

A. I. Nº - 298950.0003/18-1
AUTUADO - POLISPORTS COMÉRCIO DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA. - EPP
AUTUANTES - DENNIS ALVIM ALVES SANTOS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/02/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0285-04/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA Razões de defesa elidem a autuação. Infração insubsistente. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL POR ERRO NA APLICAÇÃO DA ALIQUOTA. Razões de defesa elidem a autuação. Infração insubsistente. 2. DOCUMENTO FISCAL. **a)** MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Razões de defesa não são capazes de elidir a autuação. Não sendo possível a compensação arguida, pelo sujeito passivo, do DAE constante da peça de defesa, no valor de R\$15.738,30, recolhido com o Código de Receita nº 1145 de forma equivocada, com o débito lançando neste item 3 do Auto de Infração, em tela, cabe, então, pelo defendente, a abertura de um processo de restituição de indébito, junto a Inspetoria de circunscrição do Contribuinte Autuado, nos termos do art. 73 e 74 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e suas alterações. É o que se recomenda, observando os aspectos intrínsecos da decadência do crédito tributário. Infração subsistente. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O INFORMADO NO DOCUMENTO FISCAL. Razões de defesa elidem a autuação. Infração insubsistente. **c)** APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PRECISTA NA LEGISLAÇÃO. Razões de defesa elidem a autuação. Infração insubsistente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. ALÍQUOTA. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS SEM A EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL Não se observando nada que desabone os demonstrativos que dão azo a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante Levantamento Quantitativo de Estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, resta caracterizada este item da autuação. Infração subsistente. 4. DIFERENÇA DE ALIQUOTA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO PRÓPRIO DO ESTABELECIMENTO. Contribuinte Autuado manteve-se silente. Nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Restou caracterizada a infração. Infração subsistente. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIA

ADQUIRIDA DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. MULTA. Estando, então, devidamente identificadas as operações de entradas no estabelecimento da defendente, oriundas de outra unidade da Federação, no caso em tela, do Estado de São Paulo, com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, em que o defendente deixou de efetuar a antecipação do imposto (ICMS) nos termos do artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, à época dos fatos geradores, resta assertivo a imputação da multa de percentual de 60% sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial na forma tipificada no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, do mesmo diploma legal. **Infração subsistente 6. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa. Razões de defesa elidem a autuação. **Infração insubsistente. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fatos demonstrados nos autos. **Infração subsistente.** Afastada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 26/06/2018, exige o valor de R\$67.425,04, inerente aos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativo às fls. 19 a 35 dos autos, e CD/Mídia de fl. 37, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária no mês de novembro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 19 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado ICMS no valor de R\$46,22, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inciso II da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is), decorrente de erro na aplicação de alíquota (CFOP vs UF) nas datas de ocorrência de 30/06/2017, 31/10/2017, 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fls. 20 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado ICMS no valor de R\$137,12, com enquadramento nos art(s). 29 e 30, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, decorrente de erro na determinação da carga tributária, na data de ocorrência de 31/01/2016, conforme demonstrativo de fls. 21 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado ICMS no valor de R\$34.593,41, com enquadramento no art. 2º, inc. I; e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - 03.01.04: O contribuinte recolheu a menor ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações

econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos nas datas de ocorrência de 31/01/2016, 31/03/2016 e 31/10/2017, conforme demonstrativo de fls. 22 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado ICMS no valor de R\$3.575,21, com enquadramento nos artigos 24 à 26, 32 e inciso II, do art. 34 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 215, 248, 255, 257 à 259, 263, 304 e 322, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 24/25, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado ICMS no valor de R\$7.979,10, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - 04.05.02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado nos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 26/27, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado ICMS no valor R\$18.641,67, com enquadramento no art. 2º, inc. I; art. 23-B da Lei nº 7.014/96, c/c art. 83, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e art. 13, inc. I da Portaria nº 445/98 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 7 – 06.05.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo próprio do estabelecimento nas datas de ocorrência de 31/01/2016, 29/02/2016, 31/03/2016, 31/08/2016, 30/09/2016 e 31/06/2017, conforme demonstrativo de fls. 28/29, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado ICMS no valor R\$843,26, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inc. II, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 8 – 07.15.05: Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente nas datas de ocorrência 30/06/2016, 31/08/2016, 30/09/2016, 31/10/2017, 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fls. 30/31, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado multa no valor R\$1.208,92, com enquadramento no 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 9 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de setembro de 2016 e janeiro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 32/33, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado Multa no valor de R\$94,34, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, tipificada no artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 10 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de fevereiro, março, maio, junho, julho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2016, e janeiro, março, abril, maio, junho, setembro, outubro e novembro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 34/35, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado Multa no valor de R\$305,79, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, tipificada no artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 44 a 79 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma firma estabelecida na Avenida Tancredo Neves, 3133, Caminho das Arvores, Salvador,

Bahia - Bahia - CEP 41.820-021, CNPJ nº 11.042.367/0001-94, vem, pela presente, por seus advogados constituídos, apresentar a sua impugnação pelos motivos que expõe a seguir.

Pontua que é uma empresa que se dedica ao comércio de produtos esportivos em geral da marca NIKE [franquia da 'Nike Store'], sendo, portanto, contribuinte de diversos tributos, destacando-se, para o presente caso, o ICMS.

Após destacar, resumidamente, os termos das infrações, diz que o Auditor efetuou o lançamento do imposto principal, aplicando ainda multas de ofício no percentual confiscatório de até 100% sobre o valor do imposto. Diz que foi assim que o valor da autuação perfaz o montante de R\$126.012,32.

I. DA NULIDADE

Registra que a autuação fiscal é nula de pleno direito, pois a Fiscalização lavrou a notificação fiscal combatida, por suposta falta de recolhimento do ICMS, sem, contudo, fazer prova da ocorrência da materialidade do tributo.

Em outras palavras, diz que o Autuante, entendeu por bem exigir valores a título de ICMS sem, sequer, se dar ao trabalho de demonstrar a efetiva ocorrência de circulação de mercadoria (fato gerador do imposto cobrado).

Diz que a ausência dessas provas concretas do relato do Autuante inquina de nulidade o Auto de Infração, na medida em que é obrigatório no Estado da Bahia, assim como em toda a Federação, que o lançamento se faça acompanhar das provas das infrações porventura apuradas. É essa a letra do artigo 28, § 40, inciso II do Decreto 7629/99, que destaca.

Após destacar a ementa de posicionamento do Conselho de Contribuinte vinculado ao Ministério da Fazenda, diz que não se pode aceitar a lavratura de lançamento tributário baseado apenas em planilhas eletrônicas, sem que o Fisco tenha efetiva e materialmente apurado a ocorrência da infração apontada.

Depois de destacar na peça de defesa outras ementas de decisões diz que não se pode aceitar a lavratura de lançamento tributário baseado apenas em planilhas eletrônicas, sem que o Fisco tenha efetiva e materialmente apurado a ocorrência da infração apontada.

Diz que o ônus da prova de demonstrar a existência da suposta infração é do Fisco.

Além do exposto até aqui, diz que uma causa de nulidade desponta na presente autuação. É que, em relação ao item 8 do AIIM, d. Fiscalização sequer se preocupou em identificar a documentação que embasou a autuação fiscal.

Após outros destaques, diz que, ao assim agir, houve flagrante cerceamento ao direito de defesa da Impugnante, que se viu impedida de compreender a integralidade da autuação, inviabilizando que se levantasse contra eventuais irregularidades, pelo que se impõe, também por essa razão, a decretação da nulidade da autuação fiscal ora combatida.

II. DO MÉRITO

Diz que, não obstante a nulidade supra, em respeito ao princípio da eventualidade, a seguir diz passar a expor detalhadamente todas as razões de direito que tornam improcedente o Auto de Infração lavrado, demonstrando a regularidade e lisura com que agiu na apuração e recolhimento do ICMS no exercício apontados no referido lançamento.

II.1 DA INSUBSISTÊNCIA DO ITEM 6 DA AUTUAÇÃO E POR CONSEQUÊNCIA DO ITEM 8

Pontua que inicia a demonstração de insubsistência da autuação por seu "item 6", em razão de ser a mais séria acusação imputada (e a segunda de maior valor). Entendeu a fiscalização que teria deixado de recolher o *"imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas"*. Ou seja, defendeu a autuação que estaria omitindo venda de mercadorias.

Ocorre que tal absurda alegação não merece prosperar. Diz que é franquia de uma das maiores

marcas esportivas do mundo, jamais realizou vendas a descoberto de notas fiscais, sendo certo que as imputações em discussão simplesmente não guardam qualquer relação lógica com a realidade.

Primeiramente a fiscalização entendeu que a Impugnante teria omitido a venda de 33 sandálias (Código 618919106). Entretanto, diz que sequer recebeu esse número de produtos de sua fornecedora, mas tão somente 12, que foram recebidas através da NF-e nº 003498456.

Neste contexto, traz outros exemplos. Pontua que há que se perceber a absoluta ausência de fundamentação da autuação fiscal. Afinal, entendeu pela omissão de mercadorias em número maior do que de fato recebeu. O que se objetiva demonstrar é a absoluta impossibilidade de ocorrência da imputação feita pela fiscalização, que entendeu pela omissão de mercadorias em número maior do que a própria Impugnante recebeu de sua fornecedora!

Significa dizer que a infração imputada à Impugnante é simplesmente impossível de ter ocorrido.

Desta feita, diz restar demonstrada a absoluta insubsistência do entendimento fiscal, impondo-se a anulação da absurda autuação imputada, diante da manifesta incerteza e iliquidez do lançamento, ainda que para tanto se faça necessário baixar os autos em diligência para a constatação do quanto acima alegado.

Mas não só, a consequência lógica da insubsistência do item 6 do AIIM acaba por refletir, também, na insubsistência do item 8 da autuação, onde a fiscalização, em razão das supostas omissões de venda, entendeu pela ausência também da falta de pagamento da antecipação parcial correspondente. Ora, não havendo omissão de vendas, não há que se falar na omissão de recolhimento da antecipação do imposto, pelo que se impõe o afastamento também do item 8 desta autuação.

II.1 DA INSUBSISTENCIA DO ITEM 1 DA AUTUAÇÃO

Em não sendo o bastante, diz que a D. Fiscalização entendeu por bem lavrar autuação fiscal face à Impugnante também sob a alegação de que teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamentos de impostos por substituição.

Entendeu assim a fiscalização que a Impugnante adquiriu as mercadorias apontadas, sujeitas ao pagamento do ICMS por substituição tributária, e quando as vendeu creditou-se indevidamente do ICMS, ensejando autuação à luz do art. 290 do RICMS/BA.

Diz, contudo, que analisando as informações fiscais, as mesmas não merecem prosperar. Com efeito, a Fiscalização indicou as mercadorias como sendo envolvidas na atuação, objeto da Nota Fiscal nº 13.653.

No entanto, diz que, a nota fiscal indicada pela D. Fiscalização (NF-e 13.653) refere-se a operação de saída de mercadorias em decorrência da devolução da mercadoria para fornecedora da impugnante (“Nike”)

Portanto, diz tratar de operação de mera devolução de mercadoria (e não de venda) para fornecedora localizada fora do Estado da Bahia, razão pela qual a autuação não deve prevalecer.

II.2 DA INSUBSISTENCIA DO ITEM 2 DA AUTUAÇÃO

Em relação ao item 2 da autuação guerreada, diz que a Fiscalização imputou à Impugnante ter utilizado indevidamente crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais por erro na aplicação da alíquota.

Diz que a alíquota estabelecida pela Fiscalização é a exatamente a mesma utilizada pela Impugnante. Apresentando figura da nota fiscal na peça de defesa de fl. 62, aduz que, assim como demonstrado, não há qualquer fundamento na aplicação da presente penalidade, razão pela qual deve ser afastada com o julgamento improcedente do presente Auto de Infração.

II.3 DA INSUBSISTENCIA DO ITEM 3 DA AUTUAÇÃO

Em relação ao item 3 da presente autuação, reconhece pequeno equívoco em seus procedimentos. É que, a partir de 01.01.2016, as operações com calçados foram excluídas do Anexo I do RICMS/BA,

permanecendo nesta condição apenas as vendas a “porta a porta”.

Desta feita, as operações que, até então eram consideradas como a “não tributáveis” tornaram-se “tributadas”, o que levou ao incorreto apontamento fiscal por parte da Impugnante por um curto período de tempo (apenas 01/2016 — exatamente no mês de entrada em vigência da nova legislação).

A despeito do exposto, ainda assim diz que a autuação fiscal não merece prosperar em sua integralidade. É que, como se percebe, a fiscalização entendeu por bem exigir o ICMS integral das operações.

E ao assim agir, diz que acabou por desconsiderar a antecipação parcial do ICMS a que a Impugnante recolheu no período a título de tais operações, que aponta do corpo da defesa à fl. 64 dos autos.

Registra que, foi assim que recolheu, por meio da antecipação tributária, o montante de R\$15.738,30 aos cofres do Estado da Bahia, valor este que deveria ser abatido da autuação fiscal e, como se observa, da tributação integral imposta pela Fiscalização acima demonstrada, o que não ocorreu.

Diante do exposto, diz que demonstra que a autuação fiscal, em relação ao item 3, encontra-se indevidamente majorada pela ausência de consideração/abatimento da antecipação tributária efetuada pela Impugnante, o que leva a sua flagrante iliquidez impondo-se seu cancelamento.

Contudo, em não sendo este o entendimento deste órgão de julgamento, o que se admite por mera argumentação, que ao menos seja determinado o afastamento dos valores já antecipados, sendo o que se pode com a procedência da presente impugnação, mesmo que, para isso, se faça necessária a realização de diligência à luz do princípio da verdade material.

II.4 DA INSUBSISTENCIA DO ITEM 4 DA AUTUAÇÃO

Diz imputar à Impugnante também ter recolhido ICMS a menor *“em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos”*.

Contudo diz que, tal autuação não prospera na medida em que as mercadorias apontadas pela D. Fiscalização entraram no estabelecimento sujeitas à substituição tributária (CFOP 6102) e quando saíram, para devolução de compra à fornecedora da impugnante também se sujeitavam à substituição tributária (CFOP 6411). É o que diz constatar com a figura da NF na peça de defesa à fl. 66 dos autos.

Por sua vez, diz que é importante observar o regular registro de saída, por devoluções, das mercadorias, conforme figura do registro de saídas na peça de defesa de fl. 67.

Registra que, o que se imagina é que a Fiscalização acabou por incorrer em erro em relação à correta identificação entre o CFOP's (6411) quando da devolução de mercadorias, para 6102 quando do seu recebimento.

Após destacar duas figuras de Nota fiscal na peça de defesa de fls. 67 e 68, diz que o que se percebe é que as mercadorias apontadas pela Fiscalização jamais resultaram em recolhimento a menor do ICMS. Afinal, sujeitavam-se à substituição tributária quando do seu recebimento no estabelecimento da Impugnante e quando de sua devolução, não havendo que se falar em qualquer omissão de tributo, pelo que se impõe o cancelamento da respectiva autuação.

II.5 DA INSUBSISTENCIA DO ITEM 5 DA AUTUAÇÃO

Diz que melhor razão não assiste ao item 5 da autuação fiscal ora combatida, pelo qual se importou à Impugnante ter recolhido *“a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituras”*

Entendeu a Fiscalização que a Impugnante incorreu em equívoco ao aplicar a alíquota de 4% nas mercadorias apontadas, quando o correto, a seu ver, seria aplicação de alíquota de 12%. Contudo, tal entendimento encontra-se equivocada quando se percebe que as mercadorias em questão são

importadas.

Destaca o art. 1º, § 1º, inc. I da Resolução do Senado Federal nº 13/2012, bem como o art. 15, § 4º, da legislação do Estado da Bahia.

Portanto, diz que, diante da clara estipulação, por parte do Senado Federal, da alíquota de ICMS de 4% para as operações interestaduais com bens importados do exterior, outro não pode ser o entendimento senão o cancelamento da autuação fiscal, também, em relação a infração 5.

II.5 DA INSUBSISTÊNCIA DO ITEM 9 DA AUTUAÇÃO

Em não bastando todo o já exposto, diz que há que se combater também o item 9 da infração imputada à Impugnante, pelo qual se defende a ocorrência de *“entrada no estabelecimento de mercadorias (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”*.

Registra que os diminutos valores exigidos na autuação em comento não refletem, na realidade, entradas sem registro fiscal. Na verdade, as notas fiscais apontadas pela Fiscalização são:

NF-e: 3.074.907: Diz que, como se observa da figura posta na defesa de fl. 70 dos autos, a mencionada nota fiscal reflete o complemento de ICMS devido, e não a efetiva entrada de mercadoria.

Ainda assim, destaca que tal nota fiscal sequer foi recebida pela impugnante, conforme se observa de e-mails trocados à época dos fatos, conforme destaque na peça de defesa à fl. 71 dos autos.

Diz que foi informado que a nota fiscal, por ter sido duas vezes recusada, teve seu retorno automático, concluindo-se pela respectiva baixa.

Por sua vez, diz que a Nota Fiscal nº 003541598 jamais foi recebida pela Impugnante uma vez que a mercadoria em questão foi extraviada (furto/roubo), conforme informação prestada pelo próprio fornecedor das mercadorias na forma do destaque na peça de defesa de fl. 73.

Diante do exposto, percebendo-se que as mencionadas notas fiscais jamais acobertaram entrada de mercadoria sem escrituração fiscal devida, e em respeito ao princípio da verdade material, outro não pode ser o entendimento senão o cancelamento também da autuação fiscal em relação ao item 9.

II.6 DO ITEM 10 DA AUTUAÇÃO - DA NECESSÁRIA RELEVAÇÃO DA MULTA DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO

Diz que, consoante se verifica do item 10 da autuação, foi autuada pois teria deixado de registrar notas fiscais relativas à entrada de mercadorias correspondente a operações não tributadas. Em razão disto, a Fiscalização aplicou multa formal de 1% sobre o valor das operações representadas pelas notas fiscais elencadas.

Registra que tal autuação se mostra absolutamente despropositada e desproporcional. Pontua que, em um universo de centenas de documentos fiscais, é absolutamente natural e escusável, diante da falibilidade humana, que alguns documentos possam não ter sido escriturados. Entretanto, nestes casos, o que importa observar é se tal ausência de registro do documento fiscal causou algum prejuízo ao Erário Público.

Diz que é fato que no caso concreto a conduta a apontada no item 10 do AIIM não gerou qualquer prejuízo aos cofres públicos. Tanto que sequer houve lançamento de imposto decorrente da entrada das referidas notas fiscais, mas somente imposição de multa formal.

Assim, após trazer outros argumentos, diz que, diante da óbvia ausência de dolo, e nos termos do art. 158 do Decreto 7.629/1999, requer-se a relevação da multa imposta no item 10 da presente atuação, sendo também o que se pede com provimento da presente impugnação administrativa.

III DO DESCABIMENTO DA MULTA DE OFÍCIO E DA SUA ABUSIVIDADE

Por fim, na eventualidade de não restarem afastadas todas as indevidas imputações ora

guerreadas, o que se admite por mera argumentação, ao menos se impõe o reconhecimento de que a aplicação das multas feita pela autuação revela-se absolutamente despropositada e desproporcional.

É que, além da constituição do tributo entendido por devido, o auto de infração ainda aplicou, em alguns casos, as multas gravosas descritas pelo art. 42, incisos II e III, da Lei nº 7.014/96, que destaca.

Neste contexto, diz que, mesmo que se entenda pela manutenção da autuação fiscal, em todo ou em parte, não há como não se afastar a abusividade das multas capituladas em 100% e 60% do valor devido. Afinal, percebe-se, não há (e nem poderia haver) qualquer menção à conduta dolosa, ou mesmo má-fé, da Impugnante.

Após trazer outros entendimentos e jurisprudência do STF, diz que se impõe sejam afastadas as multas mencionadas, ou então, que seja concedida a relevação das multas aplicadas, nos termos do artigo 159 do decreto nº 7.629/99, ou caso este não seja o entendimento, o que se admite por argumentar, que então seja, ao menos, desclassificada a multa de ofício e substituída pela aplicação da multa de 20%, o que ora se requer com a procedência da presente defesa administrativa.

V- PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer seja declarado nulo de pleno direito o auto de infração, mediante o acolhimento da preliminar de nulidade fundamentada na absoluta inexistência de provas das infrações imputadas e no cerceamento ao direito de defesa da Impugnante, ou então, no mérito, que seja julgada totalmente improcedente a autuação diante das demonstrações acima elucidadas ou então, ao menos, no caso de não se entender pela absoluta improcedência, se requer seja determinada a redução do lançamento mediante:

- (i) o aproveitamento dos valores pagos a título de antecipação do ICMS (item 4);
- (ii) o afastamento da autuação referente a omissão de vendas por parte da Impugnante (infrações 6 e 8), diante de sua absoluta improcedência, e também
- (iii) a relevação das multas aplicadas, nos moldes do que autoriza os artigos 158 e 159 do Decreto nº 7.629/99, ou ao menos, e ainda,
- (iv) a redução do valor das multas arbitradas em 100% e 60% do valor do tributo a patamares aceitáveis (não superiores a 20%), diante da sua evidente abusividade e ilegitimidade.

Protesta, também, pela juntada de eventuais novos documentos e declarações não colacionados nesta oportunidade, em função da exiguidade do tempo e do volume envolvido, bem como pela produção de outras provas, como perícia, ofícios, declarações, constatações e diligências, tudo em atendimento ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo tributário.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 166/172 dos autos, após descrever resumidamente as infrações imputadas, assim posiciona quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

I. DA DEFESA

Através do processo SIPRO nº 294238/2018-4 (fls. 43/163), a empresa autuada apresenta impugnação a este PAF, conforme a seguir.

Com relação ao **item 6** da autuação, o contribuinte informa que jamais realizou vendas a descoberto de notas fiscais, e que as diferenças encontradas nos levantamentos quantitativos de estoques não passam de alegações absurdas. Exemplifica através de alguns itens, que de acordo com o sistema interno, percebesse a absoluta ausência de fundamentação da autuação fiscal, pois entendeu pela omissão de mercadorias em número maior do que, de fato, a impugnante recebeu. Na mesma parte da defesa, informa da insubsistência do item 8 da autuação, pois não havendo omissão de vendas, não há o que se falar na omissão de recolhimento da antecipação do imposto.

Sobre o **item 1**, informa que nota fiscal indicada se refere à operação de saída de mercadorias em

decorrência da devolução para a fornecedora.

No **item 2**, esclarece não houve a utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, e apresenta cópia de uma nota fiscal e do registro de entradas para demonstrar.

Reconhece no **item 3** a diferença apurada no valor histórico de R\$34.593,41, entretanto acredita não poder prosperar em sua integralidade, visto que não foi considerado o recolhimento efetuado no valor de R\$15.738,30 a título de ICMS Antecipação Tributária (código 1145).

Quanto ao **item 4**, informa que a autuação não pode prosperar visto que as mercadorias apontadas entraram no estabelecimento da impugnante sujeita à substituição tributária (CFOP 6102) e, quando saíram, para devolução de compra, também se sujeitavam à substituição tributária

No **item 5**, informa que incorreu em equívoco ao aplicar a alíquota de 12% nas mercadorias apontadas, pois por serem importadas, o correto é a alíquota de 4%, conforme Resolução do Senado Federal no 13/2012.

Sobre o **item 9**, afirma que as notas fiscais não foram recebidas, apresentando cópias dos e-mails com os motivos.

No **item 10** solicita a exclusão da penalidade, conforme previsto no art. 158 do Decreto 7.629/1999.

Por fim, questiona a multa de ofício e da sua abusividade, solicitando que sejam afastadas, ou então, que sejam relevadas. E que o auto de infração seja julgado nulo ou julgada totalmente improcedente

II. DA INFORMAÇÃO FISCAL

Preliminarmente, informa que todo o trabalho foi baseado na EFD (Escrituração Fiscal Digital) do contribuinte, nas notas fiscais eletrônicas recebidas/emitidas e nas informações constantes dos sistemas da SEFAZ/BA. Vale ressaltar que os livros e documentos válidos são os constantes na escrituração fiscal digital, conforme preceitua o § 1º, do art. 247 do RICMS/BA-2012.

Diz que não há o que se falar em cerceamento do direito de defesa por ausência de provas concretas, visto que todos demonstrativos foram entregues ao contribuinte via mídia de CD, conforme recibo às fls. 36.

• Infração 01 -01.02.06

Após analisar as informações prestadas na defesa e conferir a Nota Fiscal nº 13653, acata o solicitado pela defendente. Pede que seja julgada improcedente a infração.

• Infração 02 -01.02.40

Após analisar as informações prestadas na defesa e conferir as notas fiscais, acata o solicitado pela defendente. Pede que seja julgada improcedente a infração.

• Infração 03 - 02.01.03

Diz que a defendente preliminarmente acata as divergências apontadas, no entanto, pede que seja abatido o valor de R\$15.738,30, referente ao recolhimento efetuado através do código de receita 1145. Ocorre que, não cabe a esta fiscalização realizar o abatimento de um recolhimento erroneamente realizado, cabendo ao contribuinte, se assim desejar, pleitear a restituição.

Solicita assim, que seja julgada totalmente procedente a infração

• Infração 04 — 03.01.04

Após analisar as informações prestadas na defesa e conferir as notas fiscais, constatando que as mesmas deram entradas no período em que eram sujeitas à substituição tributária, acata o solicitado pela defendente. Solicita assim, que seja julgada improcedente a infração.

• Infração 05 - 03.02.02

Após analisar as informações prestadas na defesa e conferir as notas fiscais, e por se tratar de

mercadorias importadas, e considerando o que determina a Resolução Federal nº 13/2012 c/c § 4º, do art. 15 da Lei nº 7.014/96, acata o solicitado. Solicita assim, que seja julgada improcedente a infração.

• ***Infração 06 - 04.05.02***

Tem a informar que não procede a alegação da defendente, visto que ao analisar as mercadorias constantes nos levantamentos quantitativos de estoques deixou de considerar os agrupamentos realizados, conforme previsto na Portaria nº 445/1998 no seu art. 3º, III.

Assim, diz que, estando os demonstrativos da lista de grupos presente no CD/Mídia entregue ao Contribuinte Autuado, com os seguintes nomes: “*Estoque 2016.02 – Lista de grupos de estoques*” e “*Estoque 2017.02 – Lista de grupos de estoques*”, pede que seja julgada procedente a infração 6.

• ***Infração 07 - 06.05.01***

Aduz que o Contribuinte Autuado não contesta esta infração. Solicita, assim, que seja julgada procedente a infração 7.

• ***Infração 08 - 07.15.05***

Esclarece que esta infração não tem relação com a infração 6, visto que a aplicação da multa está devidamente enquadrada no art. 12-A da Lei 7.014/96. Trata-se especificamente de antecipação parcial, que não tem sua tributação encerrada, não sendo comparável com a infração 6, que é sobre omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Solicita, assim, que seja julgada procedente a infração 8.

• ***Infração 09 - 16.01.01***

Após analisar as informações prestadas na defesa e conferir as notas fiscais acata o solicitado pela defendente. Solicita, assim, que seja julgada improcedente.

• ***Infração 10 - 16.01.02***

Diz que a multa aplicada é devidamente tipificada no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96. Solicita assim, que seja julgada procedente a infração 10.

III. CONCLUSÃO

Do exposto, ciente que procedeu dentro das normas de Auditoria, com certeza de ter dirimido quaisquer dúvidas sobre a ação fiscal executada, reafirma o trabalho executado e solicita, salvo melhor juízo, que o mesmo seja julgado improcedente as infrações 01, 02, 04, 05 e 09; por sua vez julgado procedente as infrações 03, 06, 07, 08 e 10.

Às fls. 178/201 consta manifestação do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal de fls. 166/172 dos autos, que a seguir passo a destacar.

Primeiramente, diz que é importante atentar que o Srº Auditor Fiscal, ao analisar as razões de defesa expostas pela ora Impugnante, agindo de forma acertada acabou por concordar com os afastamentos das infrações 01, 02, 04, 05 e 09.

Neste sentido, requer que seja convalidado o entendimento exposto e julgadas, de imediato, improcedentes.

Em seguida, volta com os argumentos de nulidade apresentado na defesa, acrescentado que, o agente Fiscal Autuante, ao tentar combater os argumentos da Impugnante acabou, na verdade, convalidando a nulidade apontada, onde ao seu entender, diz que, o agente Autuante, reconheceu que a fiscalização se deu sem a averiguação da materialidade do tributo, o que diz não se poder admitir!

Após repisar os mesmos argumentos de nulidade da peça de defesa, diz que houve flagrante cerceamento ao direito de defesa da impugnante, que se viu impedida de compreender a integridade da autuação, inviabilizando que se levantasse contra eventuais irregularidades, pelo que se impõe a decretação da nulidade da autuação fiscal ora em combate.

A) DA INSUBSISTENCIA DO ITEM 6 DA AUTUAÇÃO E CONSEQUENTEMENTE DO ITEM 8

Sem agregar qualquer fato novo ao seu argumento de defesa na exordial, senão a forma de redação em alguns momentos da sua peça de manifestação, diz, ao final, que resta demonstrada a absoluta insubsistência do entendimento fiscal, impondo-se a anulação da absurda autuação imputada, diante da manifesta incerteza e iliquidez do lançamento, ainda que para tanto se faça necessário baixa os autos em diligência para contestação do quanto alegado.

Mantendo a mesma dinâmica da peça de defesa, diz que a consequência lógica da insubsistência do item 6 do AIIM acaba por refletir, também, na insubsistência do item 8 da autuação.

Sob este ponto diz que o Auditor Fiscal se limitou a defender que “*esta infração não tem relação a infração 6 (...)*”. Conclui dizendo que tem.

Registra que no item 6 a fiscalização entendeu pelas supostas omissões de venda e, consequentemente, entendeu pela ausência também da falta de pagamento da antecipação parcial correspondente (item 8). Diz que, não havendo omissão de venda, não há que se falta na omissão de recolhimento da antecipação do imposto, pelo que se impõe o afastamento também do item 8 desta autuação.

B) DA INSUBSISTENCIA DO ITEM 3 DA AUTUAÇÃO

Sem agregar qualquer fato no ao seu argumento defesa na exordial, repete todos os seus termos, agora, na sua peça de manifestação à informação fiscal, ora juntada aos autos.

C) DO ITEM 10 DA AUTUAÇÃO – DA NECESSARIA RELEVAÇÃO DA MULTA DIANTE DA INEXISTENCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO

Sem agregar qualquer fato no ao seu argumento defesa na exordial, repete todos os seus termos, agora, na sua peça de manifestação à informação fiscal, ora juntada aos autos.

D) DO DESCABIMENTO DA MULTA DE OFÍCIO E DA SUA ABUSIVIDADE

Sem agregar qualquer fato no ao seu argumento defesa na exordial, repete todos os seus termos, agora, na sua peça de manifestação à informação fiscal, ora juntada aos autos.

Às fls. 205/206 têm-se a Informação Fiscal, produzida pelo agente Fiscal Autuante, à manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 178/201, onde, aponta que, após analisar a manifestação, diz ratificar a informação fiscal prestada às fls. 165/173, visto que o defendente não trouxe em sua manifestação novos argumentos, repetindo tudo já apresentado em sua defesa.

À fl. 208, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Preliminarmente o sujeito passivo registra que a autuação fiscal é nula de pleno direito, pois a Fiscalização lavrou a notificação fiscal combatida, por suposta falta de recolhimento do ICMS, sem, contudo, fazer prova da ocorrência da materialidade do tributo. Em outras palavras, diz que o Autuante, entendeu por bem exigir valores a título de ICMS sem, sequer, se dar ao trabalho de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos geradores do imposto cobrado.

Não é o que observo dos autos. Como bem destacado pelo agente Fiscal Autuante, todo o trabalho foi baseado na Escrituração Fiscal Digital (EFD) do contribuinte, nas notas fiscais eletrônicas recebidas/emitidas e nas informações constantes da base de dados dos sistemas gerenciais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia da SEFAZ/BA disponibilizados pelo próprio defendente no cumprimento de suas obrigações acessórias definidas na legislação pertinente.

Neste sentido, não há o que se falar em cerceamento do direito de defesa por ausência de provas concretas, visto que todos demonstrativos, que dão fundamentação as infrações imputadas no Auto de Infração nº 298950.0003/18-1, em tela, foram entregues ao contribuinte via mídia de CD, com os mesmos conteúdos constantes do CD/Mídia de fl. 37 dos autos, conforme recibo de entrega às fls. 36, devidamente assinado por preposto do defendente, devidamente autorizado, o que, aliás lhe permitiu apresentar sua peça defesa de fls. 44/79, com as arguições de mérito,

inclusive acatadas algumas, pelo agente Fiscal Autuante, em sede de informação fiscal. Afasto, portanto, tal arguição de nulidade.

Em sendo assim, considerando que Auto de Infração nº 298950.0003/18-1, em tela, atende as formalidades previstas pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, adentro ao exame do seu mérito.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$65.815,99, relativo a seis irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$1.609,05, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de R\$67.425,04, sendo impugnadas todas as infrações, exceto a infração 7, que, o Contribuinte Autuado, manteve silente. Assim, a contenda restringe-se, especificamente, em relação às infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9 e 10, que a seguir passo a manifestar de forma individual, sendo, de pronto, julgado procedente a infração 7, dado a silencia do defendente, vez que, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

A infração 1 diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$46,22, referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária no mês de novembro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 19 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Diz, o Autuado, que, analisando as informações fiscais, as mesmas não merecem prosperar. Com efeito, pontua que a Fiscalização indicou apenas a NF-e nº 13.653, objeto da autuação. No entanto, diz que, a nota fiscal indicada pela Fiscalização, refere-se à operação de saída de mercadorias em decorrência da devolução da mercadoria para fornecedora da impugnante (NIKE). Portanto, diz tratar de operação de mera devolução de mercadoria e não de venda, para fornecedora localizada fora do Estado da Bahia, razão pela qual a autuação não deve prevalecer.

O agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, após analisar as informações prestadas na defesa e conferir a NF-e nº 13653, acata o solicitado pela defendente. Pede que seja julgada improcedente a infração.

Neste contexto, não vendo nada que desabone a Informação Fiscal, vejo restar insubsistente a infração 1.

A infração 2 diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais no montante de R\$137,12, decorrente de erro na aplicação de alíquota (CFOP vs UF) nas datas de ocorrência de 30/06/2017, 31/10/2017, 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fls. 20 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37, com enquadramento nos art(s). 29 e 30, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Diz, o Autuado, que, analisando a autuação guerreada, a Fiscalização imputou à Impugnante ter utilizado indevidamente crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais por erro na aplicação da alíquota. Todavia, registra que a alíquota estabelecida pela Fiscalização é a exatamente a mesma utilizada pela Impugnante, com a apresentação, na peça de defesa, de figura da nota fiscal na peça de defesa de fl. 62, demonstrando que não há qualquer fundamento na aplicação da presente autuação.

O agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, após analisar as informações prestadas na defesa e conferir as notas fiscais, objeto da autuação, acata o solicitado pela defendente. Pede que seja julgada improcedente a infração.

Neste contexto, não vendo nada que desabone a Informação Fiscal, vejo restar insubsistente a

infração 2.

A infração 3 diz respeito a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$34.593,41, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, decorrente de erro na determinação da carga tributária, na data de ocorrência de 31/01/2016, conforme demonstrativo de fls. 21 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37, com enquadramento no art. 2º, inc. I; e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em relação a este item 3 do Auto de Infração, em tela, reconhece, o Contribuinte Autuado, pequeno equívoco em seus procedimentos. Diz que, a partir de 01/01/2016, as operações com calçados foram excluídas do Anexo I do RICMS/BA, permanecendo nesta condição apenas as vendas a “porta a porta”.

Desta feita, as operações que, até então eram consideradas como “*não tributáveis*” tornaram-se “*tributadas*”, o que levou ao incorreto apontamento fiscal por um curto período de tempo (apenas 01/2016 — exatamente no mês de entrada em vigência da nova legislação).

A despeito do exposto, ainda assim diz que a autuação fiscal não merece prosperar em sua integralidade. É que, como se percebe, a fiscalização entendeu por bem exigir o ICMS integral das operações. E ao assim agir, diz que acabou por desconsiderar a antecipação parcial do ICMS a que a Impugnante recolheu no período a título de tais operações, que aponta do corpo da defesa à fl. 64 dos autos.

Registra que, foi assim que recolheu, por meio da antecipação tributária, o montante de R\$15.738,30 aos cofres do Estado da Bahia, valor este que deveria ser abatido da autuação fiscal e, como se observa, da tributação integral imposta pela Fiscalização acima demonstrada, o que não ocorreu.

Diante do exposto, diz que demonstra que a autuação fiscal, em relação ao item 3, encontra-se indevidamente majorada pela ausência de consideração/abatimento da antecipação tributária efetuada pela Impugnante, o que leva a sua flagrante iliquidez impondo-se seu cancelamento.

Contudo, em não sendo este o entendimento deste órgão de julgamento, o que se admite por mera argumentação, que ao menos seja determinado o afastamento dos valores já antecipados, sendo o que se pode com a procedência da presente impugnação, mesmo que, para isso, se faça necessária a realização de diligência à luz do princípio da verdade material.

Em sede de Informação Fiscal, diz, o agente Fiscal Autuante, que a defendente preliminarmente acata as divergências apontadas, no entanto, pede que seja abatido o valor de R\$15.738,30, referente ao recolhimento efetuado através do código de receita 1145 (*ICMS Antecipação Tributária - Anexo 01 – RICMS*). Pontua, então, que, não cabe a esta fiscalização realizar o abatimento de um recolhimento erroneamente realizado, cabendo ao contribuinte, se assim desejar, pleitear a restituição.

Solicita assim, que seja julgada totalmente procedente a infração.

De fato, compulsando a figura do documento (DAE), constante da peça de defesa, à fl. 64 dos autos, vê-se que há o recolhimento no valor de R\$15.738,30, com o Código de Receita 1145, onde, no campo complementar do documento, há a indicação de que o recolhimento relaciona às Notas Fiscais nºs 3068066, 3068073, 3069757, 3072206, 3073373, 3074633, 3074687, 3074726, 3076307, 3076309, 3076711, 3077220, 3077382, 3080118, 3060870 e mais 3(três) notas constantes do relatório anexo.

Sobre as operações com calçados, de uma forma geral, terem sido excluídas do Anexo I do RICMS/BA, não há controvérsia entre as partes. Aliás, tal exclusão foi dada pelo Decreto nº 16.517, de 29/12/15, onde, com a inserção do art. 297-A no RICMS/BA, manteve, apenas, de 01/01/2016 até 31/12/2016, a autorização, ao recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições de calçados, em relação aos contribuintes com atividade de comércio varejista de calçados, CNAE 4782-2/01, que apurassem o imposto pelo regime de conta corrente fiscal.

Neste contexto, o agente Fiscal Autuante, identificando que, o Contribuinte Autuado, no mês de janeiro de 2016 desenvolveu vendas – “calçados” - com carga tributária “zero”, ou seja, sem tributação, em operações com ECF e indicativo no corpo do documento fiscal “CFOP 5406 - Saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária” na forma do demonstrativo denominado “**Débito a Menor em Operações com ECF – Erro na determinação da Carga Tributária**” constante do CD/Mídia de fl. 37 e reproduzido na defesa às fls. 131/135 dos autos, efetuou o presente lançamento fiscal, no valor de R\$34.593,41, com data de ocorrência de 31/01/2016, que diz respeito, eminentemente, às vendas realizadas de 01/01/2016 a 31/01/2016, período do erro cometido, o que não é negado pelo sujeito passivo.

Nessa situação de alteração de regime tributário, o legislador, no próprio instrumento de alteração, traz no seu texto regras de transitoriedade do regime da substituição tributária para o regime normal de conta corrente fiscal, e como tal, o Decreto nº 16.517, de 29/12/15, trouxe a seguinte redação no seu art. 5º, §§ 1º e 2º, abaixo destacados:

Art. 5º Os contribuintes atacadistas ou varejistas, que apurem o imposto pelo regime normal, poderão utilizar como crédito fiscal tanto o valor do imposto da operação normal como o imposto antecipado, relativo às mercadorias existentes em estoque dia 01/01/2016, excluídas do regime de substituição tributária, conforme Decreto nº 16.499, de 23 de dezembro de 2015, que alterou o Anexo 1 do RICMS. (Grifo acrescido)

§ 1º O imposto normal e o antecipado deverão ser apropriados em três parcelas iguais, mensais e consecutivas, a partir do mês em que ocorreu a exclusão do regime de substituição tributária.

§ 2º O ICMS devido por antecipação tributária, relativo às aquisições ocorridas no mês de dezembro de 2015, deverá ser recolhido integralmente no prazo regulamentar.

Compulsando as peças processuais, não vejo qualquer indicativo de que tal procedimento não se tenha sido exercido pelo Contribuinte Autuado, em sua escrita fiscal, o que observo de contestação objetiva, neste item 3 da autuação, apenas, o pedido de compensação do débito levantado, com o recolhimento do DAE constante da peça de defesa, à fl. 64 dos autos, no valor de R\$15.738,30, efetuado com o Código de Receita 1145 (ICMS Antecipação Tributária - Anexo 01 – RICMS), onde, no campo complementar do documento, há a indicação de que o recolhimento relaciona às Notas Fiscais nºs 3068066, 3068073, 3069757, 3072206, 3073373, 3074633, 3074687, 3074726, 3076307, 3076309, 3076711, 3077220, 3077382, 3080118, 3060870 e mais 3(três) notas constantes do relatório anexo.

Neste contexto, não vejo como atender tal pedido, pois não há como relacionar, à luz dos documentos apresentados pela defesa, que o débito lançado neste item da autuação apurado pelos documentos fiscais de saídas no período de 01/01/2016 a 31/01/2016, relacionam aos mesmos produtos que entraram no seu estabelecimento, através dos documentos fiscais indicados no DAE, que aduz ter recolhido indevidamente com Código de Receita 1145 (ICMS Antecipação Tributária - Anexo 01 – RICMS). Ademais, na situação em comento, há uma regra de transitoriedade do regime, disposto no art. 5º, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 16.517, de 29/12/15, que foi exercido pelo defendente, vez que não há, nos autos, qualquer informação do contrário.

Não sendo possível a compensação arguida, pelo sujeito passivo, do DAE constante da peça de defesa, à fl. 64 dos autos, no valor de R\$15.738,30, recolhido com o Código de Receita nº 1145 de forma equivocada, com o débito lançando neste item 3 do Auto de Infração, em tela, cabe, então, pelo defendente, a abertura de um processo de restituição de indébito, junto a Inspetoria de circunscrição do Contribuinte Autuado, nos termos do art. 73 e 74 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e suas alterações. É o que se recomenda, observando os aspetos intrínseco da decadência do crédito tributário.

Neste sentido, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da autuação, cujo o teor não foi em nenhum momento dos autos arguido pela defesa, vejo restar subsistente a infração 3.

A infração 4 diz respeito ao contribuinte ter recolhido a menor ICMS no valor de R\$3.575,21 em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos nas datas de

ocorrência de 31/01/2016, 31/03/2016 e 31/10/2017, conforme demonstrativo de fls. 22 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37, com enquadramento nos artigos 24 à 26, 32 e inciso II, do art. 34 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 215, 248, 255, 257 à 259, 263, 304 e 322, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo, diz que, tal autuação não prospera na medida em que as mercadorias apontadas, pela Fiscalização, entraram no estabelecimento sujeitas à substituição tributária (CFOP 6102) e quando saíram, para devolução de compra à fornecedora da impugnante também se sujeitavam à substituição tributária (CFOP 6411). É o que diz constatar com figura da NF na peça de defesa à fl. 66 dos autos.

Por sua vez, diz, também, que é importante observar o regular registro de saída, por devoluções, das mercadorias, conforme figura do registro de saídas na peça de defesa de fl. 67. Acrescenta que, após destacar duas figuras de nota fiscal, na peça de defesa de fls. 67 e 68, diz que o que se percebe é que as mercadorias apontadas pela Fiscalização jamais resultaram em recolhimento a menor do ICMS. Afinal, sujeitavam-se à substituição tributária quando do seu recebimento e quando de sua devolução, não havendo que se falar em qualquer omissão de tributo, pelo que se impõe o cancelamento da respectiva autuação.

O agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, após analisar as informações prestadas na defesa e conferir as notas fiscais, objeto da autuação, constatando que as mesmas deram entradas no período em que eram sujeitas à substituição tributária, acata o solicitado pela defendente. Pede que seja julgada improcedente a infração.

Neste contexto, não vendo nada que desabone a Informação Fiscal, vejo restar insubsistente a infração 4.

A infração 5 diz respeito a ter recolhido a menor ICMS no valor de R\$7.979,10, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 24/25, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Consigna, a defendente, que entendeu, a Fiscalização, que incorrera em equívoco ao aplicar a alíquota de 4% nas mercadorias apontadas, quando o correto, a seu ver, seria aplicação de alíquota de 12%. Contudo, tal entendimento, entende que se encontra equivocado quando se percebe que as mercadorias em questão são importadas.

Destaca o art. 1º, § 1º, inc. I da Resolução do Senado Federal nº 13/2012, bem como o art. 15, § 4º, da legislação do Estado da Bahia. Portanto, diz que, diante da clara estipulação, por parte do Senado Federal, da alíquota de ICMS de 4% para as operações interestaduais com bens importados do exterior, outro não pode ser o entendimento senão o cancelamento da autuação fiscal, em relação a infração 5.

O agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, após analisar as informações prestadas na defesa e conferir as notas fiscais, e por se tratar de mercadorias importadas, e considerando o que determina a Resolução Federal nº 13/2012 c/c § 4º, do art. 15 da Lei nº 7.014/96, acata o solicitado pela defendente. Pede que seja julgada improcedente a infração.

Neste contexto, não vendo nada que desabone a Informação Fiscal, vejo restar insubsistente a infração 5.

A infração 6 diz respeito a falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado nos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 26/27, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado ICMS no valor R\$18.641,67, com

enquadramento no art. 2º, inc. I; art. 23-B da Lei nº 7.014/96, c/c art. 83, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e art. 13, inc. I da Portaria nº 445/98 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Pontua, o Autuado, que tal absurda alegação não merece prosperar. Diz que é franquia de uma das maiores marcas esportivas do mundo, jamais realizou vendas a descoberto de notas fiscais, sendo certo que as imputações em discussão simplesmente não guardam qualquer relação lógica com a realidade.

Primeiramente observa que a fiscalização entendeu que teria omitido a venda de 33 sandálias (Código 618919106). Entretanto, diz que sequer recebeu esse número de produtos de sua fornecedora, mas tão somente 12, que foram recebidas através da NF-e nº 003498456.

Neste contexto, traz outros exemplos. Pontua que há que se perceber a absoluta ausência de fundamentação da autuação fiscal. Afinal, entendeu pela omissão de mercadorias em número maior do que de fato recebeu. O que se objetiva demonstrar é a absoluta impossibilidade de ocorrência da imputação feita pela fiscalização, que entendeu pela omissão de mercadorias em número maior do que a própria Impugnante recebeu de sua fornecedora! Significa dizer que a infração imputada à Impugnante é simplesmente impossível de ter ocorrido.

Desta feita, diz restar demonstrada a absoluta insubsistência do entendimento fiscal, impondo-se a anulação da absurda autuação imputada, diante da manifesta incerteza e iliquidez do lançamento, ainda que para tanto se faça necessário baixar os autos em diligência para a constatação do quanto acima alegado.

Em sede de Informação Fiscal, o Autuante, pontua que não procede a alegação da defendente, visto que ao analisar as mercadorias constantes nos levantamentos quantitativos de estoques deixou, o Contribuinte Autuado, de considerar os agrupamentos realizados, conforme previsto na Portaria nº 445/1998 no seu art. 3º, III, vigente à época dos fatos, conforme os termos a seguir:

“III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.”

Assim, diz que, estando os demonstrativos da lista de grupos presente no CD/Mídia entregue ao Contribuinte Autuado, com os seguintes nomes: *“Estoque 2016.02 – Lista de grupos de estoques”* e *“Estoque 2017.02 – Lista de grupos de estoques”*, pede que seja julgada procedente a infração 6.

Compulsando detidamente o CD/Mídia de fl. 37, vê-se, de fato, todos os demonstrativos decorrentes do Rotário de Auditoria de Levantamento Quantitativo de Estoque, dentre eles *“Estoque 2016.02 – Lista de grupos de estoques”*, onde se vê, por exemplo, o agrupamento do item *“bermudas”* sob o nº 64280701001. Neste agrupamento observa-se, na sua composição, vários itens de mercadorias comercializados com essa mesma nomenclatura, ou seja, *“bermudas”*, todavia codificado de forma diferente, conforme modelo, tamanho, cor, estampa, etc. Neste caso específico, vê-se que compõe o agrupamento os produtos COD-628984064 BERMUDA NIKE TECH FLEECE, COD-2898406401-BERMUDA NIKE TECH FLEECE D GR H/MD GRY/BLACK/(BLACK), COD-642807010-“BERMUDA 7”“ DISTANCE “, dentre vários outros produtos comercializados sob o título *“mãe”* de *“BERMUDAS”*.

Nesse mesmo sentido, vê-se o item *“shorts”* sob agrupamento de nº 834188065. Compõem o agrupamento deste item os produtos COD-619598475 SHORTS SQUAD STRIKE LGR WVN, COD-61959847501 S, HORTS SQUAD STRIKE LGR WVN DARK OBSIDIAN/FLSLVR/(M SILV), COD-642804011 “5”“ DISTANCE SHORT (SP15)”, dentre vários outros produtos comercializados sob o título *“mãe”* de *“SHORTS”*.

Neste contexto, observa-se das peças que compõe o Roteiro de Auditoria do Levantamento Quantitativo de Estoque o *“Demonstrativo: Omissão de Saída/Entrada - Lista Geral de Omissões”* tanto para o ano de 2016, quanto para o ano de 2017. Pois bem! Nele, têm-se as colunas *“Código Agrupamento”*, *“Descrição”*, *“Estoque Inicial”*, *“Entradas”*, *“Saídas”*, *“Estoque Final”*, *“Omissão*

de Saídas”, “Preço Médio” e “Valor Base de Cálculo ICMS”.

Tomando, por exemplo o agrupamento do produto “bermudas” sob o nº 64280701001, bem assim o de “shorts” sob o nº 834188065, do ano de 2016, temos:

Cód	Desc	EstInic	Entradas	Saídas	EstFin	QtdOmis	PMedio	BCalICMS
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	7=3+4-5-6	(8)	9=7 x 8
64280701301	BERMUDAS	21	827	583	264	1	161,66	161,66
728675060	SHORTS	744	3.160	3.192	704	8	174,95	1.399,60

Isto posto, caberia, o sujeito passivo, ao manifestar às fls. 178/201 em relação à Informação Fiscal de fls. 166/172 dos autos, quanto a este item 6 do Auto de Infração, em tela, trazer aos autos, através de demonstrativos/planilhas, contraposição aos números destacados nos relatórios que compõe o Roteiro de Auditoria do Levantamento Quantitativo de Estoque, constantes do CD/Mídia de fl. 37, entregues na forma do expediente à fl. 40 dos autos, o que não o fez.

Aliás, sem agregar qualquer fato novo ao seu argumento de defesa na exordial, senão a forma de redação em alguns momentos da sua peça de manifestação de defesa de fls. 178/201 dos autos, diz, ao final, que resta demonstrada a absoluta insubsistência do entendimento fiscal, impondo-se a anulação da absurda autuação imputada, diante da manifesta incerteza e iliquidez do lançamento, ainda que para tanto se faça necessário baixar os autos em diligência para contestação do quanto alegado.

Sobre baixar os autos em diligência, de imediato, com fulcro no art. 147, inciso II, do RPAF/BA, indefiro o pedido de realização de diligência fiscal por considerar que se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários a formação do meu convencimento na condição de julgador.

Ainda, em relação à peça de defesa de 44/79, em relação a infração 6, o que replica na sua manifestação de fls. 178/201, diz que o item de produto “sandálias” de Código sob o nº 618919106, pontua que o Agente Fiscal Autuante entendeu que teria omitido venda de 33 sandálias, quando sequer teria recebido esse número de produtos de sua fornecedora, mas tão somente 12 unidades, que foram recebidas através da NF-e nº003498456.

Pois bem! Compulsando o demonstrativo “Estoque 2016.02 – Lista de Notas Fiscais de Entradas”, não é o que se observa dos itens constantes do demonstrativo. Vê-se no quadro abaixo algumas das movimentações de entrada no ano de 2016:

Produto	Num Doc	Data	Item	Unid	Qtd
312618006 SANDALIA BENASSI SWOOSH	3422577	08/11/2016	001	PR	12
312618006 SANDALIA BENASSI SWOOSH	3468519	06/12/2016	001	PR	12
312618011 SANDALIA BENASSI SWOOSH	3422577	08/11/2016	002	PR	11
312618011 SANDALIA BENASSI SWOOSH	3468519	06/12/2016	002	PR	11
312618019 SANDALIA BENASSI SWOOSH	3422577	08/11/2016	001	PR	12
312618019 SANDALIA BENASSI SWOOSH	3468519	06/12/2016	001	PR	12
312618610 SANDALIA BENASSI SWOOSH	3422577	08/11/2016	001	PR	12
312618610 SANDALIA BENASSI SWOOSH	3468519	06/12/2016	001	PR	12
343880001 SANDALIA BENASSI JDI	3269567	21/07/2016	001	PR	12
343880001 SANDALIA BENASSI JDI	3288751	01/08/2016	001	PR	12
343880001 SANDALIA BENASSI JDI	3503409	31/12/2016	001	PR	12
34388000101 SANDALIA BENASSI JDI BLACK/BLACKBLACK	12086	31/07/2016	001	PR	1
34388000101 SANDALIA BENASSI JDI BLACK/BLACKBLACK	12130	30/08/2016	001	PR	1
34388000101 SANDALIA BENASSI JDI BLACK/BLACKBLACK	12140	14/08/2016	001	PR	1
Total de Entrada levantadas até aqui					133

Somente em relação aos itens acima relacionado, extraído do demonstrativo “Estoque 2016.02 – Lista de Notas Fiscais de Entradas”, um dos demonstrativos do Roteiro de Auditoria do Levantamento Quantitativo de Estoque, constantes do CD/Mídia de fl. 37, que dão fundamentação ao lançamento fiscal deste item 6 do Auto de Infração, em tela, vê-se um total de entrada do

produto “sandálias” da ordem de 133 unidades, em que se chegará a quantidade de 366 unidades de entradas no ano de 2016, que são as unidades apontadas no “*Demonstrativo: Omissão de saída/entrada apurada mediante levantamento quantitativo de estoques - Lista geral de omissões*”, bem diferente das quantidades arguidas pelo defendente, que são de apenas 12 unidades de entradas.

Neste contexto, não vendo nada que desabone os demonstrativos que dão azo a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante Levantamento Quantitativo de Estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado nos anos de 2016 e 2017, manifesto pela subsistência da infração 6.

A infração 8 diz respeito a cobrança de multa percentual de 60% sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente nas datas de ocorrência 30/06/2016, 31/08/2016, 30/09/2016, 31/10/2017, 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fls. 30/31, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado multa no valor R\$1.208,92, com enquadramento no 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.

Seja na peça de defesa de fls. 44/79, ou seja, na sua manifestação de fls. 178/201, o sujeito passivo traz o argumento de consequência lógica da insubsistência do item 6 do Auto de Infração, em tela, que acabaria por refletir, também, na deste item 8 da autuação, onde, à luz do seu entendimento, diz que a fiscalização, em razão das supostas omissões de venda do item 6, entendeu pela ausência também da falta de pagamento da antecipação parcial correspondente a essas vendas.

Neste aspecto, por entender que, não havendo omissão de vendas no item 6 do Auto de Infração, em tela, não há que se falar na omissão de recolhimento da antecipação do imposto, pelo que diz que se impõe o afastamento também deste item 8 desta autuação.

Em sede de informação, o agente Fiscal Autuante, esclarece que esta infração não tem relação a infração 6, visto que a aplicação da multa está devidamente enquadrada no art. 12-A da Lei 7.014/96. Trata-se especificamente de antecipação parcial, que não tem sua tributação encerrada, não sendo comparável com a infração 6, que é sobre omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Solicita, assim, que seja julgada procedente a infração 8.

Vê-se tratar a infração 8 de cobrança de multa percentual de 60% sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, nos termos do artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente nas datas de ocorrência 30/06/2016, 31/08/2016, 30/09/2016, 31/10/2017, 30/11/2017 e 31/12/2017, conforme demonstrativo de fls. 30/31, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37.

Compulsando detidamente o demonstrativo “*Antecipação Parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida - Lista de notas fiscais/itens*”, seja do ano de 2016, quanto do ano de 2017, vê-se que se trata de operações entradas no estabelecimento da defendente, com o CFOP 6102, oriundas de outra unidade da Federação, no caso em tela, do Estado de São Paulo, com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, o que não se pode fazer qualquer ilação de relacionamento com o levantamento de omissões apurada na infração 6, como assim argui o sujeito passivo na sua peça de defesa, vez que a infração 6 diz respeito a presunção de omissão de saída sem registro na escrita fiscal, aqui, na imputação da infração 8, diz respeito a operações de entradas, por aquisições de fora do Estado, registradas na escrita fiscal, sem que se tenha efetuado o recolhimento do ICMS Antecipação Parcial nos termos do artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, à época dos fatos geradores.

Mesmo que se faça o relacionamento da infração 8, com a infração 6, que se trata de

Levantamento Quantitativo de Estoque e neste roteiro de auditoria, envolve os registros de aquisições por notas fiscais, há de se destacar que, na infração 8, não se está cobrando ICMS, como se está cobrando na infração 6, aqui, na infração 8, está se cobrando multa percentual de 60% sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, nos termos do artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, referente às aquisições de mercadorias entradas no estabelecimento, oriundas de outra unidade da Federação, no caso em tela, do Estado de São Paulo, com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, que podem terem sido consideradas ou não no levantamento fiscal da infração 6.

Estando, então, devidamente identificadas as operações de entradas no estabelecimento da defendente, oriundas de outra unidade da Federação, no caso em tela, do Estado de São Paulo, com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, em que o defendente deixou de efetuar a antecipação do imposto (ICMS) nos termos do artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, à época dos fatos geradores, vejo restar assertivo a imputação da multa de percentual de 60% sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial na forma tipificada no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, do mesmo diploma legal. Infração 8 subsistente.

A infração 9 diz respeito a entrada no estabelecimento de mercadoria(s) bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de setembro de 2016 e janeiro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 32/33, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado Multa no valor de R\$94,34, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, tipificada no artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96.

Em sede defesa, registra, o sujeito passivo, que os diminutos valores exigidos de multa, na autuação, por falta de registro de notas fiscais na escrita fiscal, não refletem, na realidade, entradas sem registro fiscal. Na verdade, as notas fiscais apontadas pela Fiscalização são:

(1) NF-e: 3.074.907: Diz que, como se observa da figura posta na defesa de fl. 70 dos autos, a mencionada nota fiscal reflete o complemento de ICMS devido, e não a efetiva entrada de mercadoria. Ainda assim, destaca que tal nota fiscal sequer foi recebida pela impugnante, conforme se observa de e-mails trocados à época dos fatos, conforme destaque na peça de defesa à fl. 71 dos autos.

Diz que foi informado que a nota fiscal, por ter sido duas vezes recusada, teve seu retorno automático, concluindo-se pela respectiva baixa.

(2) Por sua vez, diz que a Nota Fiscal nº 003541598 jamais foi recebida pela Impugnante uma vez que a mercadoria em questão foi extraviada (furto/roubo), conforme informação prestada pelo próprio fornecedor das mercadorias na forma do destaque na peça de defesa de fl. 73.

Do exposto, percebendo-se que as mencionadas notas fiscais jamais acobertaram entrada de mercadoria sem escrituração fiscal devida, e em respeito ao princípio da verdade material, outro não pode ser o entendimento, diz o sujeito passivo, senão o cancelamento da autuação fiscal em relação ao item 9 do Auto de Infração, em tela.

O agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, após analisar as informações prestadas na defesa e conferir as notas fiscais, acata o solicitado pela defendente. Solicita, assim, que seja julgada improcedente.

Neste contexto, não vendo nada que desabone a Informação Fiscal, vejo restar insubsistente a infração 9.

A infração 10 diz respeito a ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de fevereiro, março, maio, junho, julho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2016, e janeiro, março, abril, maio, junho, setembro, outubro e novembro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 34/35, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 37. Lançado Multa no valor de R\$305,79, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, tipificada no artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96.

Em sede defesa não se observa qualquer manifestação do sujeito passivo de que não houvera

cometido a infração. Vê-se, apenas, o destaque, na peça de defesa, de que, consoante se verifica do item 10 da autuação, foi autuada pois teria deixado de registrar notas fiscais relativas à entrada de mercadorias correspondente a operações não tributadas. Em razão disto, a Fiscalização aplicou multa formal de 1% sobre o valor das operações representadas pelas notas fiscais elencadas.

Registra que tal autuação se mostra absolutamente despropositada e desproporcional. Pontua que, em um universo de centenas de documentos fiscais, é absolutamente natural e escusável, diante da falibilidade humana, que alguns documentos possam não ter sido escriturados. Entretanto, nestes casos, o que importa observar é se tal ausência de registro do documento fiscal causou algum prejuízo ao Erário Público.

Diz que é fato que no caso concreto a conduta apontada, no item 10 do AIIM, não gerou qualquer prejuízo aos cofres públicos. Tanto que sequer houve lançamento de imposto decorrente da entrada das referidas notas fiscais, mas somente imposição de multa formal.

Assim, após trazer outros argumentos, diz que, diante da óbvia ausência de dolo, e nos termos do art. 158 do Decreto nº 7.629/1999, requer-se a relevação da multa imposta no item 10 da presente atuação.

Neste contexto, não há qualquer elemento ou qualquer arguição nos autos de falta de cometimento da infração 10 imputada, apenas a irresignação do Contribuinte Atuado de afirmar que se tratam de ausência de registro de notas fiscais relacionadas às entradas de mercadorias correspondente a operações não tributada, em que se mostram absolutamente despropositada e desproporcional, onde, em um universo de centenas de documentos fiscais, é absolutamente natural e escusável, diante da falibilidade humana, que alguns documentos possam não ter sido escriturados, porém, ao seu entender, não gerou qualquer prejuízo aos cofres públicos.

Fato é, à luz do disposto no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre o ICMS no Estado da Bahia, não importa a natureza da operação, em se tratando de documento fiscal o contribuinte tem obrigação legal de registrar na sua escrita fiscal competente.

Assim não procedendo, será aplicada a multa de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, como procedeu assertivamente o agente Fiscal Autuante no cumprimento dos seus deveres funcionais em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Logo não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da autuação, em que o agente Fiscal Autuante agiu nos exatos termos da legislação; e, estando à exigência da multa corretamente capitulada no dispositivo do art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96, resta subsistente a infração 10.

Em relação à alegação de inconstitucionalidade das multas aplicadas, dado as suas abusividade capituladas em 100% e 60% do valor do imposto devido, observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico das infrações cometidas, objeto em análise, art. 42, inciso II, alíneas “a” e “d”; e inciso III, da Lei nº 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Quanto ao pedido de redução das multas impostas no patamar de 20% (vinte por cento) sobre eventual valor residual do lançamento fiscal, ora em análise, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação acessória ou principal, ao teor dos §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que foram revogados através da Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19 e pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12, respectivamente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em tela, na forma destacada

no demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO	VALOR HISTÓRICO	VALOR JULGADO	OBSERVAÇÃO
INFRAÇÃO 01 -01.02.06	46,22	0,00	IMPROCEDENTE
INFRAÇÃO 02 -01.02.40	137,12	0,00	IMPROCEDENTE
INFRAÇÃO 03 -02.01.03	34.593,41	34.593,41	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 04 -03.01.04	3.575,21	0,00	IMPROCEDENTE
INFRAÇÃO 05 -03.02.02	7.979,10	0,00	IMPROCEDENTE
INFRAÇÃO 06 -04.05.02	18.641,67	18.641,67	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 07 -06.05.01	843,26	843,26	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 08 -07.15.05	1.208,92	1.208,92	PROCEDENTE
INFRAÇÃO 09 -16.01.01	94,34	0,00	IMPROCEDENTE
INFRAÇÃO 10 -16.01.02	305,79	305,79	PROCEDENTE
TOTAL	67.425,04	55.593,05	

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 **298950.0003/18-1**, lavrado contra **POLISPORTS COMÉRCIO DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$54.078,34**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$35.436,67 e de 100% sobre o valor de R\$18.641,67, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$305,79**, e de multa pecuniária no valor de **R\$1.208,92**, previstas nos incisos XI, e II, “d” da citada Lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA