
ABRIL	R\$ 23,96
MAIO	R\$ 29,96
JUNHO	R\$ 78,16
JULHO	R\$ 39,93
AGOSTO	R\$ 149,85
SETEMBRO	R\$ 58,63
OUTUBRO	R\$ 2,92
NOVEMBRO	R\$ 38,47
DEZEMBRO	R\$ 0,00
TOTAL	R\$ 678,35

Por tais razões, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado procedente em parte, de acordo com o seguinte demonstrativo:

Infração 01	R\$ 35.208,84	Multa de 60%
Infração 02	R\$ 23.526,09	Multa de 60%
Infração 03	R\$ 80.202,24	Multa de 60%
Infração 04	R\$ 39.441,05	Multa de 60%
Infração 05	R\$ 17.243,83	Multa de 60%
Infração 06	R\$ 291,98	Multa de 100%
Infração 07	R\$ 2.961,38	Multa de 100%
SUB TOTAL	R\$ 198.875,41	
Infração 08	ZERO	
Infração 09	R\$ 2.495,95	
SUB TOTAL		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **269141.0004/17-3** lavrado contra **SALES & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$198.874,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$195.621,49 e de 100% sobre R\$3.253,36, previstas na Lei 7.014/96, artigo 42, incisos II, alínea “a”, VII, alínea “a”, e III, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.495,95**, prevista no inciso XI do artigo 42 da mencionada Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei 9.837/05, devendo o órgão competente homologar os valores reconhecidos e recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2018.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA- JULGADOR