

A. I. Nº - 281332.0001/18-4
AUTUADO - ADR DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA
AUTUANTES - MONICA CALVACANTI SILVA ARAÚJO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/05/2019

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0049-04/19

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTO FISCAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. **a)** ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. **b)** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Itens reconhecidos. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. Razões de defesa não são suficientes para elidir esse item da autuação. Na forma do artigo 143 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Item subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA. Uma vez comprovada à 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. Item reconhecido. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. **a)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Acolhido parcialmente o pedido de nulidade do sujeito passivo por cerceamento ao direito de defesa, por entender que a autuação contém vícios na constituição do lançamento que afetam a sua eficácia, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada na juntada de documentos/demonstrativo, em relação às inovações das datas de ocorrência de 31/10/2016, 30/11/2016 e 31/12/2016, quando do desenvolvimento da Informação Fiscal, por entender que, tais fatos, demonstram agravamento da autuação, o que caracteriza vícios na constituição do lançamento, que afetam a sua eficácia, sendo inviável seu saneamento no presente PAF. Portanto, com base no art. 18, inciso IV do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, declaro nulo em parte este item da autuação. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Razões de defesa não são suficientes para elidir esse item da autuação. Na forma do artigo 143 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, a simples negativa do cometimento da infração

não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Item subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, foi lavrado em 27/06/2018, objetivando reclamar crédito tributário no valor de R\$27.119,90, conforme demonstrativos constantes do CD/Mídia de fl. 14, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS, em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de fevereiro a dezembro de 2015, conforme demonstrativo constante do CD/Mídia à fl. 14 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$1.025,83, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96 e multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 03.02.05: Recolheu a menor ICMS, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2013, conforme demonstrativo constante do CD/Mídia constante do CD/Mídia à fl. 14 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$562,94, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96 e multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 07.01.02: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro, março, abril, junho, julho e agosto de 2013, conforme demonstrativo constante do CD/Mídia à fl. 14 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$5.154,96, com enquadramento nos artigos 8º, inc. II e §3º, do art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - 07.15.03: Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2013, e janeiro, março a julho de 2014, e outubro de 2016, conforme demonstrativo constante do CD/Mídia à fl. 14 dos autos. Lançado multa valor de R\$15.483,16, com enquadramento nos artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 5 - 16.01.01: Deu entrada de mercadoria(s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a agosto de 2016, conforme demonstrativo constante do CD/Mídia à fl. 14 dos autos. Lançado multa valor de R\$2.338,92, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92, mais multa tipificada no art. 42, ind. IX, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(is) sem o devido registro na escrita, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, conforme demonstrativo constante do CD/Mídia à fl. 14 dos autos. Lançado multa valor de R\$2.554,09, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92, mais multa tipificada no art. 42, ind. IX, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 19/30 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual, inicialmente, traz questões de preliminares por erro formal, onde, após descrever resumidamente as acusações, no mérito, acata as infrações 1, 2 e 4, e contesta parcialmente as infrações 3, 5 e 6 pelas razões que a seguir passo a expor:

Preliminarmente, diz que, diante da análise das referidas infrações, frente aos documentos colacionados nos autos, é visível a ocorrência flagrante de nulidade processual, consubstanciada no lançamento equivocado de nota fiscal na infração 05.

Destaca que, no período de Junho/2016, mais precisamente entre 30/06/2016 a 09/07/16 inexistiu entrada de mercadoria no estabelecimento no valor de R\$216.259,63, de modo que, apenas em Outubro/2016, ao observar a documentação anexa ao Auto de Infração é que percebe-se as emissões das seguintes Notas Fiscais sob nºs 0011069, 0011093, 0028951, 0349309, nos respectivos valores de R\$77.974,00, R\$55.055,40, R\$30.000,00, R\$52.100,00, e que somadas, não perfaz o montante indicado anteriormente.

Ademais, cumpre salientar que no período de agosto/2016, entre 31/08/18 a 09/09/18, também inexistiu entrada de mercadoria no estabelecimento no valor de R\$15.100,00 sob a Nota Fiscal nº 0358135, de modo que, a nota anexada pela autoridade fiscal faz referência ao mês de dezembro/2016.

Portanto, diz que a referida *infração foi lavrada equivocamente*. tendo implicado na violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ocasionou enorme prejuízo processual à Autuada, não podendo ser hábil a tornar tal crédito tributário líquido, certo e exigível, impondo-se o cancelamento da exigência em combate.

Alega que, o fato de não existir um crédito tributário líquido, certo e exigível, na apuração dos valores descritos para determinação da base de cálculo do ICMS tido como devido, priva a Autuada de qualquer tipo de controle sobre a composição da exigência que lhe foi efetuada, já que, a rigor, não há meios de se aferir a base de cálculo utilizada para determinação da exigência fiscal.

Neste sentido, diz que os procedimentos fiscais que não observam os elementos previstos no ordenamento jurídico não têm plena condição (formal e material) de atingir as almejadas finalidades, de modo a oferecer segurança ao fisco e ao contribuinte, que inquina o feito da mais abjeta nulidade, pois inviabiliza o exercício do contraditório e ampla defesa, em ofensa ao próprio Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, a infração ser extinta sem resolução do mérito.

Prosseguindo, em relação ao mérito, diz que, primeiramente, é oportuno ressaltar que busca a Empresa, ora Autuada, a justiça e o seu mais legítimo direito, em tempo que concorda com as infrações 01, 02 e 04 descritas referente ao Auto de Infração em tela. Entretanto, contesta parcialmente as infrações 03, 05, 06.

- *Da infração 03:*

Seguindo a impugnação, diz que a empresa contesta valores lançados na infração 03. A autuada informa que a nota fiscal, objeto da autuação, não foi reconhecida pelo sistema fiscal de sua empresa, não sendo inclusa na DMA. Desta forma, tais produtos, constante da nota fiscal que diz ter destacado, não foram inclusos no estoque da empresa, justamente por não ter havido o reconhecimento de tais notas no sistema de gestão.

Sendo assim, a fim de comprovar o alegado, é que diz colacionar a matéria de impugnação, planilhas de notas elaboradas e notas fiscais. Portanto diz que, no período de agosto/2013, desconhece a Nota Fiscal nº 00418 no valor de R\$22.951,12 (base de cálculo) e R\$3.901,69 (ICMS), tendo em vista não ter recebido tais mercadorias em seu estoque.

Pede, então, da SEFAZ a comprovação referente a entrega ou pagamento de tais produtos, os que fazem o montante destacado, devendo o referido valor ser excluído da Infração 3. Reconhece as outras notas fiscais descritas e não destacada que perfazem a monta de R\$1.253,27.

- *Da infração 05:*

Seguindo a linha anterior de defesa, diz que a Autuada contesta os valores destacados nos autos lançados no demonstrativo de débito da infração 5. A autuada informa que as Notas Fiscais sob nºs 0011069 (fl. 37), 0011093 (fl. 38), 0028951 (fl. 39), 0349309 (fl. 40) e 0358135 nos respectivos valores de R\$77.974,00, R\$55.055,40, R\$30.000,00, R\$52.100,00 e R\$15.100,00, não foram reconhecidas pelo sistema fiscal de sua empresa, não sendo inclusa na DMA. Desta forma, observa que estes produtos não foram inclusos no estoque da empresa, justamente por não ter havido o reconhecimento de tais notas no sistema de gestão.

Salienta que as notas fiscais acima em comento, apresentam vício formal, conforme diz ter citado anteriormente, visto que as datas destacadas no Auto de Infração não correspondem as datas de emissão descritas nas notas fiscais anexadas pelo Fisco.

Portanto, diz que **desconhece as Notas Fiscais** acima descritas, tendo em vista, não ter recebido tais mercadorias em seu estoque, bem como, requer a comprovação da SEFAZ referente à entrega ou pagamento de tais produtos, devendo os referidos valores serem excluídos da Infração 5 em parte.

- *Da infração 06:*

Seguindo a linha anterior de defesa, diz que contesta o valor destacado no demonstrativo de débito lançado na infração 6. A **Autuada informa que no período de 31/06/16 desconhece a Nota Fiscal sob nº 0011068 (fl. 41) de R\$79.465,00 (base de cálculo) e R\$992,19 (ICMS), não foi reconhecida pelo sistema fiscal de sua empresa, não sendo inclusa na DMA.** Desta forma, diz que estes produtos não foram inclusos no estoque da empresa, justamente por não ter havido o reconhecimento de tal nota no sistema de gestão.

Quanto a este período, diz reconhecer apenas parte do valor acima destacado, que seria a monta de R\$19.754,19, que somado ao valor da Nota Fiscal de nº 0011068, perfaz o valor de R\$99.219,19, lançado para efeito de base de cálculo na infração 06.

Desta forma, diz que o valor histórico deveria ser de R\$197,54, onde somados com as outras notas fiscais lançadas e não destacadas, perfazem o valor total de **R\$1.796,08**, que prontamente reconhece.

Portanto, a Autuada ressalta que, **desconhece as Nota Fiscal nº 0011068** acima descritas, conforme planilha em anexo, tendo em vista, não ter recebido tais mercadorias em seu estoque, bem como, requer a comprovação da SEFAZ referente a entrega ou pagamento de tais produtos, os que fazem o montante destacado, devendo os referidos valores serem excluídos da Infração 6 em parte.

Após traçar tais argumentos de defesa em relação as Infrações 3, 5 e 6, diz que, nos termos do art. 140 c/c art. 142, do RPAF/99, a presunção admitida pela atuante não goza de certeza jurídica. Sendo essencial a demonstração da natureza da infração aplicando a justa e adequada penalidade a fim de não incorrer em abuso de direito.

Neste contexto, diz que cabe a SEFAZ, a tarefa de investigar, até porque possui as prerrogativas que lhe são peculiares, de buscar provas. Não é papel do contribuinte investigar ou fiscalizar, buscar provas negativas a fim de desqualificar a afirmativa do atuante. Diz que é de responsabilidade do Fisco a comprovação negativa da infração.

Traz, também, aos autos considerações sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Também, traz à tona considerações sobre o princípio da verdade material inserido no art. 2º do RPAF/99 e no art. 2º do Regimento Interno deste CONSEF, para então concluir que se sente injustamente cobrada por algo inexistente.

Por fim, diz trazer aos autos, o Boletim de Ocorrência nº 17-00011 registrado no dia 07/02/17 e informado ao inspetor da INFRAZ no dia 17/02/17, onde através de verificação em seu sistema interno, foi surpreendido com a informação de diversas NF's emitidas por Usinas de Açúcar, durante o período de 09/10/16 a 02/12/16.

No referido BO, a Autuada solicitou a SEFAZ que realizasse uma apuração imediata dos fatos, com o único intuito de descobrir o que estava ocorrendo, haja vista que a empresa autuada nunca havia sido cliente destas empresas.

Diz que é importante trazer à baila esta situação, pois talvez tenha sido novamente vítima de fraude realizada por outras empresas, e portanto, se mostrando necessário assim, que a SEFAZ apure esta situação como o fez no caso anterior.

Dos pedidos. Requer, seja declarado a nulidade da infração 05, haja vista o vício formal presente na lavratura do auto de infração, devendo o mesmo ser extinto sem resolução do mérito;

Alternativamente, por tudo quanto aqui exposto, caso os Julgadores não acolham o pedido acima, espera a Autuada ser acolhida em seu pleito com procedência em parte da Infrações 3, 5 e 6, por todos os fundamentos e provas.

Requer, por fim, seja observado o devido processo legal, oportunizando-se à Autuada o direito do contraditório e da ampla defesa, conforme disposição legal da Constituição Federal. Também protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos no direito, especialmente pela realização de perícia contábil, juntada de novos documentos e realização de perícia pela SEFAZ, caso seja necessária.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 50/53, que a seguir passo a descrever:

Diz que, em defesa cadastrada junto à SEFAZ, a Autuada reconhece integralmente as infrações nºs 1, 2 e 4 reconhece parcialmente as infrações nºs 3, 5 e 6.

Em relação a Infração 03, Contribuinte Autuado alega que “*desconhece a Nota Fiscal nº 00418 no valor de R\$22.915,12 (base de cálculo) e R\$3.901,69 (ICMS), conforme planilha em anexo, tendo em vista, não ter recebido tais mercadorias em seu estoque, bem como, requer a comprovação da SEFAZ/Ba referente a entrega ou pagamento de tais produtos, os que fazem o montante destacado, devendo o referido montante ser excluído da infração 03...*” Por fim reconhece o débito referente às demais notas fiscais constantes no demonstrativo.

Registra, então, que a Nota Fiscal nº 00418 foi emitida tendo como destinatário da mercadoria a Autuada. Para incluí-la na cobrança da referida infração a fiscalização constatou que para a mesma não foi registrado o evento “*desconhecimento da operação*” conforme previsto no Art. 89, parágrafo 17 do RICMS, que transcreve.

Neste contexto, diz que ao alegar o desconhecimento da nota fiscal o contribuinte pede a exclusão do valor referente à mesma da autuação e requer “*a comprovação da Sefaz/BA referente a entrega ou pagamento de tais produtos*” alega ainda que “*A presunção admitida pela atuante não goza de certeza jurídica*”

Diz que não existe nenhuma presunção. A autuação está baseada num documento válido e reconhecido pelo contribuinte no momento em que não se manifestou no prazo previsto em lei. Não há que se falar em comprovação adicional. A autuação está perfeitamente lastreada com provas documentais.

Diante do exposto, mantém na íntegra a infração 03.

Em relação a Infração 05. Nesta infração diz que houve um equívoco dà fiscalização relativo ao período (mês) a que se referem os valores apurados, que ocorreu na transcrição do demonstrativo detalhado e constate em CD anexo a esse PAF, para o formulário do auto de infração.

Consigna que esse equívoco foi apontado pelo contribuinte na sua defesa à pg. 20 desse PAF.

Diz que todos os valores cobrados estão corretos, de forma que o valor histórico da autuação não sofre nenhuma alteração. Para que não reste nenhum questionamento, diz que segue abaixo o resumo da Infração 05, com os respectivos períodos ajustados.

Data Ocorr	Data Vencto	Base Calc (R\$)	Aliq %	Multa%	Valor Historico
31/01/2016	09/02/2016	126,89		1,00	1,27
30/04/2016	09/05/2016	241,50		1,00	2,42
30/06/2016	09/07/2016	158,98		1,00	1,59
31/07/2016	09/08/2016	472,07		1,00	4,72
31/08/2016	09/09/2016	1.135,50		1,00	11,36
31/10/2016	09/11/2016	216.259,63		1,00	2.162,60
30/11/2016	09/12/2016	397,81		1,00	3,98
31/12/2016	09/01/2017	15.100,00		1,00	151,00
Total da Infração 5					2.338,94

Registra que o contribuinte, também não reconhece um grupo de notas fiscais e “*informa que as Notas Fiscais sob nºs 0011069, 0011093, 0028951, 0349309, 0358135 nos respectivos valores de R\$77.974,00, R\$55.055,40, R\$30.000,00, R\$52.100,00 e R\$15.100,00, não foram reconhecidas pelo*

sistema fiscal de sua empresa, não sendo inclusa na DMA. Desta forma, estes produtos não foram inclusos no estoque da empresa, justamente por não ter havido o reconhecimento de tais notas no sistema de gestão.” Também acrescenta que a Autuada reconhece os demais lançamentos que compõem a referida infração.

Neste sentido, diz que notas fiscais, não reconhecidas pela defesa, foram devidamente autorizadas, e emitidas tendo como destinatário da mercadoria o autuado. Observa que a fiscalização constatou que para as mesmas não foi registrado o evento “*desconhecimento da operação*” conforme previsto no Art. 89, parágrafo 17 do RICMS, que descreve.

Ao alegar o desconhecimento das notas fiscais o contribuinte pede a exclusão do valor referente às mesmas da autuação e requer “*a comprovação da SEFAZ/BA referente à entrega ou pagamento de tais produtos*” alega ainda que “*A presunção admitida pela atuante não goza de certeza jurídica.*”

Neste contexto, diz que não existe aqui nenhuma presunção. A autuação está baseada em documentos válidos e devidamente reconhecidos pelo contribuinte no momento em que não se manifestou *no prazo* previsto em lei. Não há que se falar em comprovação adicional. A autuação está perfeitamente lastreada com provas documentais.

Diante do exposto, mantém na íntegra a infração 05.

Em relação à Infração 06. Destaca que a autuada “*desconhece a Nota Fiscal sob nº 0011068 no de R\$79.465,00 (base de cálculo) e R\$992,19 (ICMS), não foi reconhecida pelo sistema fiscal de sua empresa, não sendo inclusa na DMA. Desta forma, estes produtos não foram inclusos no estoque da empresa, justamente por não ter havido o reconhecimento de tal nota no sistema de gestão.*” Reconhece, no entanto, os demais lançamentos que compõem a referida infração.

Nesse sentido diz que referida nota fiscal, foi devidamente autorizada, e emitida tendo como destinatário dā mercadoria o autuado. Constatou, todavia, que para a mesma não foi registrado o evento “*desconhecimento da operação*” conforme previsto no Art. 89, parágrafo 17 do RICMS, que destaca.

Diz que, ao alegar o desconhecimento da nota fiscal o contribuinte pede a exclusão do valor referente à mesma da autuação e requer “*a comprovação da Sefaz/BA referente a entrega ou pagamento de tais produtos*” alega ainda que “*a presunção admitida pela atuante não goza de certeza jurídica.*”

Conclui que não existe aqui nenhuma presunção. A autuação está baseada em documento válido e devidamente reconhecido pelo contribuinte no momento em que não se manifestou no prazo previsto em lei. Não há que se falar em comprovação adicional. A autuação está perfeitamente lastreada com provas documentais.

Diante do exposto, mantém na íntegra a infração 06.

Por fim, em relação ao Boletim de Ocorrência destacado na defesa, diz que foi analisado processo nº 034278/2017-9 de Denúncia Fiscal feita pela empresa à SEFAZ, no qual consta o Boletim de Ocorrência nº 17-00011 registrado no dia 07/02/17 e citado pelo autuado na sua defesa. O referido processo encontra-se para apuração na INFIP.

Mais adiante, diz que todas as notas fiscais objeto da denúncia foram excluídas da autuação.

Às fls. 56/72 dos autos, consta processo de requerimento de parcelamento de débito, bem assim extrato de detalhes de pagamento do PAF extraído do Sistema SIGAT.

VOTO

Inicialmente constato que o sujeito passivo, diante da análise das infrações objeto do Auto de Infração nº 281332.0001/18-4, em tela, frente aos documentos colacionados nos autos pelo agente Fiscal Autuante, argui a ocorrência de nulidade processual, consubstanciada no lançamento equivocado de nota fiscal, em relação à infração 5, quanto ao valor apontado de débito nas datas de ocorrência dos fatos geradores.

Destaca que, no mês de junho de 2016, mais precisamente entre 30/06/2016 a 09/07/16 inexistiua entrada de mercadoria no estabelecimento no valor de R\$216.259,63, de modo que, apenas em outubro de 2016, ao observar a documentação anexa ao Auto de Infração é que se percebe as emissões das seguintes Notas Fiscais sob n°s 0011069 (fl. 37), 0011093 (fl. 38), 0028951 (fl. 39), e 0349309 (fl. 40), nos respectivos valores de R\$77.974,00, R\$55.055,40, R\$30.000,00, R\$52.100,00, e que somadas, não perfaz o montante indicado anteriormente.

Diz, também, que no período de agosto de 2016, entre 31/08/18 a 09/09/18, também inexistiua entrada de mercadoria no estabelecimento no valor de R\$15.100,00 sob a Nota Fiscal n° 0358135, de modo que, a nota anexada pela autoridade fiscal faz referência ao mês de dezembro/2016.

Portanto, aduz que a referida infração foi lavrada equivocamente, tendo implicado na violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não podendo ser hábil a tornar o crédito tributário, objeto do lançamento da infração 5, por aplicação de multa acessória, líquido, certo e exigível, impondo-se o cancelamento da exigência em combate.

Compulsando detidamente o demonstrativo de débito da infração 5, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 14 dos autos, vejo restar razão a arguição de nulidade aventada pelo sujeito passivo. Aliás, em sede de Informação Fiscal o Autuante ratifica que houve um equívoco nos trabalhos desenvolvidos na ação fiscal, relativo ao período a que se referem os valores apurados de multa por falta de registro de nota fiscais de entrada na escrita fiscal, decorrente de entrada de mercadoria no estabelecimento do defendant.

Afirma o Autuante, que ocorreu erro de transcrição das informações extraídas do demonstrativo detalhado de ocorrência dos fatos, objeto da infração 5, e constate do CD/Mídia de fl. 14, para o formulário de apuração de débito do Auto de Infração. Consigna que os valores cobrados de multa por falta de registro das notas fiscais estão corretos, de forma que o valor histórico da infração 5 (R\$2.338,92), não sofre alteração, com o novo demonstrativo de debito apontado no corpo da Informação Fiscal à fl. 51 dos autos. Na realidade, diz o agente Fiscal, o que se altera é o período de ocorrência dos fatos na forma do demonstrativo abaixo ajustado.

Data Ocorr	Data Vencto	Base Calc (R\$)	Aliq %	Multa%	Valor Histórico
31/01/2016	09/02/2016	126,89		1,00	1,27
30/04/2016	09/05/2016	241,50		1,00	2,42
30/06/2016	09/07/2016	158,98		1,00	1,59
31/07/2016	09/08/2016	472,07		1,00	4,72
31/08/2016	09/09/2016	1.135,50		1,00	11,36
31/10/2016	09/11/2016	216.259,63		1,00	2.162,60
30/11/2016	09/12/2016	397,81		1,00	3,98
31/12/2016	09/01/2017	15.100,00		1,00	151,00
Total da Infração 5					2.338,92

De fato, o valor histórico da infração 5 (R\$2.338,92) não sofre alteração, todavia, vê-se, com o novo demonstrativo acima destacado, a inovação de “Datas de Ocorrência” que não constavam no lançamento original, como os de “31/10/2016”, “30/11/2016” e “31/12/2016”. Também se observa agravamento de valor cobrado na “Data de Ocorrências” de “30/07/2016”, ou seja, o valor lançado originalmente era de R\$3,98, com o novo demonstrativo é apontado uma multa de R\$4,72. Demais “Datas de Ocorrências”, mais especificamente, as datas de “29/02/2016”, “31/03/2016” e “31/05/2016”, no novo demonstrativo de débito foram elididas; a data de “31/01/2016” foi mantido o valor originalmente lançado, já as datas de “30/04/2016”, “30/06/2016” e “31/08/2016” os valores lançados diminuíram de R\$4,72, R\$2.162,60 e R\$ 151,00, para R\$2,42, R\$1,59 e R\$11,36, respectivamente.

Vejo também, às fls. 68/72 dos autos, relatório de pagamento parcial do PAF extraído do Sistema SIGAT, onde no detalhe de pagamento contam as ocorrências de 31/01/2016, 30/04/2016, 30/06/2017, 31/07/2016 e 31/08/2016, demonstrando o reconhecimento parcial da infração 5, pelo sujeito passivo, nos novos valores apontados pelo agente Fiscal, mantendo a arguição de nulidade em relação as inovações das datas de ocorrência de 31/10/2016, 30/11/2016 e 31/12/2016.

Neste contexto, acolho o pedido de nulidade do sujeito passivo, em relação as inovações das datas de ocorrência de 31/10/2016, 30/11/2016 e 31/12/2016 na infração 5, por entender que, tais fatos,

demonstram agravamento da autuação, o que caracteriza vícios na constituição do lançamento que afetam a sua eficácia, sendo inviável seu saneamento no presente PAF.

Portanto, com base no art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, declaro nulo parcialmente a infração 5. Recomendo, todavia, na forma do art. 156 do mesmo diploma legal, a autoridade competente observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo da falha apontada, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, caso reste comprovado que, efetivamente, as operações decorrentes das notas fiscais relacionadas às competências de 31/10/2016, 30/11/2016 e 31/12/2016, entraram no estabelecimento da defendant, sem o devido registro na escrita fiscal.

No mérito, trata-se o presente PAF, de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir imposto e multa no montante de R\$27.119,90, relativo a seis irregularidades caracterizadas na inicial, às fls. 01/04 dos autos, e demonstrativos constantes do CD/Mídia de fl. 14 dos autos, tendo o autuado acatado integralmente as infrações 1, 2 e 4, parcialmente as infrações 3, 5 e 6. Em sendo assim, as infrações 1, 2 e 4 estão sendo de pronto, consideradas procedente, não fazendo parte da lide. Logo, a discussão se restringe às infrações 3, 5 e 6, que a seguir passo a manifestar.

A Infração 3 diz respeito a recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro, março, abril, junho, julho e agosto de 2013, conforme demonstrativo constante do CD/Mídia à fl. 14 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$5.154,96, com enquadramento nos artigos 8º, inc. II e § 3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa aplicada de 60%, na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo contesta parcialmente os valores lançados na infração 03. No período de agosto/2013, diz desconhecer a Nota Fiscal nº 00418 no valor de R\$22.951,12 (base de cálculo) e R\$3.901,69 (ICMS), tendo em vista não ter recebido tais mercadorias em seu estoque. Consigna que tal nota fiscal constante do demonstrativo de débito da infração não foi reconhecida pelo seu sistema fiscal.

Por outro lado, sem tampouco acostar qualquer outro documento que denote não ter recebido as mercadorias, objeto da nota fiscal arguida, pede, então, da SEFAZ a comprovação referente a entrega ou pagamento de tais produtos, onde argui que o referido valor deve ser excluído da Infração 3. Reconhece, portanto as outras notas fiscais descritas no demonstrativo de débito da autuação, que perfazem a monta de R\$1.253,27.

Na Informação Fiscal, a autuante à fl. 50, registra que a Nota Fiscal nº 00418, foi emitida tendo como destinatário da mercadoria a Autuada. Frisa que para incluí-la na cobrança da referida infração, constatou que para a citada nota, não foi registrado no repositório nacional de nota fiscal eletrônica, qualquer evento de “*desconhecimento da operação*”, conforme previsto no Art. 89, parágrafo 17 do RICMS/BA, a seguir descrito:

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado. (Grifos acrescidos)

Nota: O § 17 foi acrescentado ao art. 89 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 01/01/16.

Neste contexto, diz que a autuação está baseada num documento válido e reconhecido pelo contribuinte, no momento em que não se manifestou no prazo previsto em lei. Destaca que não há que se falar em comprovação adicional por parte da SEFAZ referente à entrega ou pagamento dos produtos objeto da citada nota fiscal, como assim argui o defendant.

De fato, vê-se que a autuação está perfeitamente lastreada com provas documentais, ou seja, por notas fiscais identificadas no demonstrativo de débito da autuação, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 14 dos autos, onde se tem “*data de emissão*”, “*nº da nota fiscal*”, “*chave do*

documento fiscal", "unidade de origem", "CNPJ do emitente da nota fiscal", entre outras informações. Elementos estes suficientes para caracterizar que a operação é conhecida e teve destino certo, ou seja, o sujeito passivo.

Em sendo assim, o argumento de que a Nota Fiscal nº 00418, constante do demonstrativo de débito da infração 3, não foi reconhecida pelo sistema fiscal da defendant, sem tampouco acostar qualquer outro documento que denote não ter recebido as mercadorias objeto do referido documento fiscal, não elide a imputação. À época dos fatos geradores da autuação, vigia § 17, do art. 89 do RICMS/BA, como tal não se vê nos autos qualquer registro por evento de "*desconhecimento da operação*", relativo à Nota Fiscal nº 00418, no Sistema de Nota Fiscal Eletrônica.

Logo, na forma do artigo 143 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Portanto, considero que o conjunto de provas apresentado pelo Fiscal Autuante são suficientes para caracterizar a autuação. Infração 3 subsistente.

A Infração 5, diz respeito à aplicação de multa acessória por ter dado entrada de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a agosto de 2016, conforme demonstrativo constante do CD/Mídia à fl. 14 dos autos.

No mérito, há o reconhecimento parcial dessa infração pelo sujeito passivo, entretanto, a autuada informa que as Notas Fiscais sob nºs 0011069 (fl. 37), 0011093 (fl. 38), 0028951 (fl. 39), 0349309 (fl. 40) e 0358135, nos respectivos valores de R\$77.974,00, R\$55.055,40, R\$30.000,00, R\$52.100,00 e R\$15.100,00, não foram reconhecidas pelo sistema fiscal de sua empresa, onde por isso, diz desconhecer tais notas fiscais, e pede sua exclusão da autuação.

Também destaco, que em sede de preliminar, foi acolhido o pedido de nulidade parcial do sujeito passivo em relação à infração 5, por inovações das datas de ocorrência de 31/10/2016, 30/11/2016 e 31/12/2016, na elaboração de novo demonstrativo de débito da autuação, em sede de informação, pela Fiscalização, decorrente de erro cometido na constituição do lançamento original, por entender que tais inovações demonstram agravamento da autuação, o que caracteriza vícios na constituição do lançamento que afetam a sua eficácia, sendo inviável seu saneamento no presente PAF.

Logo, como as notas fiscais arguidas acima integram na sua totalidade as datas de ocorrência de 31/10/2016, 30/11/2016 e 31/12/2016, e essas ocorrências foram declaradas nulas em sede de preliminar, entendo que resta prejudicado desenvolver qualquer argumento de mérito sobre as considerações postas nos autos pelo defendant em relação a tais notas fiscais. Em sendo assim, resta subsistente parcialmente a infração 5 nos valores reconhecidos pelo sujeito passivo em sede de preliminar no início deste voto. Infração 5 subsistente parcialmente.

A infração 6 diz respeito a ter dado entrada no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, conforme demonstrativo constante do CD/Mídia à fl. 14 dos autos. Lançado multa valor de R\$2.554,09, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92, mais multa tipificada no art. 42, ind. IX, da Lei nº 7.014/96.

Seguindo a linha anterior de defesa relativa à infração 3, o sujeito passivo alega que desconhece a Nota Fiscal sob nº 0011068 (fl. 41) de R\$79.465,00 (base de cálculo) e R\$992,19 (ICMS), não foi reconhecida pelo sistema fiscal de sua empresa, não sendo inclusa na DMA. Desta forma, diz que estes produtos não foram inclusos no estoque da empresa, justamente por não ter havido o reconhecimento de tal nota no sistema de gestão.

Quanto ao período, objeto da citada nota, diz reconhecer parte do valor lançado, que seria a monta de R\$19.754,19, onde somado ao valor da Nota Fiscal de nº 0011068, perfaz o valor de R\$99.219,19, lançado para efeito de base de cálculo na infração 06, que é o valor apontado para a "*Data Ocorr*" 31/10/2016.

Desta forma, diz que o valor histórico deveria ser de R\$197,54, onde somados com as outras notas fiscais lançadas e não destacadas, perfazem o valor total de R\$1.796,08, que prontamente reconhece.

Portanto, a Autuada ressalta que desconhece a Nota Fiscal nº 0011068, tendo em vista, não ter recebido tais mercadorias em seu estoque, bem como, requer a comprovação da SEFAZ referente a entrega ou pagamento de tais produtos, os que fazem o montante destacado acima, devendo os referidos valores serem excluídos da Infração 6.

Na Informação Fiscal, a Autuante à, fl. 50, registra que a Nota Fiscal nº 0011068, foi emitida tendo como destinatário da mercadoria a Autuada. Para incluí-la na cobrança da referida infração, a fiscalização constatou que, para a citada nota não foi registrado, no repositório nacional de nota fiscal eletrônica, qualquer evento de “*desconhecimento da operação*” conforme previsto no Art. 89, parágrafo 17 do RICMS/BA.

De fato, da mesma forma que observado em relação à infração 3, vê-se que a autuação está perfeitamente lastreada com provas documentais, ou seja, por notas fiscais identificadas no demonstrativo de débito da autuação que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 14 dos autos, onde se tem “*data de emissão*”, “*nº da nota fiscal*”, “*chave do documento fiscal*”, “*unidade de origem*”, “*CNPJ do emitente da nota fiscal*”, entre outras informações. Elementos estes suficientes para caracterizar que a operação é conhecida e teve destino certo o sujeito passivo.

Em sendo assim, o argumento de que a Nota Fiscal nº 0011068, constante do demonstrativo de débito da infração 6 não foi reconhecida pelo sistema fiscal da defendant, sem tampouco acostar qualquer outro documento que denote não ter recebido as mercadorias, objeto do referido documento fiscal, não elide a imputação. À época dos fatos geradores da autuação vigia § 17 do art. 89 do RICMS/BA, como tal não se vê nos autos qualquer registro por evento de “*desconhecimento da operação*”, relativo à Nota Fiscal nº 0011068 no Sistema de Nota Fiscal Eletrônica.

Logo, na forma do artigo 143 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Portanto, considero que o conjunto de provas apresentadas pelo Fiscal Autuante é suficiente para caracterizar a autuação. Infração 6 subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281332.0001/18-4, lavrado contra **ADR DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.743,73**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “a” e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas percentuais no valor de **R\$15.483,16**, e por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.590,73**, previstas nos incisos II, “d” e IX e XI 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, 07 de maio de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA