

A. I. Nº - 020747.0616/16-4
AUTUADO - ANIXTER DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - MARIA HELENA DA SILVA RIBEIRO
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19/10/2021

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0153-01/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado elide parcialmente a autuação. Diligência solicitada por esta JJF em face às alegações defensivas, cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito, trouxe como resultado o acolhimento de parte das alegações defensivas, o que implicou na redução do valor do débito originalmente exigido neste item da autuação. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O VALOR DO IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Auditor Fiscal estranho ao feito na informação fiscal, acatou acertadamente a alegação defensiva de descaber a exigência fiscal no tocante às notas fiscais com CFOPs 2554, 2993, 2202 e 2949, haja vista que referentes a retorno, devolução de venda, etc., que não exigem o pagamento do imposto por antecipação tributária, conforme a autuação. Infração parcialmente procedente. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Autuado elide a autuação, ao comprovar que descabe a exigência fiscal, em face do que dispõe o art. 15, III, "b", 1 da Lei nº. 7.014/96, tendo o Auditor Fiscal estranho ao feito, de forma escorreita, acatado a alegação defensiva e se pronunciado pela improcedência deste item da autuação. Infração insubstancial. 4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REALIZADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Independentemente de se tratar de material de uso e consumo - conforme sustentado pelo impugnante - ou, se tratar de mercadoria para revenda - conforme sustentado pelo Auditor Fiscal estranho ao feito - a operação deveria ter sido tributada, haja vista a inexistência de regra isencial ou de não-incidência que pudesse amparar a não tributação praticada pelo autuado. Infração subsistente. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/05/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$157.407,24, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. 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 entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$103.973,64, acrescido da multa de 100%;

2. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro, março, junho, setembro a novembro de 2013, no valor de R\$50.290,57;

3. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de maio a julho e novembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.543,22, acrescido da multa de 60%;

4. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de setembro de 2013, sendo exigido imposto no valor de R\$1.599,81, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 97 a 128). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Argui a nulidade do Auto de Infração por vícios formais.

Alega que da análise do documento denominado “Auto de Infração / Termo de Encerramento” recebido pelo representante da empresa em 01/07/2016, constata-se que constam os seguintes “dados da lavratura”:

Dados da Lavratura:

Data:	31/05/2016	Hora:	12:07	Local:	INFAZ ATACADO
O.S.:	503473/16			Período Fiscalizado:	11/06/2012 a 31/12/2013

Salienta que conforme se verifica, a lavratura do Auto de Infração ocorreu no dia 31/05/2016, porém antes do término do procedimento de fiscalização, o que se mostra, no mínimo, incompreensível. Acrescenta que após a data de 31/05/2016 houve solicitação de documentos por parte da autuante à impugnante, o que demonstra que a lavratura é totalmente desamparada de embasamento. Diz que lhe parece a autuação foi lavrada sem a devida análise da documentação pertinente, o que restará comprovado pelas provas que serão carreadas.

Observa que muito embora o processo administrativo caracterize-se pela sua menor formalidade, em comparação aos processos que tramitam perante o Poder Judiciário, há de se manter a mínima regularidade na prática dos atos, a fim de que, inclusive, se garanta a observância do princípio da segurança jurídica, evitando-se surpresas aos contribuintes.

Afirma que as imputações constantes do Auto de Infração, pela descrição e fundamentação fática e legal, por si só, demonstram que, de fato, não houve efetiva fiscalização, no sentido de que a análise da documentação ou não ocorreu, ou, se ocorreu, o fora de maneira totalmente deficiente. Acrescenta que as infrações apontadas podem ser desconstruídas sem muito esforço, uma vez que completamente destituídas de plausibilidade. Neste sentido, invoca e reproduz o artigo 28 do Regulamento de Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Frisa que apenas no intuito de exemplificar, têm-se a seguinte sequência de atos:

Data do ato	Descrição do ato	DOC.
31/05/2016	Às 12h07m – “lavratura” do auto de infração / termo de encerramento, sem assinatura da autuada e em data anterior à própria intimação para apresentação de documentos.	2
31/05/2016	Às 14h03m – e-mail da Sefaz encaminhando “Intimação para Apresentação de Livros e Documentos”	3

01/06/2016	Às 15h09m – e-mail da Sefaz informando que a intimação referida acima foi encaminhada por meio do DTE	3
01/06/2016	Às 15h33m – e-mail da autuada e resposta à solicitação de documentos, com alguns esclarecimentos.	3
03/06/2016	Às 07h10m – e-mail da Sefaz solicitando esclarecimentos.	3
06/06/2016	Às 17h03m – e-mail autuada em resposta à solicitação de esclarecimentos.	3
07/06/2016	Às 09h45m – e-mail autuada encaminhando inventário de 2013.	3
07/06/2016	Ciência da autuada pelo DTE da intimação para apresentação de documentos.	3

Diz que se verifica que o procedimento fiscalizatório baseou-se em troca de e-mails, sendo que sequer Termo de Início de Fiscalização fora lavrado e apresentado à empresa. Indaga que ainda que se diga que o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos possa substituí-lo, como este poderia ter sido emitido em data posterior à suposta “lavratura”.

Alega que o primeiro e-mail de solicitação de documentos foi encaminhado em 01/06/2016, sendo que, após solicitação de representante da empresa a referida intimação foi encaminhada à caixa postal relativa ao Domicílio Tributário Eletrônico – DTE.

Assevera que resta nítido que não houve simetria nos atos praticados pela autuante, havendo contradição cronológica e também é possível afirmar que não houve exame acurado dos documentos disponibilizados. Acrescenta que a insegurança e incerteza quanto à análise dos documentos apresentados são cristalinas.

Aduz que ao ser cientificado do Auto de Infração, em 01/07/2016, constatou que no corpo do Auto de Infração estava consignada a data 31/05/2016, ou seja, data anterior ao próprio início dos atos de fiscalização, não havendo como se lavrar um Auto de Infração antes da própria fiscalização.

Salienta que em se tratando de falta de simetria um outro ponto que merece ser ressaltado é que foram realizadas duas intimações para apresentação de documentos, uma física e outra por meio do DTE, após, aliás, solicitação da empresa.

Alega que se há obrigatoriedade de cadastramento da empresa no sistema oficial eletrônico, é por meio dele que os atos devem ser praticados. Indaga que se acatando a solicitação da empresa, a autoridade fiscal encaminhou a intimação pelo DTE, porque se absteve de tal conduta no tocante ao próprio Auto de Infração.

Invoca e reproduz o artigo 30 do RPAF/BA/99, para afirmar que se há previsão de emissão do Auto de Infração por meio do DTE não deve ser aceita outra forma, sob pena de desconsideração da própria letra da lei.

Diz que a incerteza é algo que não cabe no processo administrativo fiscal, especialmente pelo fato de que é pautado pelos princípios atinentes à Administração Pública, contidos no artigo 37 da Constituição Federal, no caso legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, assim como pela garantia constitucional prevista no artigo 5º, LV, mediante a qual assegura-se a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa.

Frisa que o fato é que não basta assegurar formalmente a possibilidade de apresentação de defesa quando é a etapa anterior que se encontra viciada. Diz que se há defesa plausível para as imputações trazidas no bojo do Auto de Infração, é possível concluir que se o questionamento e a análise dos documentos tivessem sido realizados no momento oportuno nem autuação haveria.

Afirma que é incontestável que sofreu prejuízos em razão da incorreção do procedimento fiscalizatório, tanto é verdade que precisou se valer de profissionais habilitados a lhe promover a competente defesa.

Conclusivamente, diz que o procedimento fiscal, no caso, mostra-se confuso e levado a efeito sem o devido respeito aos princípios da legalidade, publicidade e não surpresa, de modo que não

merece prevalecer, sendo que, havendo incerteza e insegurança é de rigor a nulidade da autuação, sob pena de se estar subvertendo o ordenamento pátrio vigente.

No mérito, sustenta que improcede na integralidade a autuação, uma vez que abarca crédito tributário indevido.

Assinala que para que se torne lógica a exposição dos argumentos defendidos, abordará separadamente cada uma das infrações imputadas.

No que tange à infração 1, consigna que de acordo com o demonstrativo “Auditoria de Estoques – Exercício Fechado – Demonstrativo de cálculo da omissões de mercadorias” apresentado pela autuante (doc. 5), consta que no período compreendido entre 01/01/2013 a 31/12/2013 foram indicadas 92 operações em que, supostamente, teria havido omissão de saídas e, consequentemente, a falta de recolhimento do ICMS incidente.

Registra que no intuito de comprovar a incorreção da lavratura, selecionou 5 casos, por amostragem, de modo que restará inconteste a deficiência das verificações levadas a efeito e a improcedência das imputações realizadas.

Assevera que o fato relevante que não foi verificado pela autuante é que as saídas de mercadorias apontadas como omissões são decorrentes de remessa para armazenagem, operação esta acobertada pela não incidência do ICMS, nos termos do artigo 3º da Lei nº 7.014/96, cujo teor reproduz.

Observa que há hipóteses legais de não incidência previstas pela Bahia, de modo que bastaria à autuante ter verificado as notas fiscais que ampararam a movimentação da mercadoria, no inútil de comprovar o que alega.

Salienta que apresenta detalhamento de cinco casos escolhidos por amostragem, a fim de comprovar a total incorreção da autuação.

• Item BZ-349266 – omissão apontada: 1 item

Diz que de acordo com o relatório de movimentação do estoque combinado com as notas fiscais correspondentes (doc. 6), identificou os seguintes eventos:

- 1) 16/01/2013 – NF 50528 – A Anixter/BA recebeu 1 item do produto mencionado em transferência oriunda da Anixter/SP.
- 2) 24/01/2013 – NF 00009 – Anixter/BA enviou o item para armazenagem.
- 3) 21/01/2014 – NF 2875 – retorno simbólico de 01 unidade do produto do armazém para Anixter/BA.
- 4) 24/03/2014 – NF 0285 - transferência de 01 unidade do produto de Anixter/BA para Anixter/SP.

Afirma que diante do quadro acima, não há configuração de qualquer omissão de saída, sendo que as operações descritas e constatadas pela autuante estão embasadas na legislação vigente, inexistindo qualquer irregularidade.

• Item BZ-361838 – omissão apontada: 1 item

Observa que de acordo com o relatório de movimentação do estoque combinado com as notas fiscais correspondentes (doc. 7), identificou os seguintes eventos:

- 1) 16/01/2013 – NF 50528 – A Anixter/BA recebeu 1 item do produto mencionado em transferência oriunda da Anixter/SP.
- 2) 24/01/2013 – NF 00009 – Anixter/BA enviou o item para armazenagem.
- 3) 21/01/2014 – NF 2875 – retorno simbólico de 01 unidade do produto do armazém para Anixter/BA.
- 4) 24/03/2014 – NF 0285 - transferência de 01 unidade do produto de Anixter/BA para Anixter/SP.

• Item BZ-265696 – omissão apontada: 5 itens

Diz que de acordo com o relatório de movimentação do estoque combinado com as notas fiscais correspondentes (doc. 8), identificou os seguintes eventos:

- 1) 16/01/2013 – NF 50528 – A Anixter/BA recebeu 5 itens do produto mencionado em transferência oriunda da Anixter/SP.
- 2) 24/01/2013 – NF 00009 – Anixter/BA enviou os itens para armazenagem.
- 3) 16/10/2014 – NF 2873 – retorno simbólico de 05 unidades do produto do armazém para Anixter/BA.
- 4) 16/10/2014 – NF 0322 - transferência das 05 unidades do produto de Anixter/BA para Anixter/SP.

• Item BZ-265697 – omissão apontada: 20 itens

Consigna que em conformidade com o relatório de movimentação do estoque combinado com as notas fiscais correspondentes (doc. 9), identificou os seguintes eventos:

- 1) 16/01/2013 – NF 50528 – A Anixter/BA recebeu 20 itens do produto mencionado em transferência oriunda da Anixter/SP.
- 2) 24/01/2013 – NF 00009 – Anixter/BA enviou os itens para armazenagem.
- 3) 16/10/2014 – NF 2873 – retorno simbólico de 20 unidades do produto do armazém para Anixter/BA.
- 4) 16/10/2014 – NF 0322 - transferência das 20 unidades do produto de Anixter/BA para Anixter/SP.

• Item 197604 – omissão apontada: 350 itens

Aduz que de acordo com o relatório de movimentação do estoque combinado com as notas fiscais correspondentes (doc. 10), identificou os seguintes eventos:

- 1) 16/01/2013 – NF 50528 – A Anixter/BA recebeu 400 itens do produto mencionado em transferência oriunda da Anixter/SP.
- 2) 24/01/2013 – NF 00009 – Anixter/BA enviou os 400 itens para armazenagem.
- 3) 21/03/2013 – NF 2122 – retorno simbólico de 50 unidades do produto do armazém para Anixter/BA.
- 4) 21/03/2013 – NF 0026 – venda de 50 unidades do produto pela Anixter/BA.
- 5) 13/01/2014 – NF 2871 - retorno simbólico de 350 unidades do produto do armazém para Anixter/BA.
- 6) 16/10/2014 – NF 0322 - transferência das 350 unidades do produto de Anixter/BA para Anixter/SP.

Assevera que o relato e a documentação carreada comprovam que inexiste qualquer omissão ou irregularidade no procedimento adotado e, mais uma vez se comprova que a autuação decorreu de puro equívoco ou de análise deficiente da documentação que lhe fora colocada à disposição.

Diz que resta inconteste, neste último caso, por exemplo, que a empresa recebeu inicialmente 400 itens do produto 197604, sendo que a totalidade fora regularmente remetida ao armazém. Acrescenta que o fato é que após a remessa ao armazém, o retorno da mercadoria só ocorre caso haja destinação da mesma, caso haja venda a ser concretizada, por exemplo. Diz que isto não ocorrendo, ou, até que isto aconteça, os itens são mantidos no armazém.

Salienta que o caso apontado é ilustrativo nesse sentido, uma vez que o armazém que recebera os 400 itens em 24/01/2013, conforme NF 00009, promoveu dois retornos: um de 50 e outro de 350 itens.

Aduz que conforme comprova a Nota Fiscal nº 0026 justifica-se o retorno dos 50 itens do armazém, uma vez que a empresa realizara a venda no mercado interno das tais mercadorias. No tocante ao restante, 350 itens, cuja omissão é apontada pela autuante, diz que permaneceu armazenado, sendo que somente em 2014 houve nova movimentação, no sentido de que a totalidade armazenada retornou à empresa e, em seguida, foi remetida ao estabelecimento de

Indaiatuba/SP.

Alega que inexiste qualquer irregularidade no procedimento adotado pela empresa, sendo que os casos eleitos por amostragem comprovam e confirmam, inequivocamente, que a autuação é integralmente nula por nitidamente não ter havido a devida consulta aos documentos fiscais pertinentes.

Diz que é nítido que se a autuante tivesse realizado a verificação da forma como explanado acima, imputação alguma subsistiria.

Salienta que o intuito da demonstração por amostragem é provar que a metodologia adotada mostrou-se falha, bem como que a verificação dos documentos não foi realizada de modo integral. Ressalta que é inequívoco que não há elementos trazidos pela autuante que determinem com segurança o cometimento da infração imputada, tanto é verdade que a análise trazida acima é capaz de infirmar integralmente os critérios eleitos configuradores das imputações.

Conclusivamente, diz que provando que não há segurança na análise realizada pela autuante, uma vez que a desconstrução das infrações é de fácil demonstração, é de rigor a decretação da nulidade do Auto de Infração.

No que concerne à infração 2, sustenta que a autuação também se mostra equivocada.

Observa que em conformidade com o demonstrativo que embasou à autuação no período compreendido entre 11/01/13 e 19/11/13 foram identificados 56 eventos, em razão dos quais, segundo se afirma, deveria ter a empresa recolhido o ICMS, segundo o regime de antecipação parcial.

Diz que da mesma forma como procedeu na infração 1, demonstra, por amostragem, que não caberia sequer falar em aplicação da antecipação parcial, quiçá da multa. Acrescenta que para tanto, se pautará para a indicação das razões de defesa nos números das notas fiscais indicadas pela autuante no demonstrativo acostado.

NF	Natureza da operação	DOC.
1584	Remessa de bem de ativo imobilizado para uso fora	12
186647	Remessa por conta e ordem de terceiro	13
3200158	Remessa por conta e ordem de terceiro	14
315	Devolução de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros	15
1544	Remessa de bens para locação	16
1545	Remessa de bens para locação	17
1546	Remessa de bens para locação	18

Menciona e reproduz o artigo 12-A da Lei nº. 7.014/96 dizendo que este dispõe sobre a antecipação parcial do ICMS, assim como, o artigo 23, III, do mesmo diploma legal.

Observa que da documentação carreada é possível aferir que não há nas operações apontadas pela autuante ato de aquisição de mercadoria, de modo que não se comprehende a razão pela qual tais eventos foram apontados na autuação. Acrescenta que tomando por base os documentos fiscais apontados pela fiscalização, sequer haveria possibilidade de se cumprir os requisitos previstos para a realização da antecipação parcial.

Frisa que como é de conhecimento, a tal sistemática consiste na antecipação de parte do imposto, que não encerra a fase de tributação de mercadoria e será calculado aplicando-se a alíquota interna sobre o valor da operação constante documento fiscal de aquisição, excluindo-se do valor obtido o crédito fiscal destacado.

Aduz que o fato é que a sistemática da antecipação parcial está relacionada às aquisições interestaduais de mercadorias que são destinadas à revenda, de modo que se deflagra a necessidade de sua aplicação quando há entrada interestadual de mercadorias para comercialização.

Diz que pelas conclusões apontadas pela autuante é possível dizer que para a realização do lançamento simplesmente se tomou por base não as específicas operações realizadas, representadas pelas notas fiscais anteriormente apontadas, mas sim o quadro geral de operações realizadas pela empresa.

Admite que há operações em que a empresa recebe mercadorias do estabelecimento de São Paulo, as quais são destinadas à comercialização, contudo, os casos apontados na autuação são totalmente distintos.

Ressalta que a própria Secretaria da Fazenda em seu portal, seção de perguntas e respostas sobre antecipação parcial, conforme transcrição que apresenta.

Afirma que é expressa a orientação de que não há que se falar em antecipação parcial nos casos de mercadorias não destinadas à comercialização.

Reitera que as operações abrangidas pelas notas fiscais arroladas na autuação não representam a hipótese legal de aplicação da sistemática, sendo a imputação do modo como construída improcedente.

Assinala que conforme se constata do demonstrativo que embasa a autuação, as operações foram classificadas nos seguintes CFOPs:

- CFOP 2554 - Retorno de bem do ativo immobilizado remetido para uso fora do estabelecimento
- CFOP 2923 - Entrada de mercadoria recebida do vendedor remetente, em venda à ordem
- CFOP 2202 - Devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros
- CFOP 2949 - Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificado

Menciona que um exemplo prático que pode ser hábil a ilustrar o alegado é no tocante às Notas Fiscais nºs. 1544, 1545 e 1546 (doc. 16/18), pois se trata de remessa de bem para locação, o que pelo próprio nome, já denota a inexistência de transferência de titularidade do produto, comercialização. Acrescenta que conforme comprova a Nota Fiscal nº. 0005 (doc. 18.1) em 18/01/2013 houve o retorno da mercadoria à empresa Atlantis, emitente das Notas Fiscais nºs. 1544, 1545 e 1546.

Conclusivamente, diz que resta desse modo, inequívoca a incorreção da autuação nos moldes em que fora desenhada.

No respeitante à infração 3, consigna que de acordo com a descrição da infração, teria recolhido ICMS a menos por aplicação de alíquota de 4%, quando na verdade deveria ter aplicado 12%, uma vez que dizem respeito as operações de saídas interestaduais de mercadorias importadas com conteúdo de importação inferior a 40%. Diz que nos termos da Lei nº 7.014/96 têm-se o comando normativo acerca da aplicação da alíquota de 4% no seu art. 15, II, III, "b", 1 e 2, cuja redação reproduz.

Sustenta que a autuação se mostra incorreta, haja vista que a autuante não observou que nos casos concretos analisados, pouco importa esse parâmetro, uma vez que inaplicável.

Salienta que conforme se constata do Código de Situação Tributária – CST indicado nas notas fiscais indicadas (docs. 20/24) as operações envolvem:

CST 100 – mercadoria estrangeira importada diretamente, que tenha similar nacional.

CST 200 – mercadoria estrangeira adquirida no mercado interno, que tenha similar nacional.

Observa que nos casos apontados pela autuante para a conformação do montante supostamente devido, não se há de falar em análise de conteúdo de importação, uma vez que este somente deve ser levado em consideração quando há industrialização.

Diz que a aplicação da alíquota de 4% nos casos relacionados se justifica pelo simples fato de ter havido uma operação interestadual envolvendo mercadorias importadas. Registra que esse é o teor da Resolução nº 13 de 2012 expedida pelo Senado Federal, cuja redação transcreve.

Assinala que a própria seção de perguntas e respostas do portal da Secretaria da Fazenda da Bahia assim orienta acerca do assunto, conforme transcrição que apresenta.

Consigna que essa correlação não foi feita pela autuante, haja vista que caso assim tivesse procedido sequer teria lavrado o presente Auto de Infração.

Diz que mais uma vez se comprova que a fiscalização se mostrou viciada, de modo que não merece prevalecer a exigência imposta.

Acrescenta que a impossibilidade de industrialização seria de fácil constatação pela autuante, caso tivesse, por exemplo, analisado o CNAE da empresa (doc. 25), o qual prevê que a mesma exerce basicamente a atividade de comércio atacadista.

Conclusivamente, diz que dessa forma, não resta qualquer dúvida acerca da improcedência da autuação, que merece ser anulada integralmente.

Relativamente à infração 4, consigna que nos termos do demonstrativo produzido pela fiscalização para embasar a exigência fiscal (doc. 26) foi apontada irregularidade na operação relacionada à Nota Fiscal nº. 144, por ter sido tratada erroneamente como não tributável, sendo que deveria ter incidido a alíquota de 4% sobre o valor total da nota, motivo pelo qual foi imposta multa de 60% sobre o montante devido.

Observa que conforme se constata pela referida nota fiscal (doc. 27), trata-se do envio de 80 itens do produto descrito como “700479454DECT 3740 HANDSET”, valor total dos produtos R\$39.995,13.

Afirma que não merece prevalecer a imputação, haja vista que a operação em questão consistiu em transferência de material para uso e consumo da Anixter/BA para Anixter/SP. Acrescenta que o CST contido na Nota Fiscal nº. 641 indica que se trata de mercadoria importada, porém que se trata de operação não tributada, não se justificando a aplicação da alíquota de 4%.

Alega que não se pode dar às transferências de produtos para uso e consumo do estabelecimento da filial para a matriz o mesmo tratamento que se dá à compra feita por estabelecimento situado na Bahia, de produto para compor ativo fixo. Diz que neste último caso tem-se verdadeira aquisição que se amolda às previsões constantes do artigo 2º da Lei nº 7.014/96.

Observa que a saída dos produtos (700479454DECT 3740 HANDSET) foi dada a título de transferência para a matriz localizada no estado de São Paulo. Acrescenta que a operação consiste em transferência de mercadoria para uso e consumo classificada no CFOP 6557, por se tratar de operação de remessa interestadual.

Alega que se olvidou a autuante do que dispunha o inciso I do artigo 269 do RICMS/BA, dispositivo este hoje revogado, porém que estava em plena vigência à época do fato gerador. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Afirma que ainda que admitisse a procedência da acusação fiscal no sentido de que deveria ter a empresa destacado na nota fiscal o imposto incidente na transferência interestadual, à alíquota de 4%, o efeito ao final seria nulo para fins de recolhimento efetivo do imposto, dada a prerrogativa existente de aproveitamento de crédito, nos termos do texto legal acima referido.

Conclusivamente, diz que para fins de autuação, não basta a mera aplicação da alíquota de 4% à operação destacada, pois é um critério insuficiente para a subsistência da exigência, de modo que não merece prevalecer a cobrança.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade ou, no mérito, a improcedência do Auto de Infração.

A Informação Fiscal foi prestada por Auditor Fiscal estranho ao feito, em face à aposentadoria da autuante (fls. 261 a 267). Contesta a nulidade arguida pelo impugnante. Esclarece todos os passos seguidos até à lavratura do Auto de Infração. Invoca e reproduz o art. 26 do RPAF/BA/99 e conclui que a lavratura do Auto de Infração é o início do procedimento fiscal.

No mérito, relativamente à infração 1, diz que não cabe ao autuado carrear aos autos “amostragem” do que denomina “deficiência” das verificações”, o que demonstra falta de argumentos para elidir as imputações. Afirma que o argumento inicial do impugnante é descabido e parece desconhecer o seu próprio modus operandi.

Esclarece que foram consideradas as Notas Fiscais de entradas de mercadorias, recebidas em transferência e adquiridas, as Notas Fiscais de saídas, transferências para outros estabelecimentos e vendas, assim como o saldo do seu estoque regularmente escriturado no seu Livro Registro de Inventário.

Salienta que por óbvio, as quantidades escrituradas no LRI são as “diferenças” entre as remessas e retornos para armazenagem, haja vista que o autuado utiliza área da INTERMARITIMA para armazenamento de seu estoque.

Diz que não foram consideradas no levantamento quantitativo de estoques, e não devem ser consideradas, as remessas e retornos com a INTERMARITIMA, sendo que o LRI da empresa aponta, corretamente, suas mercadorias em poder de terceiros.

Conclusivamente, diz que não conseguiu entender as “amostragens” aduzidas pelo impugnante.

Quanto à infração 2, afirma que as alegações defensivas não traduzem a verdade dos fatos. Primeiro, porque descabe se falar em “remessa de bem do ativo imobilizado para uso fora”, haja vista que o autuado não possui estabelecimento fixo no Estado da Bahia, mas apenas utiliza área locada nos galpões da INTERMARITIMA, sendo que tal fato foi comprovado em verificação no local, inclusive tais mercadorias são objeto de comercialização. Segundo, porque basta que se verifique os demonstrativos de fls. 53/54 para comprovar as entradas de mercadorias sob CFOP 2102 e 2152.

Consigna que assim sendo, fica muito “bonito” falar-se em “amostragem”. Diz ser interessante que à fl. 118 consta a seguinte declaração: “Da documentação carreada é possível aferir que não há nas operações apontadas pela autoridade fiscal ato de aquisição de mercadoria...” .

Indaga o que dizer, então, das Notas Fiscais registradas sob CFOP 2102, bastando confirmar às fls. 53/54.

Admite que assiste razão ao impugnante no tocante às Notas Fiscais nos 186647 e 32000158, de 11/01/2013, referente às entradas sob o CFOP 2923, que foram excluídas do levantamento. Diz que do mesmo modo, excluiu a Nota Fiscal nº. 315, de 14/01/2013, CFOP 2202.

Com relação às entradas sob CFOP 1949 afirma que inexiste prova do alegado pelo impugnante, principalmente no doc. 18.1, fl. 239, onde consta expressamente como operação “retorno de armazenagem ...” de mercadoria que não foi enviada.

Aduz que no mesmo sentido, as Notas Fiscais nºs. 1544,1545, e 1546 referem-se a mercadorias comercializadas pela empresa recebidas “para locação”. Assevera que inexiste prova do seu retorno e muito menos constam no seu estoque em 31/12/2013, haja vista que não possui estabelecimento fixo e armazena suas mercadorias na INTERMARITIMA.

Conclusivamente, diz que desse modo, a infração 2 foi retificada na forma do Demonstrativo de Débito que apresenta.

No que tange à infração 3, afirma que há uma interpretação incorreta do § 1º da Resolução SF °. 13/12 por parte do impugnante. Reproduz a referido Resolução.

Diz que as importações realizadas pelo autuado devem sim obedecer ao que prescreve a Resolução SF °. 13/12.

No que concerne à infração 4, diz que a questão é que o autuado não possui estabelecimento fixo, não possui empregados ou representante na área locada para armazenamento que é da INTERMARITIMA. Indaga como pode “importar” material para uso e consumo no estabelecimento. Acrescenta que além disso, não lhe parece que se trata de material para uso e consumo, o

HANDSET cuja foto apresenta.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls.275 a 301). Consigna que no intuito de tornar mais lógico o debate, passará a explorar ponto a ponto os argumentos trazidos pela autoridade fiscal.

Reporta-se sobre a arguição de nulidade do Auto de Infração. Observa que a autoridade fiscal diz que “a data da ação fiscal, a Autuada não possuía um estabelecimento fixo neste Estado”, sendo que em diligencia in loco verificou-se que a mesma alugava área para armazenamento na Intermarítima Portos e Logística S/A e que no referido local não existia nenhum representante seu.

Aduz que segundo afirma, os contatos se iniciaram em maio de 2016 na pessoa da contadora por telefone, se desenrolaram segundo consta dos autos (telefone, e-mail, correspondências) e tudo culminou com a intimação da lavratura do Auto de Infração feita por envio de correspondência com AR para o endereço do administrador em Jaguariúna/SP.

Alega que é inegável, portanto, que houve um descompasso e uma assimetria no tocante a forma pela qual a comunicação dos atos se realizou no caso concreto, o que não se pode simplesmente desconsiderar sob o argumento lançado pela autoridade de que “a autuada não possuía estabelecimento no estado”.

Afirma que a autoridade fiscal denomina de “discussão extremamente desconexa” nada mais é do que relato da experiência fática que se constata. Acrescenta que há de se admitir que o que houve foi uma nítida miscelânea procedural em relação a qual não se pode fazer vista grossa.

Observa que a Lei nº 13.199 de 28 de novembro de 2014 instituiu a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DTE, sendo que, nos lhes parece claro, isso deve ter tido a razão óbvia de facilitar a troca de informação entre as mencionadas partes, de modo a agilizar, inclusive, a adoção de providências solicitadas no bojo de fiscalizações e processos administrativos em andamento.

Frisa que a mencionada lei acrescentou o artigo 127-D ao Código Tributário do Estado da Bahia, cuja redação reproduz.

Observa que pela redação do artigo que a expressão “utilizara” não proporciona uma mera faculdade da autoridade administrativa. Assim, uma vez implementado o sistema e, uma vez credenciado o contribuinte este deverá ser intimado pelo meio eletrônico cabível e não ficar a sorte da escolha da autoridade fiscal.

Acrescenta que o próprio inciso IV do referido artigo já denuncia a hipótese em que a intimação eletrônica poderá deixar de ser observada: quando for do interesse da Administração Pública. Alega que obviamente o inciso conduz a conclusão no sentido de que, quando impossível ou difícil a realização pelo meio eletrônico, seja por problemas relacionados ao credenciamento do contribuinte, seja por problemas do próprio sistema, poderá então a autoridade se valer de outro meio previsto em lei, contudo, não há que se admitir que o faça indiscriminadamente a seu livre arbítrio.

Assevera que o administrador público, aliás, não possui livre arbítrio, mas possui poder-dever e está vinculado ao que a lei impõe. Acrescenta que ao contrário do que ocorre com os particulares, só está autorizado a fazer o que a lei lhe determina; não lhe é facultado fazer o que a lei não lhe veda. Diz que essa é a diferença do princípio da legalidade em relação a uma e a outro.

Alega que o fato é que ao tempo do início dos contatos, que conforme mencionou a autoridade fiscal se deu em maio de 2016, já havia sido habilitado o cadastro da empresa no Domicílio Eletrônico — DTE da Secretaria da Fazenda, de modo que lhes parece injustificada a não observância de um procedimento inaugurado pelo próprio órgão estadual.

Diz que a autuação deve ser pautada por extrema clareza, transparência e não se pode permitir que haja qualquer dúvida por parte do sujeito passivo decorrente de falhas ou impropriedades procedimentais, sob pena de se estar mitigando flagrantemente a garantia constitucional do contraditório e ampla defesa.

Sustenta que se existe um procedimento instituído por lei, o sujeito passivo tem o direito de vê-lo obedecido, pois do contrário resultará ilegalidade e arbitrariedade, atributos estes que não se coadunam com a função da Administração Pública, especialmente em se tratando de seu viés arrecadatório.

Conclusivamente, diz que o procedimento fiscal mostra-se confuso e levado a efeito sem o devido respeito aos princípios da legalidade, publicidade e não surpresa, de modo que não merece prevalecer, havendo incerteza e insegurança, sendo de rigor a nulidade da autuação, sob pena de se estar subvertendo o ordenamento vigente, decretação que mais uma vez requer.

No mérito, consigna que é mister que sejam feitos alguns esclarecimentos relacionados às amostragens utilizadas em sua Defesa, as quais, como bem se vê não foram compreendidas pela d. autoridade fiscal.

Salienta que há um outro ponto que merece destaque, no caso que o Auto de Infração foi lavrado por agente fiscal distinto deste que apresentou as informações, o que há de concordar que em muitos casos a análise apressada dos documentos envolvidos conduzem a conclusões errôneas gerando prejuízos aos contribuintes.

Esclarece que pretendeu, mediante a eleição de alguns eventos apontados pela autoridade como fatos geradores de tributo ou multa, demonstrar a incorreção do procedimento adotado que resultou no presente Auto de Infração. Diz que as amostragens servem justamente para isso: são escolhidos, entre vários itens, alguns que representem a incorreção apontada, uma vez que, sendo esta reconhecida, tem a força de desconstruir e infirmar a ligeireza do lançamento tributário levado a efeito.

Alega que se tal presunção é abalada, por prova da parte, não há como prevalecer o trabalho fiscal in totum, uma vez que evitado de vícios e incorreções. Aduz que tanto é verdade, que com relação a três notas escolhidas por amostragem, reconheceu a autoridade fiscal tê-las considerado incorretamente na formação do quantum supostamente devido. Afirma que esse é o intuito da amostragem.

No que tange à infração 1, reproduz as palavras do autuante e que se realmente tivesse sido esse o procedimento adotado à risca, a defesa não se faria necessária, uma vez que não haveria imposto a pagar. Diz que as amostragens trazidas em sua defesa foram escolhidas, uma vez que bem representativas das incorreções verificadas no procedimento fiscalizatório, conforme explica.

Salienta que na defesa tentou-se elucidar que não houve omissão, uma vez que a autoridade fiscal, primeiro, fez análise de período isolado o que fica, no mínimo sem sentido, diante da operação como um todo; segundo, presumiu arbitrariamente que a natureza da operação da nota fiscal NF n° 0009 — “remessa armazenagem” era falaciosa, entendendo a saída como omissão por puro erro in procedendo.

Menciona que a fim de comprovar a incorreção da lavratura, selecionou cinco casos, por amostragem, os quais comprovam que a forma de análise é equivocada, uma vez que, feita de modo isolado e partido, não representa a realidade dos acontecimentos.

Alega que as operações se desdobraram em mais de um exercício e isso foi provado pela robusta documentação carreada com a impugnação. Diz que assim sendo, quando analisou apenas o exercício de 2013, quebrou a lógica das operações realizadas, justificando-se, portanto, a falta de compreensão dos eventos ocorridos.

Salienta que no intuito de, mais uma vez, buscar elucidar os pontos obscuros que ainda existam, analisa um dos exemplos explorados na defesa referente ao item BZ-349266.

Alega que no exemplo supra, é nítido que o saldo de estoque inicial é zero, assim como o final, sendo que as operações que ocorreram nesse interim estão descritas abaixo, como já o foram em sede de impugnação, e não são fatos geradores de ICMS. Sustenta que pecou a fiscalização ao deixar de analisar o período subsequente, ano de 2014, visto que se assim o tivesse feito a lavratura inócuia seria evitada.

Diz que diante do quadro que apresenta não há configuração de qualquer omissão de saída, sendo que as operações descritas e constatadas pela autoridade fiscal estão embasadas na legislação vigente, inexistindo qualquer irregularidade.

Afirma que a amostra colhida corrobora a alegação de incorreção da autuação como um todo, uma vez que a metodologia aplicada pela autoridade fiscal para análise no merece prevalecer. Diz que se é possível provar, por amostragem, que o procedimento se repetiu de modo incorreto, mister que se conclua que há vícios que inquinam o trabalho fiscal de nulidade.

Assinala que se reporta aos demais argumentos tecidos em sede de Impugnação, a fim de que se evite repetição desnecessária e cansativa de argumentos que já foram explorados oportunamente.

Apresenta mais um exemplo que, segundo diz, comprova a

tese defensiva, no caso o item SRX 100H, marcado em laranja no demonstrativo acostado — doc. 02.

Observa que apontou a autoridade fiscal a entrada de 20 itens, sendo que afirma ter constatado 07 saídas com nota fiscal e 13 omissões, contudo, mais uma vez o desdobramento da operação se dá em 2014, exercício este sequer analisado superficialmente.

Diz que conforme demonstra o documento acostado (Kardex — doc.

03), cujo fragmento colaciona, as Notas Fiscais nºs. 30, 33, 2877 e 277 (doc. 04) amparam a movimentação dos 13 itens faltantes, desconstruindo no total qualquer presunção de omissão:

Observa que a Nota Fiscal nº. 30 representa a importação das 20 (vinte) unidades do produto e a Nota Fiscal nº 33 a remessa dos mesmos 20 para armazenagem. Diz que em seguida existiram movimentações dos 07 (sete) itens, já consideradas corretas pela autoridade fiscal, sendo que os 13 (treze) restantes foram movimentados somente em 2014, a Nota Fiscal nº. 2877 representa retorno das unidades de armazenagem e a NF 277 a venda. Afirma que inexistem a omissão por parte da empresa, mas sim por parte da fiscalização que se absteve de analisar a totalidade de documentos pertinentes.

Aduz que a existência da suposta omissão apontada pela autoridade fiscal seria desfeita mediante simples análise da documentação relativa a operação cujo desdobramento se deu em 2014, inexistindo omissão de saída.

Afirma que logrou êxito em demonstrar que a metodologia adotada mostrou-se falha, bem como que a verificação dos documentos não foi realizada de modo integral. Diz que é inequívoco que não há elementos trazidos pela autoridade fiscalizadora que determinem com segurança o cometimento da infração imputada, tanto é verdade que a análise trazida é capaz de infirmar integralmente os critérios eleitos configuradores das imputações.

Conclusivamente, diz que provando que não há segurança na análise realizada pela autoridade fiscal, uma vez que a desconstrução das infrações é de fácil demonstração, é de rigor a decretação da nulidade do auto de infração.

No tocante à infração 2, diz que neste ponto confirma-se o que desde o início vem dizendo, ou seja, o trabalho fiscal apresenta vícios, não merecendo prevalecer, existindo inconsistências no todo, que inviabilizam a sua manutenção e produção de efeitos.

Alega que em que pese toda resistência apresentada com relação ao método de amostragem que utilizou, como bem se constata da manifestação atinente a este ponto, a autoridade fiscal

reconhece a existência de equívocos, sendo que dos 07 (sete) casos escolhidos para demonstração, 03 deles já foram extirpados da lavratura.

Salienta que amostragem é isso. Demonstra-se pela utilização de uma parcela do todo o vício que macula a exigência, que foi acatada pela autoridade fiscal, de modo que é de rigor que se de maior atenção ao alegado em sede de impugnação de modo que seja desconstituída a exigência integralmente, uma vez que viciada.

Observa que quão inconsistente se mostra a resposta da autoridade fiscal quando menciona o documento 18.1 juntado na Defesa: “quanto as entradas sob CFOP 1949 não há prova da alegação defensiva, principalmente no doc. 18.1 (fls. 239), onde está expresso como operação “retorno de armazenagem” de mercadoria que não foi enviada...”

Salienta que o fiscal se reporta ao documento 18.1 que é a NF n° 0005 de retorno de armazenagem. Segundo ele, a mercadoria sequer foi enviada. Do mesmo modo, afirma no tocante as NFs no 1544, 1545 e 1546 que as mercadorias foram recebidas “para locação” e que não há prova de seu retorno.

Repete o que dissera em sede de impugnação. Afirma que é inverídica a afirmação de que não há prova do retorno das mercadorias listadas nas Notas Fiscais n°s. 1544, 1545 e 1546. Observa que o retorno está comprovado e amparado pela Nota Fiscal n. 0005, bastando conferir os itens para confirmar que todos os itens remetidos retornaram a empresa Atlantis. Reitera que o retorno está comprovado, de modo que a exação não faz qualquer sentido.

Conclusivamente, diz que desse modo, resta inequívoca a incorreção da lavratura nos moldes em que fora desenhada.

Quanto à infração 3, diz que a autoridade fiscal concorda que no caso concreto deve ser aplicada a Resolução SF n° 13/12, de modo que é correta a aplicação da alíquota de 4%, não procedendo a imputação pretendida no Auto de Infração.

Conclusivamente, diz que desse modo, diante da própria manifestação trazida pela autoridade fiscal, inexistem dúvidas de que é aplicável a Resolução SF no 13/12, portanto, improcede a exigência de alíquota de 12%, quando a correta é 4%.

No respeitante à infração 4, diz que nos termos do demonstrativo produzido pela fiscalização para embasar a exigência verifica-se que foi apontada irregularidade na operação relacionada a Nota Fiscal nº 144, sendo que, segundo a autoridade fiscal, tal operação foi tratada erroneamente como não tributável, pois deveria ter incidido a alíquota de 4% sobre o valor total da nota, motivo pelo qual foi imposta multa de 60% sobre o montante devido.

Salienta que os argumentos trazidos pela autoridade fiscal são nitidamente vazios de significação e pertinência, além do que desprovidos de qualquer força eventualmente capaz de infirmar as alegações trazidas na impugnação.

Observa que existem dois argumentos principais lançados pela autoridade fiscal: 1) como poderia importar algo se nem mesmo estabelecimento fixo possui? 2) o item não parece ser para uso e consumo.

No tocante ao primeiro argumento, diz que se considerando que possui inscrição estadual ativa no Estado desde 2012, conforme demonstra o extrato “Sintegra” e promoveu importação pelo mesmo, significa que preencheu os requisitos exigidos para tal procedimento, de modo que qualquer alegação em sentido contrário é meramente teratológica.

Acrescenta que irregularidade alguma há no fato das mercadorias serem armazenadas em depósito de terceiro, no caso a Intermarítima, sendo incomprensível o inconformismo.

Quanto ao fato de não “parecer” material para uso e consumo, destaca que a afirmação desborda qualquer parâmetro de razoabilidade. Afirma que não cabe as autoridades fiscalizadoras exteriorizarem o que lhes parece, mas sim a realidade fática que se mostra pela documentação

auditada.

Assevera que no caso concreto há uma nota fiscal, no caso a NF n° 144, que dá suporte a uma operação de transferência de material para uso e consumo da Anixter/BA para Anixter/SP. Acrescenta que a questão que se coloca é: qual o impedimento para que os itens sejam usados pelo estabelecimento de São Paulo para onde foram transferidos? E mais, o que o fato de serem importados influí nessa possibilidade?

Assevera que se mostra nítido que, em momento algum, afere-se dos argumentos trazidos a contrariedade efetiva aos argumentos defensivos, observando-se, por outro lado, somente ilações embasadas em opiniões, as quais, em se tratando de Administração Pública, valor nenhum possuem.

Finaliza a Manifestação requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, o cancelamento.

O Auditor Fiscal estranho ao feito que prestou a Informação Fiscal, cientificado da Manifestação do impugnante, se pronunciou (fl.336) dizendo que não verificou nenhum fato novo que não tenha sido apreciado capaz de modificar o entendimento manifestado na Informação Fiscal de fls. 261 a 268.

A 1º Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do feito em diligência à INFRAZ ATACADO, a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito designado procedesse revisão fiscal do levantamento levado a efeito pela autuante adotando as seguintes providências no tocante à infração 1:

1. Considerando que o autuado alega que para comprovar a incorreção da autuação, selecionou cinco casos, POR AMOSTRAGEM, que, segundo diz, corrobora a alegação de incorreção da autuação como um todo, INTIME o sujeito passivo a apresentar na TOTALIDADE os itens do levantamento quantitativo de estoque que entende como incorretos;
2. Após o atendimento da intimação, se for o caso, proceda revisão fiscal do levantamento quantitativo de estoques levado a efeito pela autuante, verificando e analisando todos os itens aduzidos pelo impugnante, realizando, se for os caso, os ajustes e correções que se fizerem necessários;
3. Elabore novos demonstrativos e planilhas com os valores corrigidos e ajustados, se for o caso.

O Auditor Fiscal estranho ao feito designado para cumprimento da diligência se pronunciou (fls. 497 a 501).

Diz que à vista da documentação acostada pelo impugnante às fls. 344 a 490, e em cumprimento à diligência saneadora determinada pela 1ª JJF, analisou todos os argumentos defensivos ao longo do processo quanto às quatro infrações.

No tocante à infração 1, observa que o impugnante aponta como motivos das omissões apuradas o fato de a autuante não ter observado o seguinte:

- i) Movimentação de remessas e retornos para armazenagem, fls. 110 a 114 da peça defensiva;
- ii) Exclusão das Notas Fiscais n°s. 425844,435160, 315, 428570, 451677, 427063 e 446978, por terem sido objeto de devolução com Nota Fiscal de entrada emitida pelo remetente (fls. 484 a 490).

De início, ressalta que foi realizada diligência in loco, no estabelecimento da empresa INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A, onde foi comprovado que o serviço por ela prestado é tão somente “aluguel” de instalação para efeito de armazenagem de mercadorias do autuado, à época, não lhe cabendo nenhum tipo de controle de estoque fiscal e nem de escrituração e que em seus registros não há nenhuma quantidade de mercadoria, de qualquer espécie, pertencente à ANIXTER BRASIL LTDA., CNPJ 00.521.050/0004-67 e Inscrição Estadual n°. 102.036.314.

Indaga qual o meio de prova do autuado de que mantinha estoque em poder de terceiros, para

que sejam consideradas as remessas e retornos.

Afirma que inexiste nos autos nenhuma peça que comprove a existência de estoques de mercadorias do autuado em poder de terceiros, nem cópia do livro da armazenação ou mesmo uma simples declaração dela da existência de determinada quantidade pertencente ao autuado, porém em seu poder.

Reafirma que não há essa prova, portanto, restando comprovado que o estoque final do autuado, em 31/12/2013, é o escriturado no seu livro Registro de Inventário (fls.49 a 52). Acrescenta que desse modo, não que se considerar as movimentações de remessa e retorno para armazenagem, principalmente dado ao fato de que o estoque inicial, em 31/12/2012, era “zero” (fl. 48), ou “inexistente” conforme declarado na cópia do documento apresentado à fiscalização.

Indaga como se justificam, então, as Notas Fiscais de transferências recebidas da filial de São Paulo, as remessas para armazenagem e retornos (fls. 176 a 220).

Diz que esse é o procedimento adotado pelo autuado. Em vez das mercadorias serem enviadas para depósito diretamente da sua filial em São Paulo para a INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A, são transferidas (CFOP 6152) para o autuado. Acrescenta que desse modo, é apropriado o crédito fiscal – que sua escrita apresenta como saldo credor – e, em seguida, é feita a “remessa para depósito”.

Salienta que na prática, conforme comprovou in loco, a mercadoria vem diretamente para o galpão nas instalações da INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A que, por sua vez, não faz nenhum controle dessas mercadorias em estoque, afinal, estão num galpão alugado ao autuado.

Diz que posteriormente, na medida em que vai realizando as saídas, seja a título de venda ou transferências para outra filial, a INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A emite nota fiscal, a pedido do autuado com descrição e quantidade por ele informados.

Em conclusão, diz que os estoques, muito embora “remetidos para armazenagem” nunca saem do estabelecimento do autuado, que é o galpão alugado nas instalações da INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A, que por sua vez não tem nenhum controle das mercadorias estocadas.

Indaga qual o motivo de todo esse “vai-e-vem” de Notas Fiscais.

Responde que acaso as mercadorias fossem remetidas diretamente para depósito na INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A o crédito fiscal dessas operações ficaria escriturado no destinatário das mercadorias e não na escrita fiscal do autuado.

Afirma que esses esclarecimentos foram prestados pela INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A, quando da diligência in loco.

Esclarece que foram excluídas na diligência as Notas Fiscais cujas cópias acompanham a resposta à intimação para cumprimento da determinação da 1ª JJF (fls.484 a 490). Acrescenta que da mesma forma, as Notas Fiscais nºs. 1544, 1545 e 546 (fls.233 a 237), por se tratar de “Remessa de bens para locação”, CFOP 6949 (2949 na EFD).

Consigna que após as devidas exclusões a infração 1 teve o ICMS apurado reduzido de R\$103.973,64 para R\$75.834,34, conforme demonstrativo Anixter_2013_Demonstrativo _Omissões _v1, parte integrante da diligência.

No tocante à infração 2, consigna que o impugnante em sede de Defesa alegou que foram incluídas no levantamento (fls. 53/54) mercadorias cujo CFOP da operação é 2554, 2993, 2202 e 2949.

Observa que ainda na Informação Fiscal as Notas Fiscais correspondentes foram excluídas e o valor da multa imposta retificado no Demonstrativo de Débito que apresenta, sendo reduzido o valor exigido para R\$37.681,12.

Quanto à infração 3, diz que em diligência, in loco, na INTERMARÍTIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A, confirmou que o autuado não realizava nenhum processo que se concretizasse como

“industrialização”, nem mesmo acondicionamento ou reacondicionamento.

Diz que desse modo, reconhece a improcedência deste item da autuação à luz do que estabelece o art. 15, III, “b”, 1, da Lei nº. 7.014/96, cujo teor reproduz.

No que tange à infração 4, observa que à fl. 266 dos autos há a inserção da mercadoria objeto da discussão. Diz que a alegação defensiva é de que se trata de “material de uso e consumo”.

Salienta que é necessário não esquecer que no estabelecimento do autuado, no caso galpão localizado nas instalações da INTERMARITIMA PORTOS E LOGISTICA S/A, não há empregado seu sequer, conforme comprovado durante a ação fiscal e, posteriormente, em diligência no local.

Diz que desse modo, não sabe como pode o autuado considerar 80 unidades desse equipamento de comunicação como “material de uso e consumo”.

Observa que a prova documental capaz de elidir a autuação é a apresentação de cópia do registro da Nota Fiscal de aquisição da mercadoria, devidamente escriturada no seu livro Registro de Entradas, EFD, comprovando que não utilizou o crédito fiscal quando da entrada no estabelecimento e que classificou as operações sob CFOP 1556, o que o autuado não fez em momento algum das várias intervenções que realizou no PAF.

O autuado, cientificado do resultado da diligência, se manifestou (fls.509 a 514). Consigna que com a diligência realizada apenas foram confirmadas as inconsistências do trabalho fiscal apontados desde a impugnação, sendo certo que desse modo, o Auto de Infração deve ser completamente cancelado.

No tocante à infração 1, diz que o diligenciador concluiu pela necessidade de redução do valor exigido para R\$75.834,34, contudo deixou de cancelar integralmente a infração com base nas justificativas que apresentou.

Alega que em resumo, o diligenciador simplesmente desconsidera o vasto conjunto probatório apresentado, que é apto a demonstrar plenamente a inexistência de omissão e não aponta um elemento concreto sequer que invalida ou demonstra qualquer irregularidade no procedimento adotado pela empresa.

Consigna que conforme demonstrado por meio das notas fiscais acostadas, a exemplo do “Item 197604”, a omissão de 350 itens foi afastada por completo, haja vista que existem notas fiscais e relatório de movimentação do estoque (doc. 10 da impugnação) que demonstram o que explica.

Assevera que além disso, na manifestação da diligência não foi trazido um elemento sequer apto a invalidar os seus argumentos. Frisa que o parecer resultado da diligência confirmou a existência de notas fiscais de transferência recebidas da filial de São Paulo.

Conclusivamente, diz que é inequívoco que inexistem elementos trazidos pelo diligenciador que determinem com segurança o cometimento da infração imputada.

Quanto à infração 2, consigna que o autuante reconheceu a incorreção da autuação, tanto é assim que, mais uma vez, excluiu da exigência fiscal notas fiscais relativas às mercadorias cujo CFOP da operação é 2554, 2923, 2202 e 2949.

Afirma que conforme apontado, a falta de certeza e liquidez deve levar ao cancelamento integral da autuação, pois lavrada em desconformidade com os requisitos básicos do art. 142 do CTN.

Assinala que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece a nulidade de lançamentos tributários que contêm erros na base de cálculo, grosseiras quantificações do valor do débito, excesso de exação e falta de consistência nos fundamentos jurídicos da imputação, conforme exemplos que apresenta.

Quanto à infração 3, observa que foi integralmente cancelada, conforme consignado pelo diligenciador, motivo pelo qual requer que o cancelamento seja certificado por esta JJF.

No que concerne à infração 4, diz que o agente fiscal tenta afastar a alegação defensiva de que a

operação em questão consistiu em transferência de material para uso e consumo da Anixter/BA para Anixter/SP, pois “nas instalações da INTERMARITIMA PORTOS E LOGISTICA S/A não há um funcionário seu sequer”.

Afirma que conforme comprovado pela empresa, a saída dos produtos (700479454DECT 3740 HANDSET) foi dada a título de transferência para a matriz localizada no Estado de São Paulo, conforme se constata pela nota fiscal apontada, no caso NF 144 (doc. 27 da Impugnação), não merecendo prosperar, desse modo, o argumento do agente fiscal.

Finaliza a Manifestação requerendo a juntada aos autos das informações apresentadas, reitera os termos aduzidos desde a Impugnação, e pede a nulidade ou o cancelamento na íntegra do Auto de Infração.

O diligenciador, cientificado da Manifestação do autuado, se pronunciou dizendo que não foram apresentados argumentos, fatos e/ou novos documentos para apreciação capazes de modificar o entendimento esposado na diligência de fls. 497 a 501.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame, sobre o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo todas, objeto de impugnação.

De início, cabe apreciar a nulidade arguida pelo impugnante por vícios formais.

Alega o impugnante, que o “Auto de Infração / Termo de Encerramento” foi recebido pelo representante da empresa em 01/07/2016, contudo, a lavratura do Auto de Infração ocorreu no dia 31/05/2016, antes do término do procedimento de fiscalização, o que se mostra, no mínimo, incompreensível, sendo que após a data de 31/05/2016, houve solicitação de documentos por parte da autuante, o que demonstra que a lavratura é totalmente desamparada de embasamento. Diz que lhe parece que a autuação foi lavrada sem a devida análise da documentação pertinente, o que restará comprovado pelas provas que serão carreadas.

Sustenta que o procedimento fiscal, no caso, se mostra confuso e levado a efeito sem o devido respeito aos princípios da legalidade, publicidade e não surpresa, de modo que não merece prevalecer, sendo que, havendo incerteza e insegurança é de rigor a nulidade da autuação, sob pena de se estar subvertendo o ordenamento pátrio vigente.

A meu ver, s.m.j., não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista, que independentemente de o Auto de Infração ter sido lavrado em 31/05/2016, e nesta mesma data ter sido o autuado solicitado a apresentar documentos, isto por si só não é capaz de inquinar de nulidade o Auto de Infração, considerando que não poderia mais haver modificação do lançamento. Ou seja, mesmo que os documentos solicitados após a lavratura do Auto de Infração tivessem relação com a autuação, não poderiam mais ser utilizados para agravamento da infração, se fosse o caso, em face do que dispõe o art. 145 do Código Tributário Nacional – CTN.

No presente caso, verifico que o autuado pode exercer plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, o que, inclusive, implicou em realização de diligência, a fim de que fossem apuradas as alegações defensivas por Auditor Fiscal estranho ao feito.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a incorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, capaz invalidar o ato de lançamento em exame.

No mérito, no que concerne à infração 1, a diligência solicitada por esta JJF, cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito, trouxe como resultado o acolhimento de parte das alegações defensivas, o que implicou na redução do valor de R\$103.973,64, originariamente exigido nesta infração, para R\$75.834,34.

Relevante observar, que conforme consignado pelo Auditor Fiscal, foi realizada diligência in loco

no estabelecimento da empresa Intermarítima Portos e Logística S/A, onde constatou que o serviço prestado pela referida empresa, é tão somente “aluguel” de instalação para efeito de armazenagem de mercadorias do autuado, à época, não lhe cabendo nenhum tipo de controle de estoque fiscal e nem de escrituração e que em seus registros não há nenhuma quantidade de mercadoria, de qualquer espécie, pertencente à Anixter Brasil Ltda., CNPJ 00.521.050/0004-67 e Inscrição Estadual nº. 102.036.314.

Consignou ainda o Auditor Fiscal, que inexiste nos autos nenhuma peça que comprove a existência de estoques de mercadorias do autuado em poder de terceiros, nem cópia do livro da armazenadora ou mesmo uma simples declaração dela da existência de determinada quantidade pertencente ao autuado, porém em seu poder, portanto, restando comprovado que o estoque final do autuado, em 31/12/2013, é o escriturado no seu livro Registro de Inventário (fls.49 a 52). Afirma que desse modo, não há que se considerar as movimentações de remessa e retorno para armazenagem, principalmente dado ao fato de que o estoque inicial, em 31/12/2012, era “zero” (fl. 48), ou “inexistente” conforme declarado na cópia do documento apresentado à fiscalização.

As operações realizadas com Armazéns Gerais têm previsão nos artigos 464 a 476 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780, sendo que, no que diz respeito ao presente caso, cabe analisar as disposições regulamentares de que cuidam os artigos 464, 465 e 469.

Assim dispõem os referidos artigos 464, 465 e 469 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12:

Art. 464. Nas saídas de mercadorias do estabelecimento do contribuinte com destino a armazém geral, ambos localizados neste estado, bem como em seus retornos, será emitida nota fiscal contendo os requisitos exigidos e, especialmente (Convênio S/N, de 15/12/1970):

I - valor das mercadorias;

II - natureza da operação;

III - dispositivo legal que prevê a não-incidência do ICMS.

Art. 465. Na saída de mercadoria depositada em armazém geral, com destino a estabelecimento diverso do depositante, ainda que da mesma empresa, sendo este e o estabelecimento depositante situados neste Estado, o estabelecimento depositante emitirá nota fiscal em nome do destinatário, que conterá os requisitos previstos e, especialmente:

I - o valor da operação;

II - a natureza da operação;

III - o destaque do ICMS, se devido;

IV - a indicação de que as mercadorias serão retiradas do armazém geral, mencionando-se o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, deste.

§ 1º Na hipótese deste artigo, o armazém geral, no ato da saída das mercadorias, emitirá nota fiscal em nome do estabelecimento depositante, sem destaque do ICMS, que conterá os requisitos previstos e, especialmente:

I - o valor das mercadorias, que corresponderá àquele atribuído por ocasião de sua entrada no armazém geral;

II - a natureza da operação: “Outras saídas - retorno simbólico de armazém geral”;

III - o número, a série e a data da emissão da nota fiscal emitida pelo estabelecimento depositante, na forma do caput deste artigo;

IV - o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento a que se destinarem as mercadorias.

§ 3º As mercadorias serão acompanhadas no seu transporte pela nota fiscal emitida pelo estabelecimento depositante.

[...]

Art. 469. Na saída de mercadorias para entrega em armazém geral situado na mesma unidade da Federação do estabelecimento destinatário, este será considerado depositante, devendo o remetente emitir nota fiscal, que conterá os requisitos previstos e, especialmente:

I - como destinatário, o estabelecimento depositante;

II - o valor da operação;

III - a natureza da operação;

IV - o local da entrega, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do armazém geral;

V - o destaque do ICMS, se devido.

§ 1º O armazém geral deverá:

I - registrar a nota fiscal que tiver acompanhado as mercadorias no Registro de Entradas;

II - anotar a data da entrada efetiva das mercadorias na nota fiscal referida no inciso I deste parágrafo, remetendo-a ao estabelecimento depositante.

§ 2º O estabelecimento depositante deverá:

I - registrar a nota fiscal no Registro de Entradas;

II - emitir nota fiscal relativa à saída simbólica, fazendo constar o número e a data do documento fiscal emitido pelo remetente;

III - remeter a nota fiscal aludida no inciso II deste parágrafo ao armazém geral.

A leitura dos dispositivos regulamentares acima reproduzidos, em confronto com as razões aduzidas pelo Auditor Fiscal estranho ao feito, permite constatar, que efetivamente, não houve o cumprimento das determinações regulamentares, para que as alegadas operações realizadas pelo autuado com o armazém geral, pudessem ser consideradas no levantamento levado a efeito pela Fiscalização.

Assim, é que na saída de mercadorias para entrega em armazém geral, o depositante deverá emitir nota fiscal, que conterá os requisitos previstos, sendo que, quando do recebimento pelo armazém geral este deverá registrar a nota fiscal que tiver acompanhado as mercadorias no Registro de Entradas e, posteriormente, quando da saída emitir nota fiscal de retorno das mercadorias.

Efetivamente, o procedimento adotado pelo autuado com relação a alegada armazenagem das mercadorias não encontra amparo na legislação de regência, razão pela qual, coaduno com o entendimento manifestado pelo Auditor Fiscal que cumpriu a diligência, sendo, desse modo, esta infração parcialmente procedente no valor de R\$75.834,34, conforme apurado pelo diligenciador.

No respeitante à infração 2, verifico que o Auditor Fiscal, acertadamente, acatou a alegação defensiva de descaber a exigência fiscal no tocante às notas fiscais com CFOPs 2554, 2993, 2202 e 2949, haja vista que referentes a retorno, devolução de venda, etc., que não exigem o pagamento do imposto por antecipação tributária, conforme a autuação.

Diante disso, com a exclusão dos valores atinentes às referidas notas fiscais, o valor da multa imposta fica reduzido para R\$37.680,93, conforme Demonstrativo de Débito elaborado pelo Auditor Fiscal, cabendo apenas observar que o somatório dos valores apurados totaliza este valor de R\$37.680,93 e não o valor de R\$37.681,12, apontado no referido demonstrativo de débito, sendo a infração parcialmente subsistente.

No que tange à infração 3, observo que o autuado elide a autuação, ao comprovar que descabe a exigência fiscal, em face do que dispõe art. 15, III, "b", 1 da Lei nº. 7.014/96, tendo o Auditor Fiscal estranho ao feito, de forma escorreita, acatado a alegação defensiva e se pronunciado pela improcedência deste item da autuação.

Assim sendo, a infração 3 é improcedente.

No que tange à infração 4, observo que a acusação fiscal decorre do fato de o autuado haver transferido para o estabelecimento matriz da empresa, localizado no Estado de São Paulo, 80 unidades do produto "700479454DECT 3740 HANDSET", sem tributação, conforme a Nota Fiscal nº.144, sendo a alegação defensiva de que se trata de material de uso e consumo.

Independentemente de se tratar de material de uso e consumo - conforme afirma o impugnante – ou, se corresponde a mercadoria para revenda – conforme sustenta o Auditor Fiscal -, o certo é que a operação deveria ser tributada, haja vista que inexiste regra isencial ou de não-incidência, que pudessem amparar a não tributação praticada pelo autuado.

Assim sendo, a infração 4 é procedente.

Diante do exposto, o demonstrativo de débito passa a ter a seguinte conformação:

INF	VLR. LANÇADO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	MULTA	RESULTADO
01	103.973,64	75.834,34	100%	PROCEDENTE EM PARTE
02	50.290,57	37.680,93	-----	PROCEDENTE EM PARTE
03	1.543,22	-----	-----	IMPROCEDENTE

04	1.599,81	1.599,81	60%	PROCEDENTE
TOTAL	157.407,24	115.115,27		

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **020747.0616/16-4**, lavrado contra **ANIXTER DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$77.434,15**, acrescido da multa de 60% sobre R\$1.599,81, e 100% sobre R\$75.834,34, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “d”, III, “g” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$37.680,93**, prevista no XI do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº. 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR