

A. I. Nº - 206881.0018/17-9
AUTUADO - GABRIEL SCHIOCHET – EPP
AUTUANTE - EUGENIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.02.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0214-05/18

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Razões de defesa não elidem a autuação. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Razões de defesa não elidem a autuação. b) ERRO NA APURAÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO. Item reconhecido. c) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. c.1) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. c.2) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fatos demonstrados nos autos. Infrações comprovadas. d) DECLARAÇÃO INCORRETA NAS INFORMAÇÕES ECONOMICO-FISCAIS ATRAVÉS DMA (DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS). Item reconhecido. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) VALOR DAS ENTRADAS SUPERIOR AO DAS SAÍDAS. Razões de defesa não elidem a autuação. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Razões de defesa não elidem a autuação. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º da Lei nº 7.014/96. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Excluídas as notas fiscais não abarcadas pela antecipação do imposto. Refeito o cálculo da multa aplicada. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2017, constitui crédito tributário no valor de R\$110.551,99, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 11 a 124 dos autos, com CD/Mídia à fl. 121, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária no exercício de 2016, conforme demonstrativo de fls. 12/14, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 98. Lançado

ICMS no valor de R\$15.760,12, com enquadramento nos artigos 9º e 29, § 4º, Inciso II da Lei nº 7.014/96 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 2 - 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no exercício de 2016, conforme demonstrativo de fls. 15/25, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 121. Lançado ICMS no valor de R\$57.692,63, com enquadramento nos artigos 2º, Inciso I, e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 3 - 03.02.04: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto no exercício de 2016, conforme demonstrativo de fls. 26/28, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 98. Lançado ICMS no valor de R\$792,45, com enquadramento nos artigos 24 a 26 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 4 - 04.05.05: Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$16.029,54, constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias no exercício de 2012 e 2013, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, conforme demonstrativo de fls. 29/69, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 98. Lançado ICMS no montante de R\$16.029,54, com enquadramento nos artigos 4º, § 4º, inciso IV; art. 23-A, inciso II da Lei 7.014/96, c/c os art. 13, inc. II da Portaria 445/98, e multa aplicada na forma do artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 - 04.05.09: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, no ano de 2016. Lançado ICMS no montante de R\$15.416,45, com enquadramento nos artigos 6º, inciso IV; art. 23, inciso II da Lei 7.014/96, c/c art. 217 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e art. 10, inc. I, alínea “b” da Portaria 445/98, e multa aplicada na forma do artigo 42, inciso II, “d” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - 07.15.05: Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 70/72 que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 98. Lançada multa no montante de R\$4.024,44, com enquadramento no Artigo 12-A, e multa aplicada na forma do artigo 42, inciso II, “d” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 7 - 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal no ano de 2016, conforme demonstrativo às fls. 75/77 dos autos. Lançada multa no valor de R\$203,34, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 8 - 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento, de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos anos de 2016, conforme demonstrativo às fls. 78/81 dos autos. Lançada multa no valor de R\$73,02, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 9 - 16.05.11: Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), com divergência dos Livros de Inventário no ano de 2016. Lançada multa no valor de R\$560,00, com enquadramento no

art. 255, §1º, inc. I do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no artigo 42, inciso XVIII, alínea “c” da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 114/117 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual, inicialmente, traz considerações sobre a nulidade do lançamento e em seguida apresenta manifestação de acato dos termos de algumas das infrações, de impugnação parcial de outras, e de impugnação total de outras, pelas razões que a seguir passo a expor:

- **PRELIMINAR: DA NULIDADE DO LANÇAMENTO**

Diz que o lançamento fiscal é ato administrativo, e, por decorrência da sua natureza jurídica, deve, necessariamente, conter motivo, forma prescrita em lei, finalidade pública, sujeito competente e objeto. Inexistindo qualquer desses elementos, resta nulificado o ato.

Acrescenta que o art. 142 do Código Tributário Nacional confere natureza plenamente vinculada aos atos de lançamento, como por exemplo o auto em comento. Sobre esta categoria de atos, consigna que a doutrina não vacila em afirmar que estes traduzem hipóteses nas quais já existe um tipo legal específico anterior ao ato, que representa a única conduta possível da administração pública, diante de fatos igualmente previstos na legislação.

Outrossim, diz que inexistindo qualquer fundamento fático ou legal que comprove a quebra dos requisitos exigidos para a correta aferição da base de cálculo, a conclusão inelutável é que a constituição do crédito tributário não possui relação de pertinência lógica entre a realidade e o ato praticado pelo autuante.

Diz que em situações específicas, o motivo do ato não poderá ser dispositivo genérico de lei, mas o resultado da subsunção da norma ao fato, à luz do caso concreto. Todavia, aduz que o autuante, durante a qual teve amplo acesso a seus documentos eletrônicos através do portal da SEFAZ que disponibiliza informações, sem que qualquer embaraço lhe tenha sido criado, sequer apontou de forma clara os documentos fiscais que retirou as conclusões que expôs de forma tão sucinta do lançamento. Portanto, registra que o Auto de Infração é carecedor de aspecto fundamental, informar a origem do suposto débito.

Todavia, diz que, como se não bastasse a mácula quanto à validade do auto de infração, a ausência do motivo determinador da suposta infração produz efeitos ainda mais perversos sobre o direito de defesa e ao contraditório do autuado, que diante da indeterminação do que lhe foi imputado se vê prejudicado quanto à busca da verdade dos fatos. Da leitura da descrição da infração, interroga: seria possível ao homem médio compreender com segurança o que lhe está sendo imputado? É possível ter esta resposta sem que novos esclarecimentos venham ser agregados ao auto de infração?

Observa que o princípio do contraditório albergado em nível constitucional e expressamente acolhido pela legislação da Receita Federal pretende assegurar às partes envolvidas a ciência dos fatos, de dados, documentos e argumentos, cujo teor a parte a acusada tenha interesse em reagir. No caso concreto, a imprecisão reside justamente no aspecto nuclear da imputação, impedindo o exercício pleno do direito da defesa.

- **4-DO MÉRITO**

Consigna que, inobstante a incerteza jurídica contida no lançamento ora impugnado, face às razões acima expostas, sobretudo pela ausência da localização das supostas discrepâncias encontradas, diz que é possível, após a análise do A.I., enumerar abaixo as evidências que ratificam este Egrégio Conselho julgar procedente em parte, conforme segue:

Infração 01 - Diz que improcede a infração, pois a empresa utilizou os créditos fiscais constantes no DANFE de entrada, conforme comprova seus arquivos do SPED onde as referidas notas eletrônicas ratificam o crédito utilizado;

Infração 02 – Diz que improcede a infração. Observa que todas as saídas apuradas pela fiscalização foram adquiridas por substituição tributária, a qual teve o ICMS retido e recolhido pelo remetente das mercadorias que foi a empresa FERRARI FERREIRA INDÚSTRIA DE

ALIMENTOS - EIRELI-EPP.

Aduz anexar aos autos como prova material as notas fiscais de aquisição destes produtos, onde consta o valor do ICMS substituição devidamente retido, as quais estão colacionadas todas as notas fiscais que originaram estas saídas. Salienta que faz a remessa para industrialização e recebe o produto acabado com a retenção do ICMS, o que perfaz que suas saídas subsequentes não sofrem tributação por conta da S.T;

Infração 03 – Diz que reconhece na sua totalidade esta infração;

Infração 04 – Registra que requer uma análise por conta de um problema técnico que deu no sistema/aplicativo do remetente das mercadorias a “*Empresa Ferra Ferreira Industria e Comercio de Alimentos- EIRELI-EPP*”, que não teve condições operacionais de emitir as notas fiscais/DANFES, tempestivamente. Diz que a mercadoria foi efetivamente entregue na competência 12/2016, portanto como o estoque é fechado a cada 31/12 de cada ano o SPED caracterizou um *FURO* do estoque gerando assim está infração.

Conforme prova material das notas fiscais a qual, as notas deveriam ter sido emitidas em 12/2016, mas por conta da instabilidade operacional do aplicativo, anexa as referidas notas emitidas em 01/2017 a qual imputando-se estes itens de mercadorias tornar-se evidente que não houve a referida omissão da auditoria do estoque em exercício fechado tornando-se assim insubsistente a infração 04 na sua totalidade.

Infração 05 – Diz que a consequência da infração 05, advém do problema operacional da emissão das notas já descrito no teor da infração 04 acima, o que após análise e confronto das notas emitidas em 01/2017, tornar-se também insubsistente;

Infração 06 – Registra que nesta infração o valor de R\$345,53 do período de apuração 31/10/2016, tratar-se de crédito fiscal de empresa do simples nacional; a infração de R\$599,41 de 30/11/2016, tratar-se de crédito fiscal de empresa do simples nacional, créditos estes que não foram apropriados na apuração fiscal, porém o valor de R\$3.079,49 foi cobrado através de notificação fiscal no. 232324.0014/17-0, conforme DAE de antecipação parcial, que diz estar anexo a presente defesa e pago no valor de R\$1.998,00, em que a empresa na data desta defesa possui este PAF em processo de recurso/defesa ainda não julgado, tomando-se assim totalmente improcedente esta infração conforme prova material no item 5 anexo;

Infrações 07 e 08 – Diz que o contribuinte reconhece na sua totalidade estas 02 infrações;

Infração 09 – Consigna que requer a redução ou cancelamento destas penalidades uma vez que tais divergências não implicaram em dolo, má fé ou simulação que implicasse na falta do recolhimento do imposto conforme capítulo das multas do RICMS-BA.

- *DO PEDIDO*

- Preliminarmente, pede o recebimento da presente impugnação e, por decorrência, a determinação dos efeitos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional, com a consequente suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário, objeto da notificação ora impugnada, e seus regulares efeitos, especialmente pela impossibilidade de inclusão do nome da impugnante e de seus associados em cadastro de devedores ou similar.

- O julgamento do Auto de Infração impugnado pela sua nulidade face à ausência de pressupostos objetivos essenciais do ato administrativo, tudo conforme item 3.1 e 4.1 desta peça;

- Envio de correspondência ao atual endereço comercial do sócio na Rua Alceu Amoroso Lima, No 314 - Sala 308 - Edf. Antares Empresarial - Bairro Caminho das Árvores CEP 41820-770 - Salvador - Ba.

A vista de todo exposto, após demonstrada a insubsistência e improcedência parcial da ação fiscal, espera e requer a impugnante seja acolhida a presente impugnação para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 244/256, e após apresentar em apertada síntese

as considerações de defesa, traça sua manifestação, que a seguir passo a descrever:

1) DA NULIDADE:

Diz que, com relação às preliminares de nulidade arguidas, na análise de todos os elementos que integram o presente auto de infração, verifica-se que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/2012 e com o RPAF/99 aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos, demonstrativos, documentos fiscais, e CD, constantes do processo, necessárias à demonstração dos fatos arguidos, elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, todos entregues cópias a autuada, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Consigna que, para cada irregularidade apurada no auto de infração consta o enquadramento legal, com os artigos do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 infringido, e o artigo da multa aplicada com seu inciso e alínea como prevê a Lei nº 7.014/96.

Neste contexto, assegura que estão presentes todos os pressupostos de validação do processo, tendo sido observadas as exigências regulamentares, notadamente o RPAF Decreto nº 7.629/99 em seu art. 18, inc. I a IV.

2) DO MÉRITO

• **QUANTO A INFRAÇÃO Nº 01:**

Diz que se refere à utilização indevida de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias adquiridas com pagamento da antecipação tributária, conforme demonstrativo anexo I, fls. 13 e 14.

