

A. I. N° - 299333.0002/18-8
AUTUADO - COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS PEREIRA EIRELI
AUTUANTE - ALAN ROBERTO DIAS
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/03/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0029-03/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÕES DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Ficou comprovado que houve utilização do crédito destacado nas Notas Fiscais, de aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento, sem observar a legislação. Infração procedente. **b) MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO.** É vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada de mercadorias e serviços tomados, quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria não for tributada ou for isenta do imposto. Infração subsistente. **c) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Infração subsistente. **2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Infração comprovada, de acordo com o levantamento fiscal. **3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS.** Na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado. **5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor comercial das mercadorias que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/06/2018, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$158.604,92, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de julho de 2014. Valor do débito: R\$368,44. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.02.03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$6.158,21. Multa de 60%.

Infração 03 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$6.814,72. Multa de 60%.

Infração 04 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de julho de 2013 a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$58.588,97. Multa de 60%.

Infração 05 – 04.05.01: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2014 e 2015). Valor do débito: R\$69.577,00. Multa de 100%.

Infração 06 – 01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a novembro de 2014. Valor do débito: R\$3.557,76. Multa de 60%.

Infração 07 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, março a agosto e dezembro de 2013; janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$2.444,85.

Infração 08 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de julho de 2013 a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$10.094,97.

O autuado apresentou impugnação às fls. 566 a 596 do PAF, alegando que o auto de infração contém oito imputações, cada uma com o seu respectivo anexo, nos quais não é difícil perceber que, com exceção da primeira, as demais tomam como fundamentos não somente uma ou duas operações, mas centenas ou milhares, com mercadorias das mais diversas naturezas e origens. Algumas, inclusive, que, para maior facilidade de compreensão e para o alcance da verdade material, precisariam ser agrupadas nos demonstrativos da fiscalização, mas não foram, o que dificultou sobremaneira o exercício aos direitos de defesa e contraditório. Sobre o tema, cita os Acórdãos CJF 0178-11/09 e 0245-12/15.

Ressalta que o crédito tributário tem início com o lançamento de ofício, a cargo da autoridade administrativa, e se constitui em definitivo por meio do assim chamado “trânsito em julgado administrativo”, no âmbito do Conselho Estadual de Fazenda. Diz não ser admissível uma insegurança jurídica tamanha a ponto de o órgão responsável por constituir em definitivo o crédito, o Conselho Estadual de Fazenda, que orienta os fiscais e os contribuintes com as suas decisões, exarar acórdãos contrariamente a autos de infração como este, e a fiscalização atuar em sentido diametralmente oposto, prejudicando as empresas no que concerne ao direito de defesa e de contraditório.

Quanto à decadência, o defendente afirma que no lançamento por homologação, segundo prevê o art. 150 do CTN, o contribuinte ou responsável tributário realiza todos os procedimentos previstos

no art. 142, além do pagamento antecipado, sem o prévio exame do fisco. Existindo pagamento, como existe no presente caso, o § 4º do art. 150 do CTN estabelece regra de contagem de tempo extintivo para a homologação, estatuinto que, se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Expirado o lapso temporal sem que a Fazenda Pública tenha adotado as medidas necessárias à constituição (com a notificação do autuado), considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, que não existiram.

Diz que o referido entendimento já vem sendo adotado neste Conselho, em consonância com o que foi assentado em recente incidente de uniformização editado pela PGE, que consagra como termo final a data da comunicação do auto de infração ao contribuinte.

Acrescenta que o Estado, ao constatar ou comprovar omissão ou inexatidão na escrita fiscal dos contribuintes de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, é obrigado a realizar o lançamento de ofício por meio de auto de infração, nos termos do art. 149, V, do CTN. Nessas hipóteses, havendo pagamento, deve observar os ditames do art. 150, § 4º do CTN.

Afirma que foi notificado no final de julho de 2018 e há nos presentes autos cobranças relativas a fatos anteriores a agosto de 2013, que devem ser devidamente deduzidas, de acordo com os fundamentos jurídicos acima apresentados. Pleiteia a realização de diligência para que sejam elaboradas as correções pertinentes.

No mérito, quanto à infração 1, alega que o crédito deve ser lançado na sua integralidade no livro CIAP, com a apropriação de 1/48 mês a mês no livro RAICMS, a partir das respectivas entradas, que no presente caso, ocorreram no período de julho de 2014 (anexo 1 do auto de infração).

Informa que apesar do fato de os valores terem sido lançados na íntegra pelo autuado na sua apuração quando das entradas dos bens (julho de 2014; equivocadamente e sem má-fé), a fiscalização deveria ter observado que, quando da lavratura do auto, em junho de 2018, já havia transcorrido o prazo de 48 meses previstos na legislação para a total e completa utilização do direito de se creditar da entrada do bem do ativo permanente, do que não há mais que se falar em utilização indevida de crédito.

Infração 2: Alega que não foi observado o fato de que, durante todo o exercício fiscalizado, os saldos na escrita fiscal eram mais do que suficientes para acobertar os montantes cobrados. Diz que não existiu repercussão econômica decorrente da utilização do crédito supostamente indevido e por isso a acusação deve ser julgada improcedente.

Requer a realização de diligência, com o fito de provar a veracidade do que sustenta e diz que o lançamento viola o princípio constitucional da não cumulatividade, cláusula pétrea que não pode ser alterada sequer por Emenda à Constituição de 88, muito menos por auto de infração.

Infração 03: Afirma ser possível notar que em 2014 e 2015 as mercadorias não estavam contempladas no anexo 1 do RICMS-BA/2012, que contém os itens sujeitos à substituição tributária, a exemplo de espelho, macarrão, iogurte, costela, biscoito Waffer, chocolate granulado, amendoim torrado, pó de sorvete, alcatra, bacon tablete, picanha, ovo de páscoa, filé de peito, ovo de frango, massa fresca capeletti e ravioli, escova dental, lanchinho, amendoim Dori, trigo para kibe, pomada Hipogloss, chocolate cremoso, petit suisse etc.

Requer a realização de diligência, com o fim de provar a veracidade do que sustenta, e diz que o presente lançamento viola o princípio constitucional da não cumulatividade, cláusula pétrea que não pode ser alterada sequer por Emenda à Constituição, muito menos por auto de infração.

Afirma que, mais uma vez, não foi observado o fato de que, durante todos os citados exercícios sociais (2014/2015), os saldos na escrita fiscal eram mais do que suficientes para acobertar os montantes ora cobrados, e que não existiu repercussão econômica decorrente da utilização do crédito supostamente indevido e por isso a acusação deve ser julgada improcedente.

Infração 04: Alega não ser possível compreender de que forma a fiscalização calculou o valor supostamente devido. Na primeira linha do demonstrativo constante do anexo 4 do auto de infração, por exemplo (código 10.037), consta que o valor de R\$14,59 é resultante da multiplicação de 0,00 por 17 ($L = I \times K$), o que inviabiliza qualquer direito de defesa ou contraditório. O valor de R\$85,80 está nas colunas E, G e J, não sendo possível compreender de onde surgiu a inusitada quantia de R\$14,59.

Diz que o mesmo acontece em referência aos demais itens do demonstrativo. Entende que a imputação deve ser declarada nula de pleno direito, por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como por não ser possível determinar o montante da base de cálculo e a natureza da infração alegada.

Afirma que, não sendo possível ingressar no mérito dos fatos, se abstém de tecer maiores considerações acerca do injustificado lançamento.

Por mera cautela, informa que teve a preocupação de levar a efeito uma auditoria interna e chegou à conclusão de que as alíquotas de todas as operações fiscalizadas, utilizadas nos equipamentos de emissão de cupons fiscais, estavam em conformidade com a legislação em vigor quando das ocorrências.

Ressalta que caberia ao fisco indicar em que dispositivo de lei ou regulamento encontrou a alegada alíquota ou a carga tributária distinta daquela utilizada pelo autuado, o que não fez, em mais uma explícita agressão aos princípios da motivação do ato administrativo, da ampla defesa e do contraditório.

Infração 05: Reproduz o que estabelece a Portaria SEFAZ/BA número 445/98 e afirma que a totalidade dos bens que a empresa comercializa ingressa agrupada em sacos, pacotes ou similares e sai a retalho (em unidades).

A título meramente ilustrativo, cita as mercadorias mucilon, pirulito, quebra queixo, bombom, sardinha, sabonete, refresco, chiclete, shampoo, condicionador, bebida, bala, leite de coco, milho verde, extratos etc. Diz que a fiscalização não observou a norma do inciso III do art. 3º da referida Portaria, na medida em que não fez o agrupamento correto de cada item a reunir em um mesmo item de mercadorias afins.

Informa que fazendo um apanhado nitidamente apressado, com a utilização automática e exclusiva de sistema de processamento de dados, não foi efetuada uma análise humana à luz do bom senso, com crítica das mercadorias que, embora rotuladas via códigos distintos, mostram-se extremamente assemelhadas, a ponto de confundir o operador da máquina de venda, o que, de acordo com os princípios da verdade material, razoabilidade e proporcionalidade, reclamam a correta aplicação do inciso III do art. 3º da Portaria 445/98.

Mais uma vez, somente para ilustrar, destaca as mercadorias marmelada, azeitona, paliteiro, quebra queixo, bombom, sardinha, sabonete, refresco, chiclete, shampoo, condicionador, bebida, bala etc.

Em referência ao item de código 106 (suco del valle), por exemplo, diz que foi constatada uma suposta omissão de 106 unidades, resultante da falha metodológica acima explicitada, assim como ocorreu com todas as mercadorias fiscalizadas (código 1.070, omissão de 2 unidades; código 12.643, omissão de 3,08 unidades; código 5.069; omissão de 2 unidades etc.).

Entende que os cálculos não estão revestidos da higidez reclamada no art. 1º da Portaria 445/98 (criterioso rigor na quantificação das mercadorias), pois não há que se conceber que alguma empresa omita fração de saída de mercadoria, como – de forma surpreendente e inusitada – se disse ter ocorrido com o item 12.643 (omissão de saídas = 3,08).

Também alega não ser possível que em um levantamento quantitativo de estoques, principalmente naquele em que se diz terem sido constatadas omissões de saídas, sejam

olvidadas as perdas, natural e corriqueiramente verificadas no ramo de atividade econômica do impugnante: vendas em varejo.

Afirma que não se deve justificar tal falha com a falta de emissão de nota fiscal de perda, muito menos com o não estorno dos créditos, pois para tais situações existem infrações específicas, a primeira por descumprimento de obrigação acessória e a segunda por utilização indevida de crédito, com efeitos jurídicos diferentes da omissão de saídas, como, por exemplo, a possibilidade de redução ou cancelamento (art. 42, § 7º da Lei 7.014/96).

Informa que no Estado de São Paulo, de acordo com as consultorias NeoGrid e Nielsen, no mês de agosto de 2017, o índice de ruptura, que mede a ausência de itens em supermercados chegou a 10,22%, número levemente menor do que os apresentados no início de 2017, quando marcou 11,7%. Esses eventos, não considerados pela fiscalização, podem ter como causa:

- Furto Interno: ações praticadas dentro da loja por fornecedores ou funcionários, que omitem o registro da mercadoria;
- Furto Externo: ações praticadas dentro da loja por clientes, que omitem o registro da mercadoria;
- Quebra Operacional: divergência gerada por meio de operações não registradas;
- Erro Administrativo: divergências geradas nos controles e estoques por meio da ação de colaboradores;
- Fornecedor: erro cometido pelo varejista por meio da influência de ações dos fornecedores.

Requer a improcedência ou a nulidade da acusação fiscal. Caso não acolhidos o requerimento de improcedência ou nulidade, solicita diligência para que se elabore algum levantamento quantitativo compreensível, consentâneo com a Portaria 445/98, ocasião em que, seguramente, restará comprovado que não existiu qualquer omissão.

Infração 06: Afirma que, como ocorreu na infração 3, a fiscalização não atentou para o fato de que em 2014, nas respectivas datas dos supostos fatos geradores, as mercadorias não estavam contempladas no anexo 1 do RICMS, que contém os itens sujeitos à substituição tributária.

Além disso, os cálculos foram efetivados de maneira irregular e incompreensível, com percentuais de margem de valor adicionado fictícios e equivocados, sem fundamento na legislação.

Diz que a imputação deve ser declarada nula de pleno direito, por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como por não ser possível determinar o montante da base de cálculo e a natureza da infração alegada.

De maneira a propiciar o direito à ampla defesa e ao contraditório, entende que a fiscalização deveria ter indicado, a partir de qual dispositivo de lei ou regulamento concluiu que os itens destacados no anexo 6 do auto de infração, estavam submetidos à substituição tributária quando dos fatos alegadamente geradores (o que não são), bem como, ter esclarecido o fundamento jurídico das margens de valor adicionado, não encontradas pelo impugnante na legislação do ICMS.

Informa que, não sendo possível ingressar no mérito da infração, o contribuinte se abstém de tecer maiores considerações acerca do injustificado lançamento, aguardando sejam observados os sobreditos princípios fundamentais.

Infrações 07 e 08: Alega que desconhece as operações de que tratam estas infrações, e que não é possível constituir prova negativa, de que não efetuou as compras.

Ressalta que a presunção (de constitucionalidade duvidosa) contida no art. 4º, § 7º da Lei 7.014/96 somente foi instituída no ordenamento jurídico com o advento da Lei 13.199, de 28/11/14, com efeitos a partir de 29/11/14.

Diz que não há que se falar em aplicação retroativa do mencionado dispositivo legal, pelo que, pugna pela improcedência de ambas as infrações.

Por fim, pede que, sob pena de nulidade, todas as correspondências processuais devem ser encaminhadas para o endereço do patrono do sujeito passivo: Avenida Tancredo Neves, número 620, Sala 308, Edifício Mundo Plaza Empresarial, Bairro Caminho da Árvore, Salvador, Bahia, Cep: 41.820-020.

Protesta pelo uso de todos os meios de prova admitidos, inclusive o pericial, e encerra requerendo seja julgado nulo ou improcedente o auto de infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 613 a 624 dos autos. Repete a alegação do autuado de que o auto de infração contém 8 imputações com seus respectivos anexos, que o mesmo tem centenas de mercadorias, que as mesmas deveriam ser agrupadas, e que pelo fato das mesmas não terem sido agrupadas, dificultaria o seu direito de defesa.

Diz que esta é a primeira vez em que vê um contribuinte desejar o agrupamento de mercadorias, sem sequer mencionar quais seriam estas, sendo que todas as mercadorias possuem um código específico e, portanto facilmente identificáveis.

Inicialmente, afirma que os argumentos relativos às infrações são totalmente desprovidos de objetividade e contestações baseados em demonstrativos e provas subjetivas. Como se trata de um supermercado, com diversas situações tributárias, inclusive algumas delas se alterando ao longo do período fiscalizado, diz que foi uma tarefa hercúlea a parametrização de milhares de itens. Em função disto, todas as infrações foram discutidas ao longo da sua produção com o contador e um preposto da empresa, ligado a área de informática e contábil, tendo sido repassados diversos demonstrativos para análise dos mesmos, face à complexidade das operações, bem como o volume de dados.

Reproduz diversos *e-mail* enviados para o contador, onde se colocou à disposição do mesmo as planilhas que foram analisadas e resultaram nos demonstrativos anexos o AI. Diz que muitas das sugestões foram acatadas após a constatação da sua procedência, e que tal procedimento é extremamente benéfico ao contribuinte e ao Fisco, porque foram dirimidas as dúvidas, evitando contenciosos caros aos dois lados da relação tributária.

Quanto à infração 01, diz que o próprio contribuinte admite ter cometido equívoco. Diz que o defendente apresentou o entendimento de que a fiscalização deveria fazer considerações, desconhecendo que a atividade do autuante é vinculada à legislação.

Infração 02: Informa que todas as mercadorias isentas e seus créditos foram disponibilizados ao contribuinte para análise, chegando ao demonstrativo final. Diz que o defendente não enfrenta o mérito, apenas pede a improcedência.

Infração 03: Mais uma vez, informa que o demonstrativo foi amplamente discutido e analisado com os prepostos da empresa. Diz que o contribuinte não anexa qualquer demonstrativo com itens e valores que possam ser analisados, apenas nomes de produtos que julga não pertencerem ao rol de produtos sujeitos a ST.

Para não deixar sem resposta, coloca os grupos descritos pelo contribuinte e a referência dos mesmos no anexo 01 do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/12. Diz que não houve mudança de tributação para os grupos considerados nos anos de 2014 e 2015.

Infração 04: Informa que o autuado atribui carga tributária igual a zero na saída de diversos produtos que são tributados normalmente. Salaria que na defesa, em nenhum momento, ele contesta a infração, procura criar uma celeuma sobre algo extremamente simples, principalmente aos que lidam diariamente com o cálculo do imposto. Diz que no demonstrativo extremamente detalhado, o imposto devido é obtido na aplicação da alíquota pela base de cálculo. Na página 590 o contribuinte alega não saber que o valor de R\$ 14,59 seria fruto da aplicação da alíquota de 17%

sobre a base de cálculo de R\$ 85,80, tentando passar uma suposta ingenuidade ao não saber de onde vem o cálculo.

Tudo isto pelo fato do demonstrativo SIAF ter trocado uma letra em seu cabeçalho. Diz que em nenhum momento o contribuinte cita o fato de que tentou burlar o fisco atribuindo carga tributária igual a zero para diversos produtos tributados, com um claro intuito de burlar a fiscalização.

Infração 05: Apresenta o entendimento de que o levantamento quantitativo de estoque é sem dúvida, um dos mais complexos roteiros de fiscalização, quando temos diversos itens. Em função disto, foi o que mais demorou para ser analisado pelo contribuinte e para chegar ao estágio apresentado na infração.

Reproduz o inciso III, do art. 3º, da Portaria 445/98, e diz que a redação é muito clara para os casos em que não se possa caracterizar/ individualizar os produtos vendidos, em nada tendo relação com os produtos selecionados para o levantamento quantitativo de estoque.

Lembra que o defendente gostaria de ver agrupados itens como sardinha, bebidas, leite de coco, shampoo, condicionador, etc., quando tais produtos são plenamente inidentificáveis pelo seu código de produto, bem como pelo código de barras, e é exatamente por este motivo, que os produtos são identificados pelo caixa do supermercado quando da passagem pelo mesmo.

Com relação às perdas, diz que o próprio contribuinte colocou a forma correta de como fazê-lo, portanto, nada a declarar. Quanto às omissões fracionadas, trata-se daqueles produtos vendidos por peso, tais como apresuntado, presunto, queijo, cuja unidades de vendas são adotadas pelo próprio contribuinte.

Infração 06: Afirma que apesar da alegação em contrário do contribuinte, todos os itens relativos a esta infração, produtos comestíveis resultantes do abate de aves, estão elencados no item 35 do anexo 1 do RICMS-BA, vigente em 2014.

Informa que apresentou tabela de pautas e vigência disponíveis na legislação, que contribuinte desconhece. Diz que o defendente não apresenta tabelas, nem argumentação consistente.

Infrações 07 e 08: Ressalta que o defendente não apresenta qualquer contraponto que demonstre que efetivamente não houve a compra, inclusive, quando da elaboração desta infração, a mesma foi submetida ao contribuinte, que fez uma depuração que resultou nas listas relativas a estas infrações.

Diante do acima exposto, requer ao Senhor Presidente e demais membros do CONSEF que o Auto de Infração em tela seja julgado totalmente procedente.

VOTO

O defendente alegou a existência de insegurança jurídica no presente lançamento, afirmando que o órgão responsável por constituir em definitivo o crédito, o Conselho Estadual de Fazenda, orienta os fiscais e os contribuintes com as suas decisões, de forma que, exarar acórdãos contrariamente a autos de infração como este, e a fiscalização atuar em sentido diametralmente oposto, prejudica as empresas no que concerne ao direito de defesa e de contraditório.

Constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção. No presente processo não houve necessidade de realizar diligências saneadoras, considerando que os elementos constantes nos autos são suficientes para análise e

conclusões acerca da lide, ficando indeferido o pedido formulado pelo autuado em sua impugnação.

Sobre a metodologia aplicada na apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, os demonstrativos do autuante são compreensíveis, indicam os dados relativos aos documentos fiscais objeto da autuação e os valores exigidos. O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, constato que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à decadência, o defendente afirmou que no lançamento por homologação, segundo prevê o art. 150 do CTN, o contribuinte ou responsável tributário realiza todos os procedimentos previstos no art. 142, além do pagamento antecipado, sem o prévio exame do fisco. Existindo pagamento, como existe no presente caso, o § 4º do art. 150 do CTN estabelece regra de contagem de tempo extintivo para a homologação, estatuidando que, se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

A preliminar de decadência foi suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em 26/06/2018 para exigir imposto referente fatos ocorridos a partir de janeiro de 2013, fundamentando sua alegação no § 4º do art. 150 do CTN.

O entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se às conclusões a seguir:

1. Débito tributário declarado e pago: Há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN.
2. Débito declarado com efetivação do pagamento, porém com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: A autoridade, mediante a coleta de provas idôneas apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo de decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I.
3. Débito não declarado e não pago: Aplicação também direta das disposições do art. 173, I, do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.

A conclusão é de que se conta o prazo decadencial com fundamento no art. 173, inciso I do CTN quando o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, ou seja, omite informações quanto à realização de operação ou prestação tributável.

Como as infrações 01 a 04 e 06 tratam de imposto lançado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS, e o consequente recolhimento efetuado a menos, neste caso, ensejaria a aplicação da decadência com base no § 4º, do art. 150, do CTN, relativamente aos meses de janeiro a maio de 2013, e a consequente extinção dos créditos tributários lançados no presente Auto de Infração, considerando a sua data de lavratura em 26/06/2018.

Entretanto, nos mencionados itens do Auto de Infração não consta apuração de débito nos meses de janeiro a maio de 2013, por isso, fica prejudicada a aplicação da decadência requerida pelo defendente.

Quanto às demais infrações (05, 07 e 08), considerando que no presente PAF houve levantamento fiscal apurando-se imposto não declarado e não pago e entradas de mercadorias não registradas, implica dizer que não há pagamento a ser homologado, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

Neste caso, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2013 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2018. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 26/06/2018, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa quanto às infrações 05, 07 e 08.

No mérito, a infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de julho de 2014, conforme demonstrativo às fls. 13/14 do PAF.

O defendente alegou que o crédito deve ser lançado na sua integralidade no livro CIAP, com a apropriação de 1/48 mês a mês no livro RAICMS, a partir das respectivas entradas, que no presente caso, ocorreram no mês de julho de 2014 (anexo 1 do auto de infração).

Informou que apesar do fato de os valores terem sido lançados na íntegra na sua apuração, quando das entradas dos bens (julho de 2014; equivocadamente e sem má-fé), a fiscalização deveria ter observado que, quando da lavratura do auto, em junho de 2018, já havia transcorrido o prazo de 48 meses previstos na legislação para a total e completa utilização do direito de se creditar da entrada do bem do ativo permanente, do que não há mais que se falar em utilização indevida de crédito.

O autuante disse que o próprio contribuinte admite ter cometido a irregularidade ao afirmar que os valores foram lançados na sua apuração quando das entradas dos bens, de forma equivocada e sem má fé, mas desconhece que a atividade do autuante é vinculada à legislação.

Não acato a alegação defensiva, considerando que em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, inclusive, quanto aos limites ou condições para utilização de créditos fiscais. Neste caso, a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês em que se verificar o direito à utilização do crédito, inexistindo previsão legal para utilização do crédito fiscal antes do próprio mês em que se verificou o referido direito à sua utilização.

Quanto ao crédito fiscal de ICMS, decorrente de entradas de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente e respectivos serviços de transporte, o valor mensal a ser apropriado deve ser calculado com base na proporção das operações e prestações tributadas sobre o total das operações de saídas e prestações de serviço efetuadas no mesmo período, nos termos do § 6º do art. 29 da Lei nº 7.014/96.

Não se trata de simples cumprimento de obrigação acessória, haja vista que, em se tratando de fruição ou reconhecimento de crédito fiscal que depende de condição (inclusive quanto à proporcionalidade das operações tributadas), não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido. A simples escrituração do crédito fiscal que a empresa não tinha direito configura utilização indevida, mesmo que possua direito à restituição de algum indébito. Na situação presente, ficou comprovado que a empresa apropriou na sua conta corrente fiscal, créditos de ICMS não permitidos pela legislação do imposto, concluindo-se pela subsistência da exigência fiscal.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Demonstrativo às fls. 16/28 do PAF.

O autuado alegou que não foi observado o fato de que, durante todo o exercício fiscalizado, os saldos na escrita fiscal eram mais do que suficientes para acobertar os montantes cobrados. Disse que não existiu repercussão econômica decorrente da utilização do crédito supostamente indevido, por isso, a acusação deve ser julgada improcedente. Requereu a realização de diligência, com o fito de provar a veracidade do que sustentou.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que se trata de comprovação que deveria ser apresentada pelo defendente para comprovar seus argumentos, nos termos do art. 123 do RPAF/BA, não cabendo ao órgão julgador promover a busca de provas cuja obrigação de juntar aos autos é do Contribuinte.

Vale salientar, que ao tratar da vedação à utilização de créditos fiscais, o RICMS/BA/2012, no art. 310, inciso I, alínea “a”, prevê que é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à aquisição ou a entrada de mercadorias e serviços tomados para integração, consumo ou emprego na comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria ou do produto resultante ou quando a prestação subsequente do serviço não forem tributadas ou forem isentas do imposto. Portanto, está comprovada a irregularidade apurada por meio do levantamento fiscal. Infração subsistente.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Demonstrativo às fls. 30/57 do PAF.

O impugnante afirmou ser possível notar que em 2014 e 2015 as mercadorias não estavam contempladas no anexo 1 do RICMS-BA/2012, que contém os itens sujeitos à substituição tributária, a exemplo de espelho, macarrão, iogurte, costela, biscoito Waffer, chocolate granulado, amendoim torrado, pó de sorvete, alcatra, bacon tablete, picanha, ovo de páscoa, filé de peito, ovo de frango, massa fresca capeletti e ravioli, escova dental, lanchinho, amendoim Dori, trigo para kibe, pomada Hipogloss, chocolate cremoso, petit suisse etc.

Requereu a realização de diligência, com o fim de provar a veracidade do que sustentou, e disse que o presente lançamento viola o princípio constitucional da não cumulatividade. Entretanto, a referida diligência foi indeferida, por se tratar de comprovação que deveria ser acostada aos autos pelo defendente.

Afirmou que, mais uma vez, não foi observado o fato de que, durante todos os citados exercícios sociais (2014/2015), os saldos na escrita fiscal eram mais do que suficientes para acobertar os montantes ora cobrados, e que não existiu repercussão econômica decorrente da utilização do crédito supostamente indevido e por isso a acusação deve ser julgada improcedente.

O autuante informou que o demonstrativo foi amplamente discutido e analisado com os prepostos da empresa. Disse que o contribuinte não anexa qualquer demonstrativo com itens e valores que possam ser analisados, apenas nomes de produtos que julga não pertencerem ao rol de produtos sujeitos a ST.

Indicou os grupos descritos pelo contribuinte e a referência dos mesmos no anexo 01 do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/12, estando comprovado que se trata de requisitos estabelecidos na legislação. Disse que não houve mudança de tributação para os grupos considerados nos anos de 2014 e 2015.

Não acato as alegações defensivas, haja vista que o levantamento fiscal foi efetuado com produtos como macarrão, biscoito, sorvetes iogurte, etc. e como destacou o autuante, todos os produtos objeto da autuação já se encontravam na substituição tributária no período fiscalizado, inexistindo necessidade de realizar diligência para a comprovação pretendida, como entendeu o defendente.

Conforme estabelece o art. 290 do RICMS-BA/12, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito

fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Concluo pela subsistência desta infração, considerando que é vedado pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária.

Infração 04: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de julho de 2013 a dezembro de 2015. Demonstrativo às fls. 59/108 do PAF.

O defendente alegou não ser possível compreender de que forma a fiscalização calculou o valor supostamente devido. Na primeira linha do demonstrativo constante do anexo 4 do auto de infração, por exemplo, consta que o valor de R\$14,59 é resultante da multiplicação de 0,00 por 17 ($L = I \times K$), o que inviabiliza qualquer direito de defesa ou contraditório. O valor de R\$85,80 está nas colunas E, G e J, não sendo possível compreender de onde surgiu a inusitada quantia de R\$14,59.

Disse que o mesmo acontece em referência aos demais itens do demonstrativo. Entende que a imputação deve ser declarada nula de pleno direito, por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como por não ser possível determinar o montante da base de cálculo e a natureza da infração alegada.

Afirmou que não sendo possível ingressar no mérito dos fatos, se abstém de tecer maiores considerações acerca do injustificado lançamento. Entretanto, disse que providenciou uma auditoria interna e chegou à conclusão de que as alíquotas de todas as operações fiscalizadas, utilizadas nos equipamentos de emissão de cupons fiscais, estavam em conformidade com a legislação em vigor quando das ocorrências. Ou seja, ficou demonstrado que o defendente entendeu a acusação fiscal e os cálculos realizados no levantamento fiscal.

O autuante informou que o autuado atribui carga tributária igual a zero na saída de diversos produtos que são tributados normalmente, salientando que na defesa, em nenhum momento, ele contesta a infração, procura criar uma celeuma sobre algo extremante simples, principalmente aos que lidam diariamente com o cálculo do imposto. Disse que no demonstrativo extremamente detalhado, o imposto devido é obtido da aplicação da alíquota pela base de cálculo. Na página 590 o contribuinte alega não saber que o valor de R\$ 14,59 seria fruto da aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo de R\$ 85,80, tentando passar uma suposta ingenuidade ao não saber de onde vem o cálculo.

Observe que no demonstrativo elaborado pelo autuante os cálculos são compreensíveis, encontrando-se colunas referentes ao valor do item, base de cálculo do ICMS, valor do ICMS informado pelo contribuinte, carga tributária, valor do ICMS calculado pela auditoria, constando a informação de que a fonte dos dados é a Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Em cada demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 59 a 108 dos autos, tem assinatura de representante do autuado, comprovando que recebeu uma via do levantamento fiscal. Ou seja, não foi constatado o cerceamento de defesa e ao contraditório alegado nas razões de defesa, haja vista que o defendente tomou conhecimento do levantamento fiscal, a base de cálculo do imposto exigido, apurado de acordo com a escrituração efetuada pelo próprio contribuinte em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, conforme as cópias acostadas aos autos.

Como foi constatado que não foi apurado na EFD o imposto devido, e o defendente não apresentou qualquer documento para contrapor os demonstrativos do autuante, nem comprovou o recolhimento do débito, acato os valores apurados mediante o levantamento fiscal, e concluo pela procedência desta infração.

Infração 05: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo

lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2014 e 2015). Demonstrativo às fls. 111/451 do PAF.

O defendente afirmou que a totalidade dos bens que a empresa comercializa ingressa agrupada em sacos, pacotes ou similares e sai a retalho (em unidades). A título ilustrativo, citou as mercadorias mucilon, pirulito, quebra queixo, bombom, sardinha, sabonete, refresco, chiclete, shampoo, condicionador, bebida, bala, vela, leite de coco, milho verde, extratos etc. Disse que a fiscalização não observou a norma do inciso III do art. 3º da referida Portaria, na medida em que não fez o agrupamento correto de cada item a reunir em um mesmo item de mercadorias afins.

Em relação à entrada de mercadorias em sacos, pacotes, caixas e similares, saindo em unidades, nada impede a empresa de proceder dessa forma (comprar vários itens em separado e revender como um único item, ou vice-versa), mas, para tanto, precisa observar a legislação quanto à emissão das respectivas notas fiscais quando da agregação ou desagregação de cada item, a fim de não gerar inconsistências nos estoques, e esta comprovação não foi carreada aos autos.

O autuado também alegou que em relação a algumas mercadorias, embora rotuladas via códigos distintos, mostram-se extremamente assemelhadas, a ponto de confundir o operador da máquina de venda, o que, de acordo com os princípios da verdade material, razoabilidade e proporcionalidade, reclamam a correta aplicação do inciso III do art. 3º da Portaria 445/98. Para ilustrar, destacou as mercadorias marmelada, azeitona, paliteiro, quebra queixo, bombom, sardinha, sabonete, refresco, chiclete, shampoo, condicionador, bebida, bala etc.

Entendeu que os cálculos não estão revestidos da higidez reclamada no art. 1º da Portaria 445/98, e que não é possível que em um levantamento quantitativo de estoques, principalmente naquele em que se diz terem sido constatadas omissões de saídas, sejam olvidadas as perdas, natural e corriqueiramente verificadas no ramo de atividade econômica do impugnante: vendas em varejo.

O autuante apresentou o entendimento de que a redação do inciso III, do art 3º, da Portaria 445/98, é muito clara para os casos em que não se possa caracterizar/individualizar os produtos vendidos, em nada tendo relação com os produtos selecionados para o levantamento quantitativo de estoque desta autuação.

Disse que o defendente gostaria de ver agrupados itens como sardinha, bebidas, leite de coco, shampoo, condicionador e etc, quando tais produtos são plenamente identificáveis pelo seu respectivo código, bem como pelo código de barras, e é exatamente por este que os produtos são identificados pelo caixa do supermercado quando da passagem pelo mesmo.

Também não concordou com as alegações defensivas quanto às perdas e esclareceu que em relação às omissões fracionadas, trata-se daqueles produtos vendidos por peso, tais como apresuntado, presunto, queijo, cujas unidades de vendas são adotadas pelo próprio contribuinte.

Observe que, na realização de levantamento quantitativo de estoques são conferidas as quantidades de entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento em determinado período ou exercício, tendo como referências o estoque inicial e o estoque final constantes do inventário, sendo cumprido o roteiro de uma auditoria de fiscal, que pode ser realizada através de contagem física ou físico-documental, podendo ser aplicado a qualquer estabelecimento atacadista ou varejista.

No levantamento fiscal consta o esclarecimento de que foi utilizada unidade de medida informada no inventário e a fonte dos dados foi a Escrituração Fiscal Digital – EFD. Neste caso, se todos os itens deram entrada e saída no estabelecimento com a descrição e códigos completos, distinguindo-se uns dos outros, existindo diferenças na descrição das mercadorias e os respectivos códigos também são diferentes, entendo que assiste razão ao autuante, haja vista que de acordo com a descrição e códigos correspondentes, as mercadorias não são as mesmas, distinguindo-se umas das outras, inexistindo a necessidade de se fazer o agrupamento de mercadorias, como entendeu o defendente.

Por outro lado, se o contribuinte utilizou mais de um código para a mesma mercadoria, não observou o que a legislação determina. Como os elementos constitutivos do débito apurado foram levantados através dos dados constantes dos Arquivos referentes à EFD (Escrituração Fiscal Digital) e Notas Fiscais, o defendente precisaria adotar todas as providências no sentido de corrigir possíveis erros na EFD, antes da ação fiscal, criando as condições para que a fiscalização fosse realizada sem os mencionado equívocos de escrituração, se existiram.

Vale salientar, que é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal digital e a sua remessa ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais. No caso em exame, os elementos apresentados são insuficientes para comprovar as alegações defensivas.

Em relação às perdas, mercadorias que forem sinistradas, deterioradas ou que forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio, quer tenha a ocorrência sido verificada no trânsito, quer no próprio estabelecimento, o Contribuinte deve emitir nota fiscal para baixa no estoque e estorno do crédito fiscal relativo à entrada ou aquisição das mercadorias, ou para desincorporação do bem, conforme o caso.

Vale salientar, que constitui obrigação do contribuinte, estornar ou anular o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio, inclusive no caso de tais ocorrências com os produtos resultantes da industrialização, produção, extração ou geração. Se não foi comprovada a perda, na forma estabelecida na legislação, não há como incluir os dados no levantamento fiscal.

Concluo que a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão da documentação fiscal exigível (conforme art. 4º, da Portaria 445/98). Portanto, infração subsistente.

Infração 06: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2014. Demonstrativo às fls. 453/457 do PAF.

O defendente afirmou que, como ocorreu na infração 3, a fiscalização não atentou para o fato de que em 2014, nas respectivas datas dos supostos fatos geradores, as mercadorias não estavam contempladas no anexo 1 do RICMS, que contém os itens sujeitos à substituição tributária.

Além disso, os cálculos foram efetivados de maneira irregular e incompreensível, com percentuais de margem de valor adicionado fictícios e equivocados, sem fundamento na legislação.

Disse que a imputação deve ser declarada nula de pleno direito, por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como por não ser possível determinar o montante da base de cálculo e a natureza da infração alegada.

De maneira a propiciar o direito à ampla defesa e ao contraditório, entende que a fiscalização deveria ter indicado a partir de qual dispositivo de lei ou regulamento concluiu que os itens destacados no anexo 6 do auto de infração estavam submetidos à substituição tributária quando dos fatos alegadamente geradores (o que não são), bem como ter esclarecido o fundamento jurídico das margens de valor adicionado, não encontradas pelo impugnante na legislação do ICMS.

O autuante informou que todos os itens relativos a esta infração de produtos comestíveis resultantes do abate de aves, estão elencados no item 35 do anexo 1 do regulamento vigente em 2014. Disse que a tabela de pautas e vigência está disponível na legislação, e que contribuinte desconhece.

Não foi constatado que houve cerceamento de defesa ou nulidade da autuação, considerando que no levantamento fiscal constam os dados relativos a cada operação, de acordo com a Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, encontrando-se uma coluna indicando a MVA aplicada, conforme previsto no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, item 35, que estava em vigor nas datas de ocorrências dos fatos apurados, haja vista que se trata de produtos resultantes do abate de aves.

Vale ressaltar, que em relação às operações com mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devem ser observadas as alterações da legislação no curso do tempo, especialmente as regras consubstanciadas em Convênios ou Protocolos, bem como, no RICMS/BA, para fins de atribuição da chamada responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

No demonstrativo elaborado pelo autuante constam os dados relativos ao número de cada nota fiscal, data, valor, imposto creditado, base de cálculo para antecipação, MVA., alíquota, ICMS a recolher, recolhimento, ICMS devido. O levantamento fiscal foi efetuado com base em Nota Fiscal Eletrônica, encontrando-se identificada a chave de acesso para necessária consulta. Neste caso, entendo que existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado, ficando caracterizado que houve a realização de operação sujeita à substituição tributária.

O defendente deveria apresentar as provas do não cometimento das infrações, nos termos do art. 123 do RPAF/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras comprovações, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento. Mantida a exigência fiscal.

As infrações 07 e 08 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que tratam de exigência de multa decorrente de entradas de mercadorias tributáveis e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Infração 07: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, março a agosto e dezembro de 2013; janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$2.444,85. Demonstrativo às fls. 459/4514 do PAF.

Infração 08: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de julho de 2013 a dezembro de 2015. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$10.094,97. Demonstrativo às fls. 515/558 do PAF.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, para mercadorias sujeitas a tributação bem como em relação às mercadorias não tributáveis (art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96).

O autuado alegou que desconhece as operações de que tratam estas infrações, e que não é possível constituir prova negativa, de que não efetuou as compras.

Ressalta que a presunção (de constitucionalidade duvidosa) contida no art. 4º, § 7º da Lei 7.014/96 somente foi instituída no ordenamento jurídico com o advento da Lei 13.199, de 28/11/14, com efeitos a partir de 29/11/14, e que não há que se falar em aplicação retroativa do mencionado dispositivo legal, pelo que pugna pela improcedência de ambas as infrações.

O autuante informou que o defendente não apresentou qualquer contraponto que demonstrasse que efetivamente não houve a compra, inclusive, quando da elaboração desta infração, a mesma foi submetida ao contribuinte que fez uma depuração que resultou nas listas relativas a estas infrações.

A falta de escrituração de notas fiscais causa dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso, aplica-se penalidade conforme estabelece o art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96, haja vista que interessa ao Estado manter o controle das entradas de

mercadorias e prestações realizadas, e a falta de escrituração dos documentos fiscais impede o mencionado controle; a multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual.

Os fatos não foram elididos, não obstante a alegação apresentada pelo autuado de que não pode figurar como sujeito passivo, e que desconhece as operações.

Considerando que a autuação foi efetuada com base em Notas Fiscais Eletrônicas, conforme se constata no levantamento fiscal, encontrando-se identificadas as chaves de acesso para necessária consulta. Neste caso, existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado, ficando caracterizado o cometimento das infrações.

As alegações defensivas não podem ser acolhidas, uma vez que ficou caracterizada a infração relativa à aquisição de mercadorias sem o devido registro na escrita do estabelecimento autuado, e este CONSEF tem decidido, de forma reiterada, que as notas fiscais referentes a mercadorias destinadas a um contribuinte constituem prova da realização de operações de aquisição pelo destinatário, inexistindo necessidade de a fiscalização acostar aos autos outras provas.

A existência das referidas notas fiscais é considerada prova suficiente da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de destituir a exigência fiscal. Ou seja, as notas fiscais obtidas pela fiscalização deste Estado indicam que as mercadorias circularam no território baiano, concluindo-se pela subsistência de todos os itens 07 e 08 do presente lançamento.

Por fim, o autuado pede que, sob pena de nulidade, todas as correspondências processuais devem ser encaminhadas para o endereço do patrono do sujeito passivo. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAFBA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299333.0002/18-8**, lavrado contra **COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS PEREIRA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$146.065,10**, acrescido das multas de 60% sobre R\$76.488,10, e de 100% sobre R\$69.577,00, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “d”; inciso III e inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$12.539,82**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA