

PROCESSO
AUTUADA
AUTUANTES
ORIGEM
PUBLICAÇÃO

- A. I. Nº 269358.0011/17-7
- NESTLÉ BRASIL LTDA.
- MARCELO DE AZEVÊDO MOREIRA e JOSÉ LUÍS SOUSA SANTOS
- DAT/SUL IFEP
- INTERNET 25.05.2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0040-02/20

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM NOTA FISCAL. Infração reconhecida como pertinente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Infração não contestada. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração acatada pelo contribuinte. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. 5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A tese defensiva apresentada não guarda correlação com a acusação formulada. Infração mantida. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. Infração não contestada. 7. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. a) IMPOSTO RETIDO NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infrações reconhecidas pela autuada 8. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Ajuste realizado em sede de diligência, reduz valor lançado, uma vez comprovado serem os destinatários das mercadorias pessoas jurídicas devidamente inscritas no Cadastro de Contribuintes do estado da Bahia. Infração parcialmente subsistente. 9. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Não vieram aos autos os elementos de prova imprescindíveis para a confirmação das alegações defensivas. Infração mantida. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 22 de setembro de 2017 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$202.403,46, além de multas de 60%, 100%, 150% e multas por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **01.02.40.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em superior ao destacado nos documentos fiscais. Consta a informação de que “*o estabelecimento creditou-se em valor maior do que o destacado no documento fiscal suporte. A operação alcançada acha-se discriminada no*

demonstrativo Anexo X, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos”, valor fatos ocorridos nos meses de janeiro, abril e dezembro de 2016, totalizando R\$ 396,35, multa de 60%.

Infração 02. **02.01.02.** Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Segundo o autuante “*o estabelecimento praticou operações de saída com mercadorias tributadas, emitiu as notas fiscais eletrônicas correspondentes, mas não escriturou tais documentos nos livros fiscais próprios, omitindo-os, por conseguinte, da apuração do ICMS no mês correspondente. As operações objeto desta ocorrência acham-se discriminadas no Demonstrativo Anexo I, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos*”, tendo sido verificadas em fevereiro de 2014 e julho de 2015, no montante de R\$2.294,65, bem como a multa de 100%.

Infração 03. **03.02.02.** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$42.000,17, bem como multa no percentual de 60%, para fatos geradores constatados nos meses de janeiro a dezembro de 2014, janeiro a março de 2015. O autuante complementou a acusação com a seguinte afirmação: “*O estabelecimento promoveu operações de saída de mercadorias tributáveis tendo como destino estabelecimentos optantes do regime normal de apuração no momento de tais operações, praticando a alíquota de 7% quando a alíquota correta prevista para a hipótese é de 17%. As operações alcançadas acham-se discriminadas no Demonstrativo Anexo II, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos*”.

Infração 04. **03.02.04.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no valor de R\$34.913,81, cominada multa de 60%, para ocorrências verificadas nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a março de 2015. Segundo consta no lançamento “*o estabelecimento promoveu operações de saída de mercadorias tributáveis com destino a Estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional, adotando a alíquota interna de 7%, omitindo-se, entretanto, da concessão de desconto regulamentar de 10,7527%, o que configura recolhimento a menor do ICMS, uma vez que a não concessão do desconto obriga a aplicação da alíquota de 17%. As operações alcançadas acham-se discriminadas no demonstrativo Anexo III, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos*”.

Infração 05. **03.02.05.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ocorrência nos meses de janeiro a dezembro de 2014, janeiro a março de 2015, no montante de R\$98.135,20, multa de 60%, constando da mesma a seguinte informação complementar de que “*o estabelecimento não concedeu o desconto de 10,7527% em operações de saída para Estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional, aplicando, indevidamente, a tais operações a redução de carga tributária para 10%, conforme instituído pelo Decreto nº 7.799/2000. Para tais operações, entretanto, é aplicável a alíquota de 7% conforme artigo 16, Inciso I, § 1º, da Lei 7.014/96, o que afasta a aplicação do regime jurídico pelo referido decreto, uma vez que este se destina apenas às operações tributadas a 17% ou 18%, conforme seu artigo 5º. As operações alcançadas acham-se discriminadas no demonstrativo Anexo IV, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos*”.

Infração 06. **06.02.01.** Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadoria adquiridas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de abril de 2014, totalizando R\$610,08, além da multa de 60%. Indicam os autuantes que “*o Estabelecimento adquiriu em operações interestaduais bens destinados a uso e consumo, omitindo-se do recolhimento da DIFAL correspondente. As operações objeto desta ocorrência acham-se discriminadas no demonstrativo anexo IX, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos*”.

Infração 07. **07.02.01.** Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de fevereiro de 2014 e julho de 2015, no total de R\$95,50 e multa de 150%. Foi indicado que “*o Estabelecimento promoveu operações de saída de mercadorias*

sujeitas à substituição tributária do ICMS, emitiu a nota fiscal eletrônica correspondente, mas omitiu-se do registro fiscal correspondente e, por conseguinte, do recolhimento do ICMS ST destacado. As operações alcançadas acham-se discriminadas no demonstrativo Anexo I, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos”.

Infração 08. **07.02.02.** Reteve e recolheu a menor de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, em novembro de 2014, fevereiro e setembro de 2015, no montante de R\$31,84, bem como multa de 60%.

Infração 09. **07.02.03.** Deixou de proceder a retenção do ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no valor de R\$22.543,01, além da multa de 60%, entre janeiro e dezembro de 2014, janeiro e dezembro de 2015 e janeiro a dezembro de 2016, diante da indicação de que “*o estabelecimento na qualidade de substituto tributário omitiu-se da retenção e consequente recolhimento do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA incidente sobre operações de saída de produtos enquadrados. As operações objeto da presente ocorrência acham-se elencadas no demonstrativo Anexo VI, que integra o presente Auto de Infração em todos os seus termos”.*

Infração 10. **16.01.01.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, as quais estão discriminadas no Anexo VII, sendo aplicada penalidade por descumprimento de obrigação acessória de 1% sobre o valor do documento, entre janeiro a dezembro de 2014 e fevereiro a novembro de 2015, no valor de R\$ 973,51.

Infração 11. **16.01.02.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido na escrita fiscal, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, de acordo com o Anexo VIII, sendo cominada multa por descumprimento de obrigação acessória de 1%, que totaliza R\$409,34.

A autuada, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 301 a 310, onde após firmar a sua tempestividade, aponta ser empresa do Grupo Nestlé e ter como principal atividade a industrialização e comercialização de produtos alimentícios e bebidas em geral. No âmbito de suas atividades, portanto, contribuinte do ICMS.

Após descrever as infrações contidas no Auto de Infração, esclarece que parte das acusações decorreu de erro nos seus controles internos, razão pela qual, apesar de não concordar com penalidade imposta, optou pela quitação de parte do Auto de Infração, correspondente às Infrações 01, 02, 03, 04, 06, 07, 08 e 11.

Informa que incluiu parte dos valores exigidos no presente lançamento no Programa Especial de Transação relativo a Créditos Tributários do ICMS (Acordo Legal), instituído pela Lei 13.803 de 23/11/2017, tendo liquidado à vista as relativas às infrações 01, 02, 03, 04, 06, 07, 08 e 11 do Auto de Infração, e conforme o artigo 6º da mencionada Lei, a adesão parcial ao Programa Especial de Transação do ICMS implica na confissão irretratável da parcela do débito objeto de adesão, bem como na renúncia do direito sobre o qual se funda o processo administrativo, motivo pelo qual deixa de apresentar defesa referente aos referidos itens requerendo, desde já, o reconhecimento da extinção do crédito tributário, nos termos do artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN).

Quanto aos demais itens impugnados, passa a demonstrar que a cobrança é improcedente, de modo que o Auto de Infração deve ser cancelado em sua integralidade, seja pelo pagamento ou pela improcedência das acusações.

Lista a seguir, os motivos que entende existirem para o cancelamento do restante da exigência fiscal, começando pela existência de operações não destinadas a adquirentes optantes pelo Simples Nacional, na infração 05, uma vez que a Fiscalização apurou a ocorrência de recolhimento de ICMS a menor em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Nos termos no relato da acusação, não teria concedido o desconto de 10,7527% em operações de saídas para estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional, aplicando, indevidamente, a tais operações a carga tributária de 10% de que trata o Decreto 7.799 de 09/05/2000, o qual estabelece a possibilidade de redução da base de cálculo em 41,176% em determinadas operações de saídas internas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, desde que obedecidos determinados percentuais de faturamento, consoante transcreve em seus artigos 1º, incisos I, II III, IV e artigo 5º.

Segundo afirma, a Fiscalização, para as operações praticadas que são objeto do item correspondente à infração 04 do Auto de Infração seria aplicável a alíquota de 7%, conforme previsão contida no artigo 16, inciso I, §1º, da Lei 7.014/96, uma vez que as vendas teriam sido destinadas a empresas optantes do Simples Nacional.

Explicita que, para a maior parte das operações autuadas, a premissa de que se valeu a acusação para desqualificar o tratamento dado se encontra equivocada, conforme comprovam os extratos emitidos na consulta das empresas optantes pelo Simples Nacional (doc. 4), a maior parte das empresas indicadas no Auto de Infração não eram optantes pelo Simples Nacional no período autuado, sendo que o extrato emitido, não deixa dúvidas a respeito do regime tributário aplicado, na forma do exemplo dado para a empresa JL Comércio Varejista de Produtos Alimentícios Ltda., sendo que tal fato elimina qualquer dúvida quanto à legitimidade do tratamento tributário dado às operações, de modo que o item objeto da Infração 05 do Auto de Infração também merece ser cancelado.

Quanto à infração 09, aponta que ao verificar as operações autuadas, constatou que a Fiscalização está exigindo o ICMS-ST sobre determinadas operações que não comportam a aplicação de tal regime, porque destinadas a consumidor final e pessoa física não contribuintes do ICMS.

Tal constatação, nas suas palavras, pode ser facilmente verificada a partir das próprias notas fiscais relacionadas a essas operações, que apontam como destinatários “nome/razão social” clientes pessoa física e consumidor final não contribuinte (doc. 05).

Assim, nos termos da antiga redação do artigo 155, § 2º, inciso IV, da Constituição Federal, não há qualquer valor a ser exigido a título de ICMS-ST nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS e a pessoas físicas, arremata.

Em relação à infração 10, pontua que ao analisar as notas fiscais tidas como não escrituradas, verificou que diversas delas foram equivocadamente emitidas por seus clientes, pois se referem a operações de retorno de mercadoria, ou seja, aquelas que ocorrem quando a mercadoria não é entregue ao destinatário final ou que, embora chegue ao destino desejado, é recusada antes mesmo de ingressar no estabelecimento do adquirente.

Nesses casos, diz que a mercadoria é devolvida para o remetente, seja pela transportadora (quando o destinatário final não é localizado), ou então pelo próprio destinatário, quando há recusa total. Nas duas hipóteses, a anotação do retorno deve ser feita na própria nota fiscal que estava acompanhando a mercadoria, ou seja, no documento fiscal de saída do estabelecimento de origem, sendo por tal razão que a legislação baiana estabelece um procedimento diverso para registro dessa movimentação, nos termos do artigo 450, inciso I, do RICMS/BA, copiado.

Aduz que conforme estabelece o dispositivo acima, nesses casos de retorno, como não há obrigação do destinatário de emitir um documento fiscal para acompanhar o retorno da mercadoria, até porque nem sempre a figura do destinatário estará presente na operação (hipótese em que ele não é localizado), essa obrigação acessória é transferida para o remetente da mercadoria que foi retornada, que deverá emitir nota fiscal quando da entrada da mercadoria no seu estabelecimento.

É por essa razão que, no caso concreto, não se verificou a escrituração dos documentos fiscais que acompanharam as mercadorias recebidas no estabelecimento do contribuinte, de modo que frisa restar esclarecida a inocorrência da infração 10 descrita pela Fiscalização, devendo ela ser cancelada, tendo em vista que as operações autuadas se referem ao retorno de mercadorias.

Conclui que, diante do exposto, deve ser reconhecida a improcedência da cobrança objeto dos itens relacionados às Infrações 05, 09 e 10 do Auto de Infração, com o seu consequente cancelamento, haja vista todos os elementos e documentos trazidos.

Por sua vez, diante da comprovação de que o crédito tributário objeto das Infrações 01, 02, 03, 04, 06, 07, 08 e 11 as tem como extintas pelo pagamento, com o aproveitamento dos benefícios instituídos pelo Programa de Especial de Transação do ICMS (Acordo Legal), nos termos do artigo 156, inciso I, do CTN.

Diante disso, pleiteia seja dado integral provimento a esta Defesa, para que sejam julgados improcedentes os itens do Auto de Infração que dela são objeto, com a consequente extinção integral do crédito tributário correlato, cuja parte é improcedente e parte está quitada.

Protesta pela posterior juntada de eventuais outros documentos que se façam necessários para o correto julgamento do lançamento tributário e pela eventual conversão do julgamento em diligência, a fim de que se confirmem os elementos trazidos na peça, ao tempo em que indica o endereço para recebimento das intimações relativas a este processo administrativo.

Informação fiscal prestada pelos autuantes às fls. 404 a 411, para a infração 05, aponta não ter o estabelecimento concedido o desconto de 10,7527% em operações de saídas para estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional, aplicando, indevidamente, a redução da carga tributária para 10%, conforme instituído pelo Decreto 7.799/2000. Para tais operações, entretanto, é aplicável a alíquota de 7%, conforme artigo 16, inciso I, § 1º da Lei nº 7.014/96, o que afasta a aplicação do regime jurídico instituído pelo referido Decreto, uma vez que este se destina apenas as operações tributadas a 17% ou 18%, conforme seu artigo 5º. As operações alcançadas acham-se discriminadas no demonstrativo Anexo IV, que integra o Auto de Infração em todos os seus termos.

Na infração 09, indicam que o sujeito passivo, na qualidade de substituto tributário omitiu-se da retenção e consequente recolhimento do ICMS Substituição Tributária incidente sobre operações de saída de produtos enquadrados, as quais acham-se elencadas no demonstrativo Anexo VI, que integra o presente Auto de Infração, ao passo que na infração 10, a acusação versa sobre a falta de registro de diversas notas fiscais de entradas de mercadorias sujeitas à tributação, com imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, na forma do Anexo VII.

Após resumirem os termos da defesa, registram que a maioria das infrações levantadas teve o crédito tributário extinto no âmbito do Programa Especial de Transação relativo a Créditos Tributários do Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) denominado “Acordo Legal”, instituído pela Lei 13.803 de 23/11/2017, sendo impugnadas apenas as infrações 05, 09 e 10.

Com relação infração 05, falam que a premissa utilizada na contestação é equivocada para as datas de ocorrência do período fiscalizado (janeiro/2014 a março de 2015), uma vez que a autuada cita que as operações foram realizadas para empresas que não eram optantes do Simples Nacional, anexando extratos de consulta no site do Simples Nacional com a referida assertiva (DOC. 4).

Refutam tal tese, sob o argumento de que o artigo 16, inciso I, alínea “c”, no referido Decreto, no período não fazia referência a ser optante pelo Simples Nacional. A condição, antes de 22/12/2017, era que as saídas fossem diretamente para microempresa ou empresa de pequeno porte, como transcrevem.

Como prova que todas as operações foram destinadas no período para Empresas de Pequeno Porte e Microempresas inscritas como tal no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, juntam os respectivos extratos das informações cadastrais ali consignadas (ANEXO A), condição tida como bastante para a incidência da norma regulamentar em epígrafe no período indicado.

Quanto à infração 09, mencionam que a impugnação versa que não cabe a retenção e recolhimento do ICMS ST por se tratar de operações para consumidor final ou pessoa não contribuinte do ICMS e apresenta no DOC. 5 a relação dos destinatários.

Em contraponto à assertiva defensiva de que as operações foram destinadas a consumidor final ou pessoa não contribuinte do ICMS, procederam à consulta e impressão dos extratos das informações cadastrais destes destinatários no Cadastro de Contribuintes no Estado da Bahia, nos quais há a comprovação de que todas as empresas destinatárias são inscritas no Cadastro de ICMS na condição de regime de apuração normal, empresa de pequeno porte ou microempresa, sendo tais documentos integrantes do ANEXO B.

Do mesmo, a verdade que sobressai é que todos os Estabelecimentos relacionados a esta ocorrência são contribuintes do ICMS, a merecer sim a retenção do ICMS ST nas operações de saída de produtos enquadrados na sistemática de Substituição Tributária.

Quanto à infração 10, a empresa argumenta que diversas notas fiscais não escrituradas foram emitidas equivocadamente pelos seus clientes e se referiam a operações de retorno, que são operações não entregues ao destinatário final ou recusadas antes do ingresso no estabelecimento do adquirente. E cita a previsão do artigo 450 do RICMS para a emissão da nota fiscal de entrada.

No entanto, vêm como equivocada tal argumentação, visto que, nestes casos os seus clientes tiveram conhecimento de todas as informações das operações, inclusive emitiu a nota fiscal de devolução, tendo agido conforme previsto no artigo 451 do RICMS, reproduzido.

Destacam não caber ao contribuinte optar entre os procedimentos indicados nos artigos 450 e 451, ou seja, havendo a emissão regular da nota fiscal de devolução por parte do destinatário fica afastada a hipótese do artigo 450, devendo haver o registro de tal documento fiscal.

Apenas na hipótese de não emissão da nota fiscal de devolução por parte dos destinatários é que tem lugar a aplicação do artigo 450, dizem, e ao não registrar os documentos fiscais emitidos regularmente em operações de devolução pelos destinatários a autuada incidiu sem nenhuma dúvida na conduta tipificada no artigo 42, Inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

Sustentam que as operações objeto da autuação realizam, portanto, a hipótese típica. Apenas para argumentar, entretanto, caso a autuada aplicasse com exatidão o disposto no artigo 450 em conformidade com as operações de saída frustradas, deveria contrapor-se à autuação apresentando as notas fiscais de entrada registradas vinculadas às operações de saídas com itens e valores idênticos ao das notas fiscais de devolução emitidas pelos clientes. Isto, todavia, não aconteceu.

Pugnam pela procedência integral do lançamento, entretanto, diante da juntada de novos elementos de convicção, nos termos do artigo 127, § 7º, do RPAF/99, sugerem a reabertura do prazo de dez dias para exercício do contraditório.

Petição da autuada datada de 12 de janeiro de 2018 (fls. 506 e 507) reitera a renúncia ao direito quanto às infrações 01, 02, 03, 04, 06, 07, 08 e 11, esclarecendo já ter recolhido as parcelas correspondentes, no âmbito do Programa Especial de Transação relativo a Créditos Tributários do Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços, “Acordo Legal”, instituído pela Lei nº 13.803 de 23/11/2017 conforme documentos anexos, especialmente aquele de fl. 508.

Intimada do teor da informação fiscal prestada através do DTE (fl. 511), a empresa retorna aos autos (fl. 514) reiterando os argumentos apresentados na defesa, para que sejam julgados totalmente improcedentes os itens do Auto de Infração que dela são objeto, com a consequente extinção do crédito tributário correlato.

Por sua vez, um dos autuantes, tomando conhecimento de tal manifestação, de igual modo reitera o conteúdo da informação fiscal anteriormente prestada (fl. 517).

Constam às fls. 519 a 524 Relatórios de Pagamento de parte das infrações arroladas no presente processo.

Em 06 de setembro de 2018, o feito foi convertido em diligência, a fim de que fosse esclarecido pelos autuantes os motivos pelos quais não foram considerados nos demonstrativos elaborados a redução de base de cálculo, embora a empresa autuada seja optante pela sistemática prevista no Decreto 7.799/00, ainda tendo considerado a alíquota aplicada de 17%, elaborando novas planilhas refazendo os cálculos do lançamento, se fosse o caso, cientificando o sujeito passivo, do teor da diligência,
ACÓRDÃO JUF N° 0040-02/20

mediante entrega de cópia, bem como dos demonstrativos elaborados em mídia, concedendo-lhe prazo de dez dias para manifestação, se assim o desejasse.

Em atenção ao quanto disposto na solicitação realizada, os autuantes, às fls. 535 a 541, esclarecem que no demonstrativo Anexo IV (fls. 133 a 137) se vê que o estabelecimento autuado promoveu a venda para optantes pelo Simples Nacional gravando tais operações com carga tributária de 10%, em face da sistemática do Decreto 7.799/96, e tais operações em razão do disposto no artigo 16, Inciso I, § 1º da Lei 7.014/06 são tributadas à alíquota de 7%, devendo o vendedor conceder o desconto de 10,7527%, a fim de que o benefício se materialize no Estabelecimento comprador.

Aduzem que a compreensão dos mesmos nesta matéria é que há uma incompatibilidade entre a sistemática prevista no Decreto 7.799/96 com o disposto no artigo 16, inciso I, § 1º da Lei 7.014/06, não havendo margem de opção para o estabelecimento vendedor neste caso: ou tributa a 7% e concede o desconto de 10,7527% ou sofre a tributação integral de 17%, sendo tal incompatibilidade expressa no próprio texto do Decreto 7.799/2000, na forma disposta no seu artigo 5º, na redação vigente na data dos fatos geradores, consoante transcrição.

Entendem que aplicar a sistemática do Decreto 7.799/2000 a operações que foram tributadas a 17% apenas em razão da não concessão do desconto obrigatório, posto que originariamente são tributadas a 7%, equivaleria a coonestar o infringente cálculo econômico intentado pelo autuado, tornando facultativo o comando normativo previsto no artigo 16, Inciso I, § 1º da Lei 7.014/06 além de negar ao inscrito no Simples Nacional a alíquota favorecida nas operações a que faz jus.

Arrematam que o tratamento tributário favorecido para prevalecer sobre a alíquota de 7% ali prevista teria que resultar em benefício maior ou pelo menos igual para o optante do Simples Nacional comprador, o real destinatário desta alíquota favorecida, o que não se observa no presente caso.

Quanto a Infração 09 falam ser a adoção da alíquota de 17% nas operações elencadas no demonstrativo Anexo VI (fls. 158/194) aplicação direta do disposto no artigo 4º, Inciso I, do Decreto nº 7.799/2000, conforme reproduzem:

“Art. 4º - “A redução de base de cálculo prevista nos arts. 1º, 3º-B e 3º-E não se aplica às operações:

I - Sujeitas à substituição tributária”.

Frisam que não poderia ser de forma diferente. Sendo os produtos elencados no demonstrativo Anexo VI enquadrados no regime de substituição tributária e estando o estabelecimento vendedor na condição de substituto tributário como ocorrido, seria inócuo a aplicação da carga tributária reduzida a 10% a tais fatos geradores, diante do fato de ser a carga tributária de 10% atribuída apenas às operações próprias do estabelecimento vendedor e não às operações em que ele figura meramente como substituto tributário que permanecem com carga tributária integral. Desse modo, o que se observa é que o somatório do imposto devido como próprio com o imposto devido como substituto tributário seria igual tanto considerando a carga tributária integral (17%) como considerando a carga tributária reduzida (10%).

Trazem o seguinte exemplo:

Situação 01 (carga tributária interna integral):

Valor da operação de venda de produto enquadrado na ST	R\$ 1.000,00
Alíquota Interna.....	17%
ICMS sobre operações próprias.....	R\$ 170,00
MVA.....	40%
Base de Cálculo ST.....	R\$ 1.400,00
Alíquota interna.....	17%
ICMS ST (R\$1.400,00 x 17% - 170,00)	R\$ 68,00

Total do ICMS devido (Próprio + ST) R\$ 238,00

Situação 02 (carga tributária interna de 10%):

Valor da operação de venda de produto enquadrado na ST	R\$ 1.000,00
Carga Tributária Interna.....	10%
ICMS sobre operações próprias.....	R\$ 100,00
MVA.....	40%
Base de Cálculo ST.....	R\$ 1.400,00
Alíquota interna.....	17%
ICMS ST (R\$1.400,00 x 17% - 100,00)	R\$ 138,00
Total do ICMS devido (Próprio + ST)	R\$ 238,00

Apontam que o valor que se pagaria a menos com a aplicação da carga tributária reduzida para operações próprias seria, portanto, anulado com o aumento no mesmo valor do ICMS devido na condição de substituto. Esta é a razão porque o legislador excluiu tais operações dos benefícios do Decreto 7.799/2000, sendo inócuo não o fazer.

Postulam, pois, pela procedência integral do lançamento nos termos em que constituído.

Cientificada da informação dos autuantes (fl. 543), a empresa autuada retorna ao feito (fls. 545 a 548), no sentido de se manifestar, argumentando que as alegações postas não merecem prosperar, pois baseadas em circunstâncias fáticas equivocadas e não levam em consideração os fatos e provas apresentados pela empresa.

Quanto ao argumento apresentado para a infração 05, alega que os autuantes apenas replicaram as razões que levaram à lavratura do Auto de Infração, sem considerar, contudo, que a premissa adotada está equivocada, pois, como demonstrado na defesa apresentada, a maior parte das empresas indicadas no Auto de Infração não eram optantes pelo Simples Nacional no período autuado (doc. 04).

Aduz não se discutir, portanto, se a regra do artigo 16, inciso I, § 1º, da Lei 7.014/96 é de cumprimento obrigatório ou facultativo, como abordado na diligência, pois essa questão é irrelevante diante do fato de que as operações autuadas não envolvem contribuintes do Simples Nacional. Fixada essa premissa, portanto, afasta automaticamente a aplicação do dispositivo utilizado para fundamentar a cobrança.

Esse fato elimina qualquer dúvida quanto à legitimidade do tratamento tributário dado às referidas operações, de modo que o item objeto da Infração 05 do Auto de Infração merece ser cancelado, reforça.

No tocante aos argumentos apresentados em face da infração 09, aponta igualmente se verificar que há um erro de premissa, isso porque, as operações autuadas não comportam a aplicação do regime da substituição tributária, uma vez que são destinadas a consumidor final e pessoa física não contribuintes do ICMS (doc. 05).

Para esses casos, alega que operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS e a pessoas físicas, não há qualquer valor a título de ICMS-ST a ser exigido, nos termos da antiga redação do artigo 155, § 2º, inciso IV, da Constituição Federal.

Justamente por isso, diz não ser aplicável ao caso concreto a explicação trazida na diligência acerca da carga tributária incidente sobre as operações de substituição tributária e o racional por trás dos percentuais envolvidos, já que foi afastada a premissa de que as operações autuadas ensejariam a aplicação do regime da substituição tributária.

Verifica que a manifestação apresentada pelos autuantes para as infrações 05 e 09 do Auto de Infração, não trouxe novos elementos aos autos, na medida em que mantiveram as premissas

equivocadas adotadas no momento da lavratura da autuação, as quais levam, consequentemente, a conclusões equivocadas sobre a tributação das operações praticadas e que vieram a ser autuadas.

Ratifica mais uma vez os argumentos trazidos em sua defesa para que a parcela remanescente do Auto de Infração seja cancelada (infrações 05, 09 e 10), com a consequente extinção integral do crédito tributário correlato.

Tomando conhecimento do teor de tal manifestação, os autuantes retornam ao feito (fl. 552), indicando que diante da ausência de qualquer razão relevante capaz de infirmar o lançamento, sobretudo em face dos elementos probantes constantes no Anexo de fls. 412 a 503, reiteram o conteúdo da informação fiscal de fls. 404 a 441.

Instruído e pautado para julgamento, o feito foi mais uma vez convertido em diligência pela 2ª JJF em 20/08/2019 (fls. 560 e 561), a fim de que fossem elaborados demonstrativos segregando os produtos efetivamente submetidos à substituição tributária, indicando, inclusive, a posição no Anexo 1 ao RICMS/12, daqueles não sujeitos à substituição tributária, informando, inclusive, as NCM de cada, em formato editável, na forma do artigo 8º, § 3º do RPAF/99, cientificando, mediante entrega dos novos demonstrativos elaborados o contribuinte autuado, com concessão de prazo para manifestação de dez dias.

Em cumprimento a tal solicitação, os autuantes (fls. 568 a 570), indicam procederem ao levantamento solicitado, constatando que quase todos os produtos constantes da infração 09 estão elencados na substituição tributária, exceto aquele com NCM 1704.90.90, que vem a ser “Nestlé Docello Rech Torta NPro 6 x 600g BR”, código 12213823 que não se encontrava no Anexo 1 ao Regulamento do ICMS, sendo excluído o montante de R\$ 176,57 no ano de 2015.

Apresentam demonstrativos analítico e sintético, de fls. 572 a 720.

Cientificado através do DT-e acerca da diligência determinada (fls. 722 e 723), o sujeito passivo se manifesta às fls. 724 a 726, onde após breve resumo dos fatos, indica que foram apresentados demonstrativos para a infração 09, com exclusão do produto de NCM 1704.90.90, o que indicaria que os demais estariam submetidos à substituição tributária, e, portanto, tributáveis, de acordo com o artigo 4º, inciso I, do Decreto 7.799/00.

Ainda que concorde com a exclusão realizada, explicita que não foi considerado o fato de que as operações autuadas não se sujeitam à aplicação do regime de substituição tributária, diante do fato de se destinarem a consumidor final, pessoa física, não contribuinte do imposto.

Aduz a existência de erro de premissa dos autuantes, uma vez que as operações autuadas não comportam a aplicação do regime de substituição tributária, na forma do doc. 05, e nesta hipótese, inexistiria qualquer valor a título de imposto substituído a ser exigido, nos termos do artigo 155, § 2º, inciso IV, da Constituição Federal.

Por este motivo, entende inaplicável a explicação trazida pelos autuantes, acerca da carga tributária incidente sobre as operações de substituição tributária e o racional por trás dos percentuais envolvidos, vez afastada a premissa de que tais operações ensejariam a aplicação do regime de substituição tributária.

Assevera não ter a informação prestada trazido novos elementos aos autos, vez ter insistido no erro de premissa já apontado, razão pela qual reitera os argumentos trazidos anteriormente, no sentido de cancelamento das infrações 05, 09 e 10.

Em sua última manifestação, os autuantes após ponderarem que a matéria alegada pela defesa para a infração 09 já foi comprovada na informação prestada à fl. 410, e não havendo nenhum questionamento da empresa quanto ao resultado da diligência, reiteram a procedência parcial da mesma em R\$22.366,44.

VOTO

O lançamento constitui-se em onze infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação, por parte da empresa autuada, das quais, se encontram ainda em discussão as de número 05, 09 e 10.

Frente ao fato de a empresa autuada ter efetuado a quitação de parte do Auto de Infração, correspondente às Infrações 01, 02, 03, 04, 06, 07, 08 e 11, reconhecendo a sua pertinência, advindo, segundo a defesa, de falhas de controle interno, as mesmas se encontram fora da lide, e tidas como procedentes.

Apenas em relação à infração 07, merece reparo o fato de a mesma ter sido apenada com a multa prevista no artigo 42, inciso V, alínea “a”, da Lei 7.014/96, a qual previa o percentual de 150%. Entretanto, com a promulgação da Lei 14.183, de 12/12/19, publicada no Diário Oficial do Estado de 13/12/19, produzindo efeitos a partir de 13/12/19, a qual estabeleceu o percentual de 100%, há de se atentar para o teor do artigo 106, II, alínea “c” do CTN, o qual, reconheceu a retroatividade benéfica da norma jurídica, ao dispor que “a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, motivo pelo qual, faço o reenquadramento de ofício.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, tanto assim que abordou todos os aspectos da autuação na sua peça defensiva, diante da instalação do contencioso.

Em relação ao pedido para realização de diligência, resta prejudicado, não somente pela adoção de tal medida em duas oportunidades, bem como pela presença nos fólios de todos os elementos de convencimento para o deslinde da matéria em discussão, não cabendo mais qualquer averiguação ou esclarecimento em relação aos fatos da lide.

Passo, pois, à análise das infrações contestadas.

Na infração 05 os documentos acostados às fls. 118 a 146 se referem ao demonstrativo elaborado pelos autuantes, ao passo que às fls. 413 a 462, constam as condições de microempresas dos destinatários.

A discussão reside no fato da regra insculpida no artigo 16, inciso I, alínea “c” da Lei 7.014/96 determinar:

“Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% (sete por cento) nas operações com:

(...)

c) mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, optantes do Simples Nacional, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo”.

Este é o entendimento que motivou o lançamento, enquanto a empresa, signatária do Termo de Acordo previsto no Decreto 7.799/00 teria aplicado a redução de carga tributária para 10% em tais operações com alíquotas diferentes de 17% e 18%, seguindo os termos daquele instrumento normativo, em desatenção ao contido no seu artigo 5º:

“Art. 5º A redução de base de cálculo prevista no art. 1º não se aplicará às saídas internas de mercadorias cuja alíquota incidente na operação seja inferior ou superior a 17% (dezessete por cento).

A condição dos destinatários das mercadorias de empresas optantes pelo Simples Nacional está devidamente comprovada, através dos documentos colacionados ao feito, apenas cabe aqui se verificar a real condição das operações. Em primeiro lugar, a empresa apenas contesta que todos os destinatários se encontravam na condição de optantes do Simples Nacional, o que não vem a ser o cerne da autuação, e sim, a realização de operações nas quais a alíquota das mercadorias

comercializadas é de 7%, e como tal, não deveriam ter a redução de base de cálculo para tributação equivalente a 10%, por vedação expressa, conforme acima visto.

E quanto a esse aspecto, a empresa nada alega, inclusive quando lhe foi oportunizada a possibilidade de se contrapor aos argumentos dos autuantes explicitados na informação fiscal, razão pela qual entendo ser possível a aplicação do disposto no artigo 143 do RPAF/99, segundo o qual a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Infração mantida.

Na infração 09 a tese da defesa se baseia no argumento de que não caberia a retenção e recolhimento do ICMS ST por serem operações para consumidor final ou não contribuintes do ICMS, ao passo que a argumentação dos autuantes se estriba na documentação acostada às fls. 158 a 197, onde demonstram que as notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo o foram para contribuintes devidamente inscritos no cadastro do ICMS.

Assim, a resolução da mesma depende única e exclusivamente da prova material, diante do fato de que o artigo 8º, inciso I da Lei 7.014/96, determina serem responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto.

Logo, em nome da verdade material, caberia aos autuantes provarem que as operações mencionadas no Anexo VI dos autos, efetuadas sem a retenção do imposto a título de substituição tributária se destinavam a contribuintes inscritos no cadastro do estado da Bahia, ou, em sentido contrário, o contribuinte comprovar que de fato, como alegado na peça defensiva, estes não eram contribuintes, e por via de consequência, operações a eles destinadas não deveriam ter retenção do imposto.

Como já dito, a resolução da lide, em tal situação, depende apenas e tão somente de análise da verdade material, princípio basilar no processo administrativo fiscal, a qual foi buscada no feito.

Odete Medauar (A Processualidade do Direito Administrativo, São Paulo, *RT*, 2ª edição, 2008, página 131) entende que “*O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las*”.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, *RT*, 16ª edição, 1991, Página 581) entende que “*O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a reformatio in pejus, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente*”.

Ressalte-se ainda, que tal princípio impõe à Administração Pública o dever de provar os fatos alegados, sendo regra a vedação de aplicar-se como verdadeiros fatos fictícios ou de mera presunção da ocorrência de sua hipótese de incidência, devendo, portanto, buscar-se a descrição concreta dos fatos ocorridos. A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LV e LXXVIII assegura ao cidadão litigante, quer em processo judicial quer em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa e a razoável duração do processo.

Percebe-se, pois, que a Carta Magna quis assegurar aos litigantes garantias semelhantes tanto no processo judicial quanto no administrativo. Apesar disso, não se pode dizer que não existem diferenças entre eles, um dos mais expressivos elementos diferenciadores resulta da jurisdição.

Não se podem afastar, no processo administrativo fiscal, os diversos princípios informadores do processo judicial e garantias constitucionais do cidadão, entre eles os princípios da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador, como visto.

Dessa forma, a valoração das provas à luz do princípio da verdade material deve obedecer aos princípios constitucionais e as normas atinentes ao processo, buscando-se a maior verossimilhança possível dos fatos alegados pelo agente responsável pelo lançamento, e permitindo ao contribuinte utilizar-se da produção de todas e quaisquer provas a ele admitidas por direito quando possíveis no caso concreto, sem qualquer restrição. E mais: o julgador deverá valorar as provas a ele apresentadas livremente, sempre buscando a verdade material dos fatos.

Nele, a produção de provas é de grande relevância, pois visa a obtenção da verdade, ou sua maior aproximação, visto que dificilmente se consegue descrever com exatidão como o fato realmente ocorreu. E é neste sentido, do maior grau de semelhança das ocorrências descritas nos atos formais realizados pelo agente administrativo, que se reveste o princípio da verdade material.

O Processo Administrativo Fiscal, como já firmado, busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Com status constitucionais, os princípios da ampla defesa e do contraditório serão garantidos ao sujeito passivo, que, querendo, apresentará contestação ao lançamento tributário, intervindo por meio de produção das provas.

A denominada verdade material funda-se na aceitação da teoria da verdade por correspondência, pressupondo a possibilidade de espelhar a realidade por meio da linguagem.

No processo existirão sempre três verdades: a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal; b) verdade descrita na impugnação do contribuinte; c) verdade do julgador.

Prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferi-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis.

São os princípios que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que definem os limites dos poderes de cognição do julgador em relação aos fatos que podem ser considerados para a decisão da situação que lhe é submetida.

No caso dos autos, plenamente comprovado está que os destinatários das mercadorias eram contribuintes do imposto, o que implicaria na aplicação da regra contida no mencionado artigo 8º inciso I da Lei 7.014/96, ou seja, na obrigatoriedade de autuada reter e recolher o imposto a título de substituição tributária, consoante, inclusive prova da situação cadastral dos destinatários das mercadorias, na condição de contribuintes inscritos, sendo às fls. 464 a 503, encartados documentos que comprovariam tal condição dos destinatários das mercadorias.

Assim, por exemplo, posso mencionar alguns destes destinatários, a começar por comercial Estevão Ltda., inscrição estadual 094.241.201, com nome de fantasia “Supermercado Estevão” (fl. 465).

De igual modo, menciono à fl. 466, Gilberto Silva Brito de Medeiros Neto, inscrição estadual 052.555.945, com nome de fantasia “Oceano Frutas e Verduras”, Luís Carlos da Silva de Nazaré (Biscoitos Panilac), inscrição estadual 095.477.534 (fl. 473), Bruno Maremani Eireli, inscrição 051.749.473 (fl. 484), A J de Jesus Santana – ME, inscrição estadual 081.856.796, com nome de fantasia “Santana Salgados” (fl. 499), Zilma Helena de Araújo Silva, inscrição estadual 096.727.661, com nome de fantasia “Glacê Doçaria e Confeitaria” (fl. 492) e Norma N Alves Martins (Super Center Servbem Supermercado), inscrição estadual 100.452.026 (fl. 469).

Ainda assim, a empresa autuada, apesar de tais elementos probantes se encontrarem nos autos, e de cujo teor teve pleno conhecimento, insiste em sua tese de ser incabível lançamento de substituição tributária sobre tais operações, e tendo sido excluídas, em sede de diligência, as operações com o produto de NCM 1704.90.90, e diante da escusa do contribuinte em apontar qualquer outro item que

entendesse equivocadamente incluído no levantamento, sustentando, unicamente o argumento acima exposto, acolho o demonstrativo de fls. 569 e 570, razão pela qual a infração 09 deve ser parcialmente mantida em R\$22.366,44.

Já na infração 10 os documentos que segundo os autuantes sustentam a mesma se encontram nas fls. 199 a 242, ao passo que a autuada argumenta que as mercadorias foram devolvidas sem adentrarem nos respectivos estabelecimentos, ou seja, se referem a operações de retorno de mercadoria, que ocorrem quando a mesma não é entregue ao destinatário final ou que, embora chegue ao destino desejado, é recusada antes mesmo de ingressar no estabelecimento do adquirente, o que ensejaria a aplicação do artigo 450 do RICMS/12, o qual assim determina:

“Art. 450. O contribuinte que receber, em retorno, mercadoria que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário deverá:

I - emitir nota fiscal, por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário: número, série, data da emissão e valor da operação;

II - lançar a nota fiscal emitida na forma do inciso I do caput no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Crédito do Imposto”, quando for o caso.

§ 1º O transporte da mercadoria em retorno será acompanhado pela própria nota fiscal originária, em cuja 1ª via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria.

§ 2º O Conhecimento de Transporte originário poderá servir para acobertar a prestação de retorno ao remetente, desde que, antes de se iniciar o retorno, seja feita observação dessa circunstância na 1ª via do documento relativo à prestação do serviço”.

Já os autuantes se apoiam na disposição do artigo 451 do mesmo diploma:

“Art. 451. Na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário”.

Independente de tal discussão, em ambos os dispositivos regulamentares, a emissão de nota fiscal é fundamental, quer pelo remetente da mercadoria, oportunidade na qual a nota fiscal a ser emitida é de entrada, quer pelo destinatário, ao emitir nota fiscal de devolução. Em ambas as hipóteses, tais documentos deveriam vir ao feito, como elemento imprescindível para a resolução da lide.

Novamente, o cerne da discussão reside no fato de ser trazida a prova material de que as mercadorias foram devidamente retornadas ao estabelecimento do emitente, com anulação da operação, e consequentemente, sem tributação a ser feita, bem como comprovação do devido registro dos documentos emitidos nos respectivos livros fiscais.

A acusação se encontra devidamente provada, à vista da ausência de registro de tais documentos fiscais nos livros próprios. Todavia, a autuada, detentora de tais documentos, bem como responsável pela escrituração dos livros fiscais especialmente o Registro de Entradas de Mercadorias, não tendo trazido tal prova até o presente momento, faz com que, mais uma vez, se aplique a regra dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, segundo os quais, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, respectivamente, o que faz manter a infração no lançamento, eis que procedente, diante de tal falta de elementos para desconstituição da mesma.

Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o

quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Desta forma, com base nos elementos e argumentos exposto, voto pela procedência parcial da autuação, de acordo com o demonstrativo abaixo:

Infração 01	R\$ 396,35	60%
Infração 02	R\$ 2.294,65	100%
Infração 03	R\$ 42.000,17	60%
Infração 04	R\$ 34.913,81	60%
Infração 05	R\$ 98.135,20	60%
Infração 06	R\$ 610,08	60%
Infração 07	R\$ 95,50	150%
Infração 08	R\$ 31,84	60%
Infração 09	R\$ 22.366,44	60%
Infração 10	R\$ 973,51	
Infração 11	R\$ 409,34	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. 269358.0011/17-7 lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimada o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$200.844,04**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$198.453,89, e de 100% sobre R\$2.390,15, previstas na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso II, alíneas “a”, “e” e “f”, VII, alínea “a”, III, V alínea “a”, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.382,85**, prevista no art. 42, IX e XI do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9837/05, devendo o órgão competente, homologar os recolhimentos efetuados.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de março de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON RAMOS MATTOS – JULGADOR