Destaca, então, que não procede o argumento da autuada que se utilizou de créditos fiscais constantes das notas fiscais de entradas, tendo adquirido mercadorias sujeitas à substituição tributária constantes do anexo I da Lei nº 7.014/96, de indústria dentro do Estado (CNPJ nº 09.371.120/0001-70), descumprindo o disposto no art. 9º da referida Lei, combinado com o art. 290 do RICMS/BA, que veda a utilização do crédito fiscal pelo adquirente das referidas mercadorias.

Como exemplo cita os produtos ENERGY DRINK e CONCENTRADO LÍQUIDO BEBIDA MISTA UVA GS, NCM nº 2202.9000 e 2106.9010, bebidas energéticas e isotônicas, NFe nº 4905 a 4908, 4910 a 4922, e NFe nº 4881 respectivamente, bem como VINHO TINTO SECO GRANEL COMUM GS, NCM nº 2204.2919, bebidas alcólicas (retirada da ST a partir de 01/10/2016), NFe nº 4881, adquiridas em 14/09/2016, todos com cobrança do ICMS por substituição tributária.

• **QUANTO À INFRAÇÃO Nº 02:**

Registra que, com relação à falta de recolhimento do ICMS quando vendeu mercadorias tributáveis como não tributáveis, cabe as seguintes considerações:

- a) produto BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12 x 1, NCM 2202.1000, descrito como bebida mista de frutas registrado no Ministério da Agricultura, não está sujeita a substituição tributária, tendo se creditado das aquisições do mesmo através das NFe nº 4905, 4908, 4910, 4914, 4917, 4919, 4921, conforme consta da Escrituração Fiscal Digital da autuada.
- b) Os produtos COQUETEL MARAVILHA DE 1500ML 6/1 E 750ML 12/1, COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE 750ML 12/1 e VINHO TINTO SUAVE DOM BLACK 1L 12/1, são bebidas alcólicas, NCM 2206.0090 e 2204.1010, vendidos a partir de 01/10/2016, quando foram retirados da substituição tributária pelo art. 4º inc. II do Decreto nº 16.987/16, tendo se creditado nas aquisições das citadas mercadorias conforme NFe nº 4910 a 4912, 4914, 4915, 4917 a 4922.
- c) As mercadorias motivo da presente infração não estão sujeitas à substituição tributária prevista expressamente no anexo I do RICMS/2012, tendo o contribuinte adquirido as mesmas, algumas vezes com ICMS retido e outras sem retenção.
- d) Cabe-nos salientar que adquire tais produtos da FERRARI FERREIRA INDÚSTRIA DE

ALIMENTOS EIRELI – EPP, empresa que tem por único sócio GABRIEL SCHIOCHET, o mesmo da empresa autuada, conforme Relatório INC – Informações do Contribuinte anexo.

• **QUANTO ÀS INFRAÇÕES Nº 04 E 05:**

Registra que a infração nº 04 refere-se à falta de recolhimento do ICMS pela constatação de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, exigindo o imposto sobre a diferença de entradas, por se tratar da maior expressão monetária, com base na presunção legal de que o sujeito passivo deixou de contabilizar tais entradas e efetuou o seu pagamento com recursos originados de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apuradas através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2016, tendo como respaldo legal o RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 com multa prevista no art. 42 inc. III, da Lei nº 7.014/96.

Destaca que a citada presunção encontra fundamento no artigo 4º, § 4º, inc. IV da Lei nº 7.014/96, a indicar que o fato de a escrituração indicar a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Observa que a aludida omissão (diferença de entradas de mercadorias tributadas maior que a saída) teve a apuração do débito calcada nas disposições do RICMS/BA, e, especificamente, na Portaria nº 445/98, que trata sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, ou seja, com base no art. 13, inc. II da citada Portaria, que determina a cobrança do imposto relativo à omissão de entradas quando for maior que a omissão de saídas.

Diz que a infração nº 05 imputa à autuada a falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento de estoque, em exercício fechado, conforme dispõe o art. 10 da Portaria nº 445/98.

Informa que as infrações de nº 04 e 05 foram apuradas através de levantamento fiscal, cujos documentos de entradas e saídas encontram-se escriturados pelo próprio autuado em sua EFD, constituindo comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de notas fiscais, de uso obrigatório para documentá-las, implicando, com tal procedimento, na falta de recolhimento do ICMS, tendo a autuada se limitado a solicitar a improcedência do Auto de Infração, não anexando documentos capazes de contraditar com os demonstrativos elaborados, em que apontasse eventual falha na auditoria de estoques levadas a efeito, conforme preceitua o art. 8º inc. IV e §1º do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal, faltando à mesma a prova material.

Assinala que, tendo o contribuinte confessado que existem diferenças no estoque, sob o argumento de falha de sistema do remetente das mercadorias, e que as referidas notas foram emitidas após o encerramento do exercício, deixando de emitir as notas fiscais em 12/2016, tendo sido as mercadorias entregues, anexando cópias das notas fiscais nº 4923 e 4924, emitidas pela empresa FERRARI FERREIRA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS EIRELI, em 23/01/2017 e 01/02/2017 respectivamente, não procede, pois as mesmas foram emitidas em 23/01/2017 e 01/02/2017 respectivamente, não sendo possível considerar como entradas no estabelecimento em 2016, notas fiscais emitidas após o encerramento do exercício, não devendo prosperar tais argumentos.

Salienta que a autuada declarou em sua Escrituração Fiscal Digital não possuir estoque nos inventários de 31/12/2015 e 31/12/2016, conforme EFD de fevereiro/2015 e 2016, e que consideramos como entradas as mercadorias constantes das notas fiscais nº 4909, 8905 e 441019 que não estão escrituradas na EFD (Livro Registro de Entradas), conforme demonstrativo das notas fiscais não lançadas anexo VI e VII (fls. 76 a 81) do PAF.

• **QUANTO A INFRAÇÃO Nº 06:**

Diz que se refere a multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, quando das aquisições das mercadorias em outros estados, para fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada.

Após análise da documentação acostada ao processo pela autuada, informa que:

- a) Quanto à afirmativa de que o valor de R\$3.079,49 já foi cobrado através de notificação fiscal nº 232324.0014/17-0, não procede, pois a referida notificação anexa fl. 236 do PAF lavrada em 03/03/2017 refere-se a NFe nº 9.230 emitida em 09/02/2017, anexa fl. 238, como também o DAE anexo fl. 240.
- b) Retifica o procedimento fiscal com a redução do valor do débito, pela inclusão dos créditos fiscais de empresas do Simples Nacional para efeito de cálculo da antecipação parcial, sendo em outubro/2016 de R\$345,53 para R\$93,49 e dezembro/2016 de R\$3.079,49 para R\$2.952,03.

Do exposto, diz que fica o total do débito da presente infração reduzido conforme descrito abaixo:

MÊS/ANO	MULTA A.I.	MULTA CORRETA	DIFERENÇA
10/2016	345,53	93,49	252,04
11/2016	599,41	599,41	0,00
12/2016	3.079,49	2.952,03	127,46
Total	4.024,44	3.644,93	379,50

• **QUANTO A INFRAÇÃO Nº 09:**

Diz que a presente infração exige multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo a autuada declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA). A empresa encontra-se obrigada a atender ao disposto no art. 255 §1º inc. I do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, bem como o §3º, que prevê a retificação da DMA sempre que as mesmas contiverem declarações inexatas. A legislação que fundamenta a presente infração é preconizada pelo art. 42 da Lei nº 7.014/96, que destaca.

Observa que, para instruir o presente processo foram anexados aos autos os Demonstrativos das Divergências DMA x EFD e da multa, anexo fls. 83 e 84, bem como Relatórios INC - Informações do Contribuinte – Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, anexo fls. 85 a 96, tendo sido dado cópia a autuada dos referidos demonstrativos, conforme declarado pelo mesmo, assim como a mídia (CD-R), conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos (fl. 99).

Destaca que se considera ocorrido o fato gerador no momento que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios, conforme dispõe o art. 116 inc. I do CTN. Assim, o fato gerador da multa aplicada, ocorre em cada mês que as DMAs foram apresentadas com divergências de valores comparadas com a EFD e as notas fiscais eletrônicas.

Consigna que, tendo a autuada em sua defesa requerido a redução ou cancelamento da penalidade, sob a alegação de que não cometeu dolo, má fé ou simulação, discordo do seu entendimento, por serem as mesmas justas e corretas. A simples negativa do cometimento da infração, com base na suposta ausência de prejuízo ao Estado, não se configura argumento capaz de elidir a infração imputada, bem como verifica-se a inexistência de qualquer excepcionalidade ou atenuante para a referida infração.

Diz que a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória é de fundamental importância para a Administração Tributária, visando o controle da obrigação principal, ou seja, o pagamento do tributo. E o descumprimento das mesmas ensejam em sanções escalonadas de acordo com a gravidade, sendo que, as DMAs são fontes para extração dos dados para apuração do valor adicionado, mediante o qual são fixados os índices de participação dos Municípios no produto da arrecadação do ICMS, conforme art. 256 do RICMS/BA.

• **CONCLUSÃO:**

Diz ratificar o procedimento fiscal quanto à infração nº 06, conforme Demonstrativo Auditoria da

Antecipação Parcial Recolhida a Menor nas Aquisições de Mercadorias em Outros Estados que ora anexamos ao processo, ficando o total do débito do presente auto de infração reduzido de R\$110.551,99 (Cento e dez mil, quinhentos e cinquenta e um reais e noventa e nove centavos) para R\$110.172,49 (Cento e dez mil, cento e setenta e dois reais e quarenta e nove centavos), conforme novo demonstrativo do débito que ora anexamos ao processo, devendo ser entregue a autuada o demonstrativo anexo e intimado o contribuinte para, querendo, se manifestar.

Ante o exposto, solicitamos a procedência parcial do presente processo por estar de acordo com a legislação tributária em vigor, especialmente o RICMS aprovado pelo Decreto n. 13.780/2012, por ser de JUSTIÇA!!!

Às fls. 268/269 o sujeito passivo apresenta contrarrazões à Informação Fiscal, que a seguir destaco:

- **Infração 01** – Diz que o valor referente ao DANFE 4881 no total de R\$4.320,90, dá direito ao crédito fiscal utilizado pelo contribuinte, pois não se tratar de mercadorias sujeitas à substituição tributária, porém os demais valores, o contribuinte reconhece que usou indevidamente;
- **Infração 02** - Diz anexar todas as notas fiscais/DANFES, a qual aduz comprovar e ratificar que as saídas de mercadorias apuradas através do ‘demonstrativo’ auditoria das saídas tributadas como não tributadas - 2016’ foram adquiridas com Substituição tributária.

Destaca que, de acordo com o RICMS/2012, a empresa que adquire mercadorias já substituídas se encerra a fase de tributação subsequente do ICMS, a qual numa rápida observação se se verificar o NCM 22021000 a qual está relacionado, são produtos da ST, e no anexo da ST do RICMS no **ítem 3.17 abaixo** este produto do NCM (22089000) também faz parte da S.T., o que registra que comprova o equívoco total da apuração pela auditoria fiscal.

3.17 02.003.00 2208.9 Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%

- **Infração 03** – A empresa reconhece como devida;
- **Infração 04** – Repete os termos da defesa inicial.
- **Infração 05** - Repete os termos da defesa inicial.
- **Infração 06** – Diz que na informação fiscal, devido as retificações, nota-se o equívoco de apuração cometida pela fiscalização, reduzindo-se o valor, porém mesmo assim diz verificar que deve ser insubsistente na sua totalidade, por falta de conciliação de forma coerente com os valores cobrados anteriormente via notificação fiscal, e comprovados na defesa inicial.
- **Infração 07 e 08** – A empresa reconhece como devido;
- **Infração 09** - Destaca que o CONSEF já tem pacificada a nulidade desta penalidade e/ou redução para a aplicação de 10% do valor cobrado, vez que tais irregularidades não foram praticadas como dolo, má fé que implicasse na falta de recolhimento do ICMS, o que permite esta solicitação de nulidade e/ ou redução.

Voltando aos autos às fls. 273/275 a autuante, em resposta a manifestação do contribuinte anexo às folhas nº 268 a 269, diz manter os termos e cálculos apresentados na Informação Fiscal às folhas n. 244 a 264, cabendo tecer as seguintes considerações:

- a. **Quanto à infração nº 01:** Diz que a autuada reconhece em sua manifestação que se utilizou indevidamente do crédito fiscal, exceto quanto à nota fiscal nº 4881. Ocorre que o citado documento possui produtos tributados e sujeitos a substituição tributária, tendo sido glosado o crédito relativo aos produtos sujeitos a substituição tributária, conforme Demonstrativo Auditoria do Crédito Indevido anexo I, fl. 13 do PAF.

Diante do exposto, diz que fica o valor do débito da citada infração mantido, conforme argumentos constantes da Informação Fiscal.

- b. **Quanto à infração nº 02:** O valor do débito da citada infração fica mantido, conforme argumentos constantes da Informação Fiscal, e descrição abaixo:
1. Conforme o anexo I do RICMS, redação vigente ano 2016, efeitos de 10/03/2016 a 31/01/2017, são consideradas da ST as bebidas energéticas, itens 3.10 e 3.11, cujo NCM é 2202.9, não constando do referido anexo o NCM 22021000 como produtos da substituição tributária, não procedendo portanto o argumento da autuada.
 2. Quanto ao NCM 22089000, igualmente não procede a afirmação da autuada que são produtos sujeitos a substituição tributária, pois os itens COQUETEL MARAVILHA E COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE são bebidas alcoólicas (sangrias e coquetéis) constantes do item 2.23.1 do anexo I do RICMS, produtos que foram retirados da substituição tributária a partir de 01/10/2016, conforme art. 4º inc. II do Decreto nº 16.987/16, não podendo ser considerada como bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%, conforme item 3.17 do citado anexo.
- c. Quanto às **infrações** nº 04 e 05: O valor do débito da citada infração fica mantido, conforme argumentos constantes da Informação Fiscal, tendo em vista que a autuada não trouxe nenhum fato novo que não tenha sido verificado na Informação Fiscal.
- d. **Quanto à infração nº 06:** O valor do débito fica reduzido de R\$4.024,44 (Quatro mil, vinte e quatro reais e quarenta e quatro centavos) para R\$3.644,93 (Três mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e noventa e três centavos), conforme consta da Informação Fiscal, tendo em vista que a autuada não trouxe nenhum fato novo na sua Manifestação.
- e. Quanto à infração nº 09: Não procede o pedido de nulidade e/ou redução da multa suscitado pela autuada, pois estão presentes todos os pressupostos de validação do processo, tendo sido observadas as exigências regulamentares, notadamente o RPAF/BA em seu art. 18. O valor do débito da citada infração fica mantido conforme argumentos constantes da Informação Fiscal.

Diante do exposto, e tendo em vista que a autuada em sua Manifestação não anexou os meios de prova, para demonstrar a veracidade de suas alegações, conforme prevê o art. 8º, inc. IV e § 1º do RPAF/BA Decreto nº 7.629/99, diz retificar parcialmente o procedimento fiscal nos termos da Informação Fiscal, ficando o total do débito reduzido de R\$110.551,99 para R\$110.172,49.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, inclusive apresentando razões de mérito, das quais, em relação à infração 6, foi acolhida em parte pelo autuante, quando da sua informação fiscal.

Não obstante tais considerações iniciais, observo que o sujeito passivo suscita, de forma geral, sem apresentar qualquer elemento probante, a nulidade do Auto de Infração por cometimento de vícios formais na constituição do crédito tributário relacionados à “ausência dos requisitos necessários à sua constituição, como motivação, forma prescrita em lei, finalidade pública, sujeito competente e objeto. Tais alegações não prosperam. Como bem destacou a d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, nas fls. 1 a 5 dos autos, têm-se as descrições das infrações, atendendo ao que dispõe o RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, mais especificamente o art. 28, onde se vê claramente a natureza da infração, o autuado, o enquadramento da autuação e o montante do débito tributário, além dos levantamentos elaborados pelo agente Fiscal que demonstram a ocorrência dos fatos, elementos básicos e fundamentais na constituição do crédito tributário.

Em sendo assim, afastos as preliminares de nulidades do lançamento aventadas pelo defendente.

O presente Auto de Infração reclama crédito tributário do ICMS no valor total de R\$110.551,99, relativo às infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, referente ao exercício de 2016, com impugnação total das infrações 1, 2, 4, 5 e 6; e reconhecimento das infrações 3, 7, 8 e 9. Todavia em relação à infração 9, pede redução ou cancelamento por não ter implicado em dolo, má fé ou simulação, em que manifestarei ao final do presente voto.

Desta forma, as infrações 3, 7, 8 e 9 estão sendo de pronto consideradas procedentes, por considerar aceito os créditos fiscais lançados pelo reclamado, em que, nos termos do art. 140 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Logo a lide do presente PAF resulta em relação às infrações 1, 2, 4, 5 e 6, que a seguir passo a manifestar.

A infração 1 se relaciona à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária no exercício de 2016, conforme demonstrativo de fls. 12/14, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 98. Lançado ICMS no valor de R\$15.760,12, com enquadramento nos artigos 9º e 29, § 4º, inciso II da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa o sujeito passivo diz que improcede a infração, sob a perspectiva de que utilizou os créditos fiscais constantes no DANFE de entrada, conforme diz comprovar seus arquivos do SPED.

Na informação fiscal de fls. 244/256, destaca a agente Fiscal que não procede o argumento da autuada de que se utilizou de créditos fiscais constantes das notas fiscais de entradas, vez que se trata a autuação de mercadorias adquiridas pelo defendente sujeitas à substituição tributária constantes do anexo I da Lei nº 7.014/96, oriundas de indústria estabelecida dentro do próprio Estado da Bahia, mais especificamente do contribuinte de CNPJ nº 09.371.120/0001-70, descumprindo o disposto no art. 9º da referida Lei, combinado com o art. 290 do RICMS/BA, em que veda a utilização do crédito fiscal pelo adquirente das referidas mercadorias.

Às fls. 268/269, o sujeito passivo apresenta contrarrazões à informação fiscal de fls. 244/256, em que, relativamente à infração 1, diz que o valor referente ao DANFE nº 4881, no total de R\$4.320,90, dá direito ao crédito fiscal utilizado, por não se tratar de mercadorias sujeitos a substituição tributária, porém quanto aos demais valores, reconhece que usou indevidamente.

A autuante, às fls. 273/275, diz que o citado DANFE nº 4881, possui produtos tributados não sujeitos à substituição tributária e tributados sujeitos a substituição tributária, tendo sido glosado o crédito relativo aos produtos sujeitos apenas à substituição tributária, conforme se pode observar do demonstrativo de fls. 13/14 dos autos.

Compulsando o demonstrativo, vejo restar razão à agente Fiscal, ou seja, a glosa dos créditos se restringiu aos produtos “CONCENTRADO LIQUIDO BEBIDA MISTA UVA”, “VINHO TINTO SECO”, “ÁLCOOL ETÍLICO HIDR” E “ENERGY DRINK”, que estavam à época dos fatos geradores sob a égide da substituição tributária. Neste contexto, vejo que as razões da defesa não elidem a autuação. Infração 1 subsistente.

A infração 2 diz respeito ao sujeito passivo ter deixado de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas no exercício de 2016, conforme demonstrativo de fls. 15/25, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 98. Lançado ICMS no valor de R\$57.692,63, com enquadramento no artigo 2º, Inciso I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Em sede de defesa o sujeito passivo diz que improcede a autuação, vez que todas as saídas apuradas pela fiscalização – “BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12X1 – NCM 2202.1000”; “COQUETEL MARAVILHA DE 1500ML 6/1 E 750ML 12/1 – NCM 2206.0090”; “COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE 750ML 12/1 – NCM 2206.0090” e “VINHO TINTO SUAVE DOM BLACK 1L 12/1 – NCM 2204.1010” foram adquiridas por substituição tributária, a qual teve o ICMS retido e recolhido pelo remetente das mercadorias que foi a empresa FERRARI FERREIRA INDÚSTRIA DE

ALIMENTOS - EIRELI-EPP.

Neste contexto diz colacionar todas as notas fiscais que originaram as saídas objeto da autuação, às fls. 120/222 dos autos, onde diz constar o valor do ICMS substituição retido. Salienta que faz a remessa para industrialização e recebe o produto acabado com a retenção do ICMS, o que diz perfazer que suas saídas subsequentes não sofrem tributação por conta do mecanismo da substituição tributária.

A autuante, na informação fiscal, com relação ao produto “*BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12X1 – NCM 2202.1000*” descrito como bebida mista de frutas registrado no Ministério da Agricultura, consigna que não está sujeito à substituição tributária, tendo o defendente se creditado das aquisições do mesmo através das NFe nº 4905, 4908, 4910, 4914, 4917, 4919, 4921, conforme consta da sua EFD. Por sua vez, com relação aos produtos “*COQUETEL MARAVILHA DE 1500ML 6/I E 750ML 12/I – NCM 2206.0090*”; “*COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE 750ML 12/I – NCM 2206.0090*” e “*VINHO TINTO SUAVE DOM BLACK 1L 12/I – NCM 22040.1010*”, são bebidas alcoólicas, vendidos a partir de 01/10/2016, quando foram retirados da substituição tributária pelo art. 4º inc. II do Decreto nº 16.987/16, tendo se creditado nas aquisições das citadas mercadorias conforme NFe nº 4910 a 4912, 4914, 4915, 4917 a 4922.

Vê-se das considerações da agente Fiscal, a afirmação de que as mercadorias motivadoras da presente autuação não estão sujeitas à substituição tributária, tendo o contribuinte adquirido as vezes com ICMS retido outras não, como assim se pode observar das notas fiscais colacionadas às fls. 120/222.

Da análise das documentações acostadas aos autos, observo que os produtos “*BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12X1 – NCM 2202.1000*”; “*COQUETEL MARAVILHA DE 1500ML 6/I E 750ML 12/I – NCM 2206.0090*”; “*COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE 750ML 12/I – NCM 2206.0090*” e “*VINHO TINTO SUAVE DOM BLACK 1L 12/I – NCM 22040.1010*”, à época dos fatos geradores, que relaciona ao período de 16/09/16 a 29/12/16, observo que o produto “*BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12X1 – NCM 2202.1000*” não se encontra descrito no Anexo I da Lei 7.014/96, portanto fora do alcance da substituição tributária, bem assim os produtos “*COQUETEL MARAVILHA DE 1500ML 6/I E 750ML 12/I – NCM 2206.0090*”; “*COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE 750ML 12/I – NCM 2206.0090*” e “*VINHO TINTO SUAVE DOM BLACK 1L 12/I – NCM 22040.1010*”, por sua exclusão do instituto da substituição tributária pelo Decreto nº 16.987/16.

Nesse sentido, resta razão a autuante considerar como mercadorias tributadas esses produtos por suas saídas na forma posta na autuação, independentemente das suas aquisições terem sido efetuadas com a incidência da substituição, seja por equívoco, no caso do “*BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12X1 – NCM 2202.1000*”, ou seja, por que antes da vigência da alteração do Anexo I da Lei 7.014/96, promovida pelo Decreto nº 16.987/16, de fato as mercadorias estavam sob a égide da substituição tributária.

Situação como esta posta no presente PAF, relativamente ao equívoco da tributação por substituição em algumas das notas fiscais de entradas relativas ao produto “*BEB BAIXA CALORIA SABOR LIMÃO 500 ML 12X1 – NCM 2202.1000*”, cabe à empresa recuperar tal cobrança indevida por abertura de processo, junto a sua unidade Fazendária, de restituição de indébito, ou em sua própria escrita fiscal; por sua vez, em relação ao imposto pago por substituição quando das entradas dos produtos “*COQUETEL MARAVILHA DE 1500ML 6/I E 750ML 12/I – NCM 2206.0090*”; “*COQUETEL PÉROLA DO NORDESTE 750ML 12/I – NCM 2206.0090*” e “*VINHO TINTO SUAVE DOM BLACK 1L 12/I – NCM 22040.1010*”, antes da mudança da situação tributária, a legislação orienta, quando da ocorrência de tal alteração da legislação, apropriar os créditos, antes pagos pelo instituto da substituição, na sua escrita fiscal normal, e não tratar as operações de saídas desses produtos como não tributável, vez que à época dos fatos geradores, os produtos não mais estavam acobertados pela substituição tributária.

Logo, vejo como subsistente a infração 2, devendo o sujeito passivo, identificando que tem créditos pagos indevidos ou pago por substituição tributária de mercadorias que antes estavam sob a égide de tal instituto e foi alterado para o instituto do crédito tributário de operação normal,

efetuar a apropriação do crédito na sua conta corrente, observando o prazo decadencial de seu uso na forma estabelecida pela legislação. Infração 2 subsistente.

As infrações 4 e 5 dizem respeito à falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias no exercício de 2016, através do roteiro de levantamento quantitativo de estoque, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada.

A infração 4 se relaciona à cobrança do ICMS no valor de R\$16.029,54 com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recurso provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, conforme demonstrativo de fls. 29/69, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 98, com enquadramento nos artigos 4º, § 4º, inciso IV; art. 23-A, inciso II, da Lei 7.014/96, c/c os art. 13, inc. II, da Portaria 445/98.

Por sua vez a infração se 5 relaciona à antecipação tributária do ICMS no valor de R\$15.416,45, decorrente das operações objeto da infração 4, relativo ao produto “ENERGY DRINK 3 G” na forma do demonstrativo à fl. 31 dos autos, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, no ano de 2016, com enquadramento no artigo 6º, inciso IV; art. 23, inciso II da Lei 7.014/96, c/c art. 217 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e art. 10, inc. I, alínea “b” da Portaria 445/98.

Em sede de defesa às fls. 116/117, o sujeito passivo registra querer uma análise do levantamento por conta de um problema técnico que deu no sistema/aplicativo do remetente de algumas das mercadorias, objeto da autuação, a “EMPRESA FERRA FERREIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS- EIRELI-EPP”, que não teve condições operacionais de emitir algumas notas fiscais de forma tempestiva. Diz que a mercadoria foi efetivamente entregue na competência 12/2016, portanto, como o estoque é fechado a cada 31/12 de cada ano, o SPED caracterizou um “FURO” do estoque, gerando assim está infração.

Conforme prova material das notas fiscais a qual deveriam ter sido emitidas em 12/2016, mas por conta da instabilidade operacional do aplicativo, anexou as referidas notas emitidas em 01/2017, a qual imputando estes itens de mercadorias diz tornar evidente que não houve a referida omissão da auditoria do estoque em exercício fechado, tornando-se assim insubsistente a infração 4 na sua totalidade. Diz que a consequência da infração 5, advém do problema operacional da emissão das notas já descrito anteriormente no teor da infração 4, o que após análise e confronto das notas emitidas em 01/2017, torna-se também insubsistente.

Na informação fiscal, às fls. 244/256 dos autos, a autuante assinala que o contribuinte confessa a existência de diferenças no estoque, sob o argumento de falha de sistema do remetente das mercadorias, e que as referidas notas foram emitidas após o encerramento do exercício, deixando de emitir as notas fiscais em 12/2016, tendo sido as mercadorias entregues, anexando cópias das notas fiscais nº 4923 e 4924, emitidas pela empresa FERRARI FERREIRA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS EIRELI, em 23/01/2017 e 01/02/2017.

Tal argumento diz a autuante que não procede, pois as citadas notas fiscais emitidas em 23/01/2017 e 01/02/2017 respectivamente, não é possível considerar como entradas no estabelecimento da defendente em 2016. São notas fiscais emitidas após o encerramento do exercício, não devendo prosperar tais argumentos.

Salienta, também, que a autuada declarou em sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) não possuir estoque nos inventários de 31/12/2015 e 31/12/2016, conforme EFD de fevereiro/2015 e 2016. Destaca, também, que considerou no levantamento como entradas, as mercadorias constantes das notas fiscais nº 4909, 8905 e 441019 que não estão escrituradas na EFD (Livro Registro de Entradas), conforme demonstrativo das notas fiscais não lançadas anexo VI e VII (fls. 76 a 81) do PAF.

Voltando aos autos às fls. 268/269, o sujeito passivo, ao apresentar suas contrarrazões à informação fiscal de fls. 244/256, nada trouxe aos autos de fato novo relacionado aos termos postos, em sede de manifestação de defesa, para as infrações 4 e 5, objeto em análise.

Da análise dos autos, não vejo como não dar razão aos termos da acusação da agente Fiscal para as infrações 4 e 5, que, ao constituir os lançamentos fiscais através do roteiro de auditoria por levantamento quantitativo de estoque, amparada pela Portaria SEFAZ nº 445/98, cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Neste sentido, o que se observa do levantamento é a arguição do defendente de que teria recebido mercadorias no ano de 2016 em que o levantamento fiscal não teria considerado. Sobre a falta de registro de tais mercadorias no levantamento quantitativo não há controvérsia entre as partes; entretanto, a emissão dessas notas fiscais, que é o elemento probante para justificar seu registro no livro fiscal da empresa veio a ocorrer nas datas de 23/01/2017 e 01/02/2017, quando efetivamente sensibilizou o estoque da defendente, vez que esta não trouxe aos autos qualquer elemento probante de que as mercadorias abarcadas por tais documentos fiscais entraram no seu estabelecimento no ano de 2016.

Outra ocorrência de movimentação de estoque da defendente que tem uma relação direta com a apuração de diferenças apontadas no levantamento quantitativo objeto da autuação são as entradas das mercadorias constantes das notas fiscais nº 4909, 8905 e 441019, que não foram escrituradas no livro Registro de Entradas do sujeito passivo no ano de 2016, tendo sido objeto de lançamento, no levantamento quantitativo de estoque, objeto da autuação, pela agente Fiscal.

Em sendo assim, vejo restar procedente o pedido da agente Fiscal na manutenção dos lançamentos fiscais, relativos às infrações 4 e 5, vez que as inconsistências apontadas em sede de informação fiscal, na movimentação de mercadorias, relativa ao exercício de 2016, de fato recai na falta de registro de entrada no estabelecimento da defendente, promovendo a falta de recolhimento do ICMS por presunção ao deixar de contabilizar tais entradas. Infrações 4 e 5 subsistentes.

A infração 6 diz respeito a multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 70/72 que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 98. Lançada multa no montante de R\$4.024,44, com enquadramento no Artigo 12-A.

Em sede de defesa o sujeito passivo registra que nesta infração o valor de R\$345,53 do período de apuração 31/10/2016, trata-se de crédito fiscal de empresa do simples nacional; o valor de R\$599,41 de 30/11/2016, trata-se de crédito fiscal de empresa do simples nacional, créditos estes que não foram apropriados na apuração fiscal, porém o valor de R\$3.079,49 foi cobrado através de notificação fiscal nº 232324.0014/17-0, na forma dos documentos acostados às fls. 235/241 dos autos.

A autuante, em sede de informação fiscal às 253/254, diz que, após análise da documentação acostada ao processo pela autuada, informa que, quanto à afirmativa de que o valor de R\$3.079,49 já foi cobrado através de notificação fiscal nº 232324.0014/17-0, não procede, pois a referida notificação anexa à fl. 236 do PAF lavrada em 03/03/2017 refere-se à NFe nº 9.230 emitida em 09/02/2017, anexa à fl. 238, como também o DAE anexo fl. 240.

Todavia, retifica o lançamento fiscal com a redução do valor do débito, pela inclusão dos créditos fiscais de empresas do Simples Nacional para efeito de cálculo da antecipação parcial, sendo em 31/10/2016 de R\$345,53 para R\$93,49 e em 31/12/2016 de R\$3.079,49 para R\$2.952,03. Relativamente à data de ocorrência de 30/11/2016, manteve o valor de R\$599,41 nos termos da autuação original.

Às fls. 268/269, o sujeito passivo traz aos autos contrarrazões à informação fiscal de fls. 244/256, entretanto não apresenta qualquer fato novo aos argumentos de sua defesa em relação à Infração

6. Em sendo assim, não vendo nada que desabone a alteração dos valores lançados pela agente Fiscal, vejo restar procedente a infração 6 nos valores remanescentes, conforme demonstrativo de débito a seguir destacado:

Data de Ocorr	Data Vcto	Valor Histórico
31/10/2016	25/11/2016	93,49
30/11/2016	25/12/2016	599,41
31/12/2016	25/01/2017	2.952,03
Total da Infração 6		3.644,93

A infração 9 diz respeito a ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais, apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), com divergência dos Livros de Inventário no ano de 2016. Lançada multa no valor de R\$560,00, com enquadramento no art. 255, §1º, inc. I do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no artigo 42, inciso XVIII, alínea “c” da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo não nega o cometimento da autuação, apenas consigna que requer a redução ou cancelamento desta penalidade uma vez que tais divergências não implicaram em dolo, má fé ou simulação que implicasse na falta do recolhimento do imposto.

Sobre o pedido de atenuar penas por multas aplicadas em Auto de Infração, com fundamento no art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, constitui uma faculdade subjetiva do órgão julgador, não estando obrigado a acolher o pedido, ainda que presentes os pressupostos exigidos, nem tampouco a expressar os motivos pelos quais não o fizera. Neste sentido voto pelo não acatamento do pedido de redução ou cancelamento da penalidade posta na autuação, que é a devida para a infração cometida na forma do artigo 42, inciso XVIII, alínea “c” da Lei 7.014/96.

Ressalto, entretanto, que se o autuado optar pelo pagamento da multa ora mantida, mais especificamente a infração 9, poderá usufruir do benefício do programa Acordo Legal Concilia Bahia, aprovado pela Lei Estadual nº 14.016, de 24/10/2018, publicada no DOE de 29/10/2018, que, ao aderir às suas prerrogativas, poderá obter redução de até 90% da multa aplicada.

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 **206881.0018/17-9**, lavrado contra **GABRIEL SCHIOCHET - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$105.691,21**, acrescido das multas de 60% sobre R\$89.661,67, e de 100% sobre R\$16.029,54, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$836,36**, e da multa percentual no valor de **R\$3.644,93**, previstas nos incisos IX, XI e XVIII, “c” do mesmo artigo e lei citados; com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de Dezembro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA