

A. I. Nº - 207101.0002/17-0
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - NEUSA MARIA GOMES VIEIRA
ORIGEM - IFEPE COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27/07/2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0222-06/21VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **1.** OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 01. Não há sobreposição de exigências nas infrações 01 e 02/03. Infração 01 parcialmente elidida, após revisão elaborada pela auditora, que agrupou as mercadorias passíveis de serem agrupadas e observou o índice de perdas. **2.** OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **2.a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INFRAÇÃO 02. **2.b)** RESPONSABILIDADE PRÓPRIA. INFRAÇÃO 03. De acordo com o art. 10, I da Portaria nº 445/1998, no caso de omissão do registro de entradas de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária – como constatado nas apurações das infrações 02/03 -, se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se houver sido objeto de saída sem tributação, deve ser exigido o pagamento: a) do imposto devido pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal (infração 02), e b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado (infração 03). Infrações 02/03 caracterizadas. **3.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO OU NO EXTERIOR DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 04. O autuado juntou cópias de Notas Fiscais, nas quais, de fato, há destaque do ICMS-ST. Revisão efetuada em sede de diligência, pois alguns recolhimentos foram comprovados. Infração 04 parcialmente elidida. **4.** LIVROS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE ENTRADAS TRIBUTÁVEIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. INFRAÇÃO 05. Indeferido o pedido de redução ou cancelamento. Infração 05 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o requerimento de diligência à ASTEC/CONSEF. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado no dia 28/09/2017 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$417.348,55, sob a acusação do cometimento das 05 (cinco) irregularidades a seguir discriminadas.

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem escrituração, decorrente da falta de registro de saídas em montante superior ao das entradas omitidas, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2013). R\$ 114.433,86 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02 – Falta de recolhimento do tributo, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias sujeitas à substituição desacompanhadas de Notas Fiscais, sem escrituração, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2013). R\$ 12.605,98 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996.

Infração 03 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, calculado de acordo com margens de valores adicionados, deduzida parcela a título de crédito, por ter adquirido mercadorias sujeitas à substituição tributária desacompanhadas de Notas Fiscais, sem escrituração, apurada por intermédio de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2013). R\$ 2.521,20 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 04 – Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições provenientes de outras unidades da Federação ou do exterior (janeiro a junho e setembro a novembro de 2013). R\$ 279.432,62 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 05 - Entradas tributáveis sem registro na escrita (janeiro a dezembro de 2013). Multa de R\$ 8.354,89, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/1996.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 154 a 206.

Suscita preliminar de nulidade das infrações 02/03, sob o argumento de violação às normas dos arts. 13, I e 15, I da Portaria nº 445/1998, já que a autuação, nas imputações nºs 01 a 03, engloba tanto omissões de entradas quanto de saídas.

Na sua concepção, em se constatando omissões de entradas e de saídas, deveria ser mantida apenas uma delas, que no presente caso seria a das entradas (infração 01).

Ressaltando que obteve vitórias no Poder Judiciário em situações semelhantes, insurge-se contra a capitulação das infrações 02/03 no art. 10, I da referida Portaria, por entender que o dispositivo somente se aplica nos casos de constatação exclusiva de omissão de entradas.

Reconhece a validade do item 01 do lançamento de ofício, cuja procedência acata parcialmente, mas requer a declaração da invalidade dos dois posteriores (02/03).

Como dito, no mérito da infração nº 01, admite a procedência apenas parcial, sob a alegação de que algumas mercadorias fiscalizadas tiveram omissões em quantidades inferiores às encontradas, o que afirma restará demonstrado com a juntada do documento 04.

Trata-se de:

“mercadorias onde a auditora desconsiderou os códigos relativos às caixas, tendo levado em consideração apenas os códigos relativos às unidades, influenciando na contagem do estoque”.

Com vistas a comprovar a alegação, toma como exemplos os itens EXTRATO TOMATE ELEFANTE LT 340 GR, FARINHA LÁCTEA MILKLY 200 GR e LEITE PÓ CCGL DESN SC 200GR (fls. 175 a 177). Ressalta que alguns são comercializados em caixas e em unidades, assim como CERVEJAS, LEITES e OUTROS.

Na fiscalização, ao invés de a autuante levar em conta os códigos distintos para uni-los em um só, por meio de agrupamento, considerou *“apenas os códigos das unidades”*, o que ensejou distorções.

No tocante à infração 04, aduz que os fornecedores já haviam recolhido o ICMS-ST ora reclamado, o que tenta comprovar, por amostragem, às fls. 178 a 198.

Ao impugnar a quinta e última infração, assegura que nenhum livro ou documento fiscal deixou de ser apresentado. Tanto isso é verdade que, apesar da suposta falta de lançamento, a auditora conseguiu apurar o valor da multa, que a seu ver tem caráter de confisco, razão pela qual argumenta que a parcela atinente às operações não tributáveis deve ser afastada.

Pede redução ou cancelamento, com fundamento no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996.

Solicita seja efetuada revisão ou diligência por fiscal estranho ao feito, indicando assistente técnico e quesitos (fls. 204/205).

Pugna pela procedência parcial do Auto de Infração.

Pedido de interrupção de parcelamento juntado à fl. 457.

Na informação fiscal, de fls. 472 a 480, a auditora discorda da tese de invalidade das infrações 02/03, por ter cumprido fielmente as determinações do art. 10, I, “a” e “b” da Portaria nº 445/1998.

No mérito, acolhe o pleito de revisão da infração 01 e elabora novo levantamento, desta feita agrupando sob códigos idênticos, quando possível, as caixas e as unidades das mesmas mercadorias.

Assim, o valor da referida imputação foi alterado, de R\$ 14.433,86 para R\$ 5.957,61.

A seu ver, o impugnante está equivocado no que diz respeito à infração 04 (defesa com base nas cópias de fls. 262 a 454). Devido ao grande volume de documentos colacionados, exemplifica com o mês de novembro de 2013, tecendo considerações às fls. 477/478 sobre as respectivas notas.

Em referência ao período de novembro de 2013, v.g., os comprovantes de recolhimento juntados à defesa perfizeram a quantia de R\$27.775,82, menor do que os R\$132.549,67 computados em favor do sujeito passivo no levantamento fiscal (fl. 112).

A acusação é de recolhimento a menor, e não de falta de recolhimento, conforme a planilha de fl. 112.

Manifesta discordância com a impugnação relativa à infração 05, ou seja, com o pedido de redução ou cancelamento da multa, e conclui requerendo a procedência parcial do lançamento de ofício.

O contribuinte se manifesta às fls. 499 a 507.

Refere-se ao mês de outubro de 2013 da quarta imputação, de forma ilustrativa, para sustentar que, neste período, foi recolhido o montante de R\$85.695,13 a título de ICMS-ST. A auditora somente considerou como pago o valor de R\$48.752,62. Além disso, não foi computada a cifra de

R\$889,08, recolhida ao Fundo de Erradicação da Pobreza, motivo pelo qual, no máximo, a exigência deveria ser de R\$ 36.053,43, e não de R\$36.942,51 (em outubro de 2013).

Ratifica as argumentações e os pedidos da defesa.

A autuante presta a segunda informação às fls. 538 a 541.

Mantém a revisão, sob o argumento de que os documentos juntados à manifestação referentes a outubro de 2013 já haviam sido anteriormente analisados (fls. 113 a 129, 398 a 400, 404 a 406, 407 a 409 e 410 a 413).

Segundo alega, não foram apresentados fatos novos.

Na assentada de julgamento do dia 07/06/2019, a 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) converteu o feito em diligência à autuante e à repartição fiscal de origem, com as seguintes anotações (fls. 551/552):

“Este Auto de Infração foi lavrado no dia 28/09/2017 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 417.348,55, sob a acusação do cometimento de 05 (cinco) irregularidades.

A presente solicitação de diligência cuida da quarta:

Infração 04 – Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições provenientes de outras unidades da Federação ou do exterior (janeiro a junho e setembro a novembro de 2013). R\$ 279.432,62 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996.

Na impugnação, de fls. 154 a 206, o autuado argumentou que os fornecedores já haviam recolhido o ICMS-ST exigido, o que tentou comprovar, por amostragem, às fls. 178 a 198.

Referiu-se ao mês de outubro de 2013, de forma ilustrativa, para sustentar que, neste específico período, foi recolhido o montante de R\$ 85.695,13. A auditora somente considerou como paga a quantia de R\$ 48.752,62.

Além disso, não foi computada a cifra de R\$ 889,08, recolhida ao Fundo de Erradicação da Pobreza, motivo pelo qual, a seu ver, no máximo, a exigência deveria ser de R\$ 36.053,43, e não de R\$ 36.942,51 (em outubro de 2013).

Juntou cópias de Notas Fiscais às fls. 371 a 430, nas quais, de fato, há destaque / retenção do ICMS-ST por parte de fornecedores inscritos no Cadastro de Contribuintes deste Estado - o que foi percebido pelos senhores julgadores Olegário Miguez Gonzalez e Rubens Moutinho dos Santos na assentada de julgamento, por meio de análise documental e de pesquisas nos sistemas de informática desta Secretaria da Fazenda.

Referidos julgadores também ressaltaram que, apesar da inexistência de convênio ou protocolo de que faça parte a unidade federativa em que se situam os remetentes, há autorização da DITRI, mediante regime especial, para que retenham e recolham o ICMS-ST.

Assim, a 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) decidiu converter o feito em diligência à auditora e à Inspetoria Fiscal de origem, para que as seguintes medidas sejam adotadas:

AUDITORA

- Intimar o contribuinte a apresentar TODOS os documentos fiscais de que trata a quarta imputação por meio dos quais deseja comprovar as suas argumentações defensivas, com ou sem retenção prévia do imposto.

- Elaborar novos demonstrativos, caso necessário, com a dedução dos valores atinentes às vendas que tenham como remetentes as pessoas jurídicas responsáveis pela retenção e recolhimento, independentemente da existência de Acordos interestaduais (convênios ou protocolos).

INSPETORIA

Terminados os trabalhos, intime-se o fiscalizado e entregue-se cópias de todos os papéis de trabalho, inclusive deste, mediante recibo a ser juntado aos autos, bem como conceda-se o prazo previsto na legislação para que, querendo, se manifeste.

Caso a sociedade empresária apresente documentação nova, a autuante deverá ser instada a prestar a respectiva informação.

Por fim, encaminhe-se o PAF à Secretaria do Conselho, para a adoção das medidas necessárias ao julgamento”.

Intimado para apresentação de livros e documentos (fls. 557 a 602; após a fl. 559 vem a de nº 600), o sujeito passivo junta manifestação às fls. 604 a 619, aduzindo que:

“(...) como já dito anteriormente, em mais de uma oportunidade, inclusive, este ICMS já havia sido recolhido pelos fornecedores do ora Peticionante no momento da comercialização das mercadorias, cujas Notas Fiscais estão anexadas aos autos às fls. 262/454, as quais se referem às empresas Colgate, P&G, Melhoramentos CMPC, Kimberly Clark, Hypermarcas e Johnson & Johnson”.

Prossegue:

“Ressalte-se que embora eles tenham efetuado o recolhimento do imposto, os mesmos estavam desobrigados de recolher, apesar de possuírem inscrição estadual de substituto, em razão de os seus Estados de origem não serem signatários de Convênio ou Protocolo.

Assim, devido à mencionada desobrigação, os i. Julgadores entenderam que caberia ao ora Peticionante buscar junto aos fornecedores os comprovantes de pagamento do imposto, sob pena de tais recolhimentos não poderem ser considerados para fins de redução ou exclusão do débito.

Em 23/07/2019 procedeu com o envio dos e-mails (Em anexo – Doc. 01) solicitando a comprovação de pagamento do ICMS-ST e a GIA-ST, tendo discriminado no ato todas as Notas Fiscais.

Entretanto, apenas a empresa Melhoramentos CMPC respondeu o e-mail enviando toda a documentação solicitada. Já a empresa Hypermarcas enviou apenas uma parte da documentação, tendo ficado sem enviar a documentação pertinente em relação às Notas Fiscais de nºs 007.376, 007.547 e 015.751, que apesar de terem sido cobradas até o momento ainda não houve resposta (E-mail em anexo – Doc. 02).

Por sua vez as empresas P&G e Kimberly Clark responderam o e-mail informando que não poderiam colaborar por questões éticas e também devido ao fato de o período estar prescrito. Por outro lado, a empresa Colgate sequer respondeu aos e-mails enviados (E-mails em anexo – Doc. 02).

Em relação à nota fiscal de nº 294.431 (Em anexo – Doc. 03), referente à empresa Johnson & Johnson, o ora Peticionante informa que a mesma não deveria ter sido incluída na autuação, na medida em que não houve o destaque do ICMS-ST na mencionada nota fiscal. Logo, sendo a infração 04 referente à cobrança do ICMS por antecipação tributária, conclui-se que o ICMS cobrado é indevido.

Destaque-se ainda que o ICMS já foi devidamente recolhido à época, como se pode observar na documentação ora anexada (Doc. 03).

Desta forma, a fim de atender ao princípio da verdade material que lastreia o processo administrativo fiscal, não há alternativa para se chegar à verdade material, se não requerer que a ASTEC intime as empresas para apresentarem tais informações, sob pena de bis in idem, tendo em vista que o ICMS destas Notas Fiscais já foi devidamente recolhido à época.

Ultrapassada essa questão, que será abordada no tópico próprio a seguir, o ora Peticionante passará a demonstrar que é indevido o ICMS cobrado em relação às operações realizadas pelas empresas Melhoramentos CMPC, Hypermarcas e Johnson & Johnson.

MELHORAMENTOS CMPC:

Nota Fiscal nº 240.180 (Doc. 05) – Aba 27 da planilha em formato Excel e fl. 27 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04, o qual já havia sido juntada aos autos com a impugnação:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 826,25, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova o extrato de pagamento obtido no site da própria Sefaz-Ba. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 246.646 (Doc. 06) – Aba 34 da planilha em formato Excel e fl. 34 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 565,24, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova o extrato de pagamento obtido no site da própria Sefaz-Ba. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 252.271 (Doc. 07) – Aba 30 da planilha em formato Excel e fl. 30 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 1.027,68, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova o extrato de pagamento obtido no site da própria Sefaz-Ba. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 254.764 (Doc. 08) – Aba 45 da planilha em formato Excel e fl. 45 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 945,45, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova o extrato de pagamento obtido no site da própria Sefaz-Ba. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 212.061 (Doc. 09) – Aba 83 da planilha em formato Excel e fl. 83 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 1.747,04, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova o extrato de pagamento obtido no site da própria Sefaz-Ba. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 212.062 (Doc. 10) – Aba 83 da planilha em formato Excel e fl. 83 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 590,91, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova o extrato de pagamento obtido no site da própria Sefaz-Ba. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 226.729 (Doc. 11) – Aba 85/86 da planilha em formato Excel e fls. 85/86 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 2.140,16, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova o extrato de pagamento obtido no site da própria Sefaz-Ba. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 228.091 (Doc. 12) – Aba 86 da planilha em formato Excel e fl. 86 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 11,82, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova o extrato de pagamento obtido no site da própria Sefaz-Ba. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 228.088 (Doc. 13) – Aba 86 da planilha em formato Excel e fl. 86 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 401,82, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova o extrato de pagamento obtido no site da própria Sefaz-Ba. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 228.092 (Doc. 14) – Aba 86 da planilha em formato Excel e fl. 86 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 768,18, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova o extrato de pagamento obtido no site da própria Sefaz-Ba. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 226.728 (Doc. 15) – Aba 85 da planilha em formato Excel e fl. 85 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 904,37, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova o extrato de pagamento obtido no site da própria Sefaz-Ba. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

HYPERMARCAS:

Nota Fiscal nº 013.615 (Doc. 16) – Aba 63 da planilha em formato Excel e fl. 63 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 2.446,81, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova a anexa Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 008.652 (Doc. 17) – Aba 46 da planilha em formato Excel e fl. 46 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 1.926,18, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova a anexa Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 016.492 (Doc. 18) – Aba 82 da planilha em formato Excel e fl. 82 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 3.238,14, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova a anexa Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Nota Fiscal nº 017.639 (Doc. 19) – Aba 94 da planilha em formato Excel e fl. 94 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que o valor do ICMS-ST é de R\$ 6.143,47, o qual já foi recolhido à época pelo fornecedor como faz prova a anexa Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

JOHNSON & JOHNSON:

Nota Fiscal nº 294.431 (Doc. 03) – Aba 45 da planilha em formato Excel e fl. 45 do Demonstrativo elaborado pela i. Auditora, ambos contidos na mídia/CD em anexo – Doc. 04:

Observa-se na nota fiscal em questão que em razão de não haver o destaque do ICMS-ST, a referida nota não deveria constar no demonstrativo, tendo em vista que a infração 04 se refere à cobrança do ICMS por antecipação. Ademais, asseverar que o ICMS foi devidamente recolhido à época pelo ora Peticionante como se pode observar na memória de cálculo e dos comprovantes de pagamento ora colacionados. Diante da comprovação, chega-se à conclusão que a mencionada NF deve ser excluída da autuação.

Embora a empresa Hypermarcas tenha fornecido a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE relativa a algumas notas, ela informou que não estava localizando a GNRE das demais notas em que também realizou o pagamento do ICMS-ST, são elas: 007.376, 007.547 e 015.751, mas que assim que localizasse iria providenciar o envio, o qual até o momento do presente protocolo ainda não havia ocorrido.

Ora, V. Sa., da leitura dos trechos acima, nota-se que a alegação do ora Peticionante é verdadeira, na medida em que restou demonstrado que o ICMS-ST foi, de fato, recolhido pelos fornecedores.

Destaque-se que a localização de tais documentos não é nada fácil, por conta de o prazo prescricional de 05 anos já ter sido ultrapassado, visto que a autuação em questão é relativa ao período de 2013.

Ante o exposto, o ora Peticionante requer que a i. Auditora retire da autuação as Notas Fiscais acima destacadas, tendo em vista o fato de que o ICMS-ST das mesmas já ter sido devidamente recolhido à época, como faz prova os documentos 05 a 19, ora anexados.

DA APLICAÇÃO DA AMOSTRAGEM PARA DESCARACTERIZAR A INFRAÇÃO 04 DEVIDO À DIFICULDADE DE COMPROVAR O RECOLHIMENTO DO ICMS-ST DE TODAS AS OPERAÇÕES

Como dito linhas acima, embora o ora Peticionante esteja se esforçando junto aos seus fornecedores para obter a comprovação do recolhimento do ICMS-ST das operações ocorridas no exercício de 2013, destaca que está tendo muita dificuldade para conseguir toda a documentação necessária para descaracterizar a infração 04.

Apesar de dificuldade, foi possível obter 15 comprovações de que o ICMS-ST foi recolhido à época, o que serviu para confirmar as alegações do ora Peticionante feitas ao longo do processo no sentido de que já teria ocorrido o recolhimento do ICMS-ST.

Ressalte-se que a dificuldade está relacionada ao fato de que as provas não dependem de si, mas sim dos seus fornecedores que na maioria são de grande porte e que possuem diversas operações. Ademais, cumpre

asseverar ainda que as operações e os recolhimentos ocorreram em 2013, ou seja, há mais de 06 anos atrás.

Além de todos esses empecilhos, ainda tem a questão ética que envolve as empresas, visto que o ICMS-ST recolhido pelas empresas foram realizados juntamente com operações de outros clientes, razão pela qual os fornecedores teriam que enviar também a memória de cálculo o que acabaria expondo as operações de terceiros.

Sabe-se que o ora Peticionante é uma empresa séria que atua há mais de 40 anos no mercado baiano e que preza em manter a sua situação fiscal sempre regular (Certidão Positiva com Efeito de Negativa em anexo – Doc. 20). O mesmo ocorre em relação aos seus fornecedores Colgate, P&G e Kimberly Clark que possuem Inscrição Estadual de Substituto regular junto ao Estado da Bahia (Cadastrados em anexo – Doc. 21).

Ora, i. Julgadores, existem várias provas capazes de confirmar que o ora Peticionante está dizendo a verdade para afastar a exigência. Vejamos:

Em razão de a infração 01 ter sido reduzida de R\$ 114.433,86 para R\$ 45.957,61 (fl. 476). Embora isto não tenha correlação direta com a infração 04, acaba por demonstrar que o ora Peticionante estava dizendo a verdade sobre o fato de a infração 01 ser parcialmente indevida;

Em razão de o ICMS-ST ter sido destacado em todas as Notas Fiscais já colacionada aos autos às fls. 262/454;

Em razão dos documentos ora colacionados (Docs. 05 a 15) que comprovam que a empresa Melhoramentos CMPC recolheu o ICMS-ST à época, mesmo sem possuir Inscrição Estadual de Substituto e Convênio ou Protocolo que a obrigasse;

Em razão dos documentos ora colacionados (Docs. 16 a 19) que comprovam que a empresa Hypermarcas recolheu o ICMS-ST à época, mesmo sem possuir Inscrição Estadual de Substituto e Convênio ou Protocolo que a obrigasse;

Em razão de as empresas Colgate, P&G e Kimberly Clark, além de serem empresas de grande porte, que prezam pelo cumprimento de suas obrigações, ainda possuírem Inscrição Estadual de Substituto regular junto ao Estado da Bahia (Cadastrados em anexo – Doc. 21). Ou seja, se as outras empresas que eram de menor porte e não possuíam Inscrição Estadual de Substituto recolheram o ICMS-ST, conclui-se que seguramente as empresas de maior porte e que possuíam a inscrição devem ter promovido o recolhimento;

Em razão de o ora Peticionante ser uma empresa séria que atua há mais de 40 anos no mercado baiano, sendo cumpridora de suas obrigações fiscais (Certidão Positiva com Efeito de Negativa em anexo – Doc. 20).

Ante o exposto, o ora Peticionante requer que V. Sa. se digne em julgar improcedente a infração 04 no que tange às Notas Fiscais de fls. 262/454, em razão de o ICMS-ST das mesmas já terem sido recolhidas pelos fornecedores à época, conforme demonstrado, por amostragem, em razão de toda a dificuldade enfrentada para obter a documentação junto aos fornecedores.

Pelo princípio da eventualidade, em prol do princípio da verdade material, requer que o presente processo seja remetido para a ASTEC, a fim de que haja a intimação dos fornecedores para que estes disponibilizem toda a documentação pertinente para demonstrar que a alegação do ora Peticionante é verdadeira.

DA NECESSIDADE DA ASTEC REALIZAR DILIGÊNCIA PARA SE CHEGAR À VERDADE MATERIAL EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS NOTAS

Como dito linhas acima, o ora Peticionante enviou e-mails (Em anexo – Doc. 01) aos fornecedores solicitando a comprovação de pagamento do ICMS-ST e a GIA-ST, tendo discriminado no ato todas as Notas Fiscais, a fim de comprovar que a cobrança da infração 04 é indevida.

Contudo, as empresas P&G e Kimberly Clark responderam o e-mail informando que não poderiam colaborar por questões éticas e também devido ao fato de o período estar prescrito. Por sua vez, a empresa Colgate sequer respondeu ao e-mail (E-mails em anexo – Doc. 02).

Diante da impossibilidade de obter a documentação de forma amigável, o ora Peticionante requer que a ASTEC intime as mencionadas empresas para que elas possam apresentar toda a documentação necessária, a fim de evitar que injustiças sejam cometidas.

Para tanto, passará a informar o número da Inscrição Estadual de Substituto de cada uma delas, bem como a discriminá-las as Notas Fiscais objeto da infração 04:

P&G – Inscrição nº 86565280: [planilha de fl. 618].

COLGATE – Inscrição nº 85120031: [planilha de fl. 619].

KIMBERLY CLARK – Inscrição nº 75478003: [planilha de fl. 619].

Portanto, fica requerida, desde já, a REVISÃO FISCAL por meio da ASTEC, sob pena de se estar punindo injustamente o ora Peticionante com a cobrança indevida de ICMS, visto que o mesmo já foi recolhido pelas mencionadas empresas devido ao fato de elas possuírem Inscrição Estadual de Substituto junto ao Estado da Bahia.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer o ora Peticionante que V. Sa. se digne em julgar improcedente a infração 04 em relação às Notas Fiscais colacionadas aos autos às fls. 262/454, em razão de o ICMS-ST já ter sido recolhido pelos seus fornecedores, conforme comprovado na presente petição, por amostragem, através dos docs. 05 a 19”.

Pelo princípio da eventualidade, em prol do princípio da verdade material, requer que o presente processo seja remetido para a ASTEC, a fim de que haja a intimação dos fornecedores para que estes disponibilizem toda a documentação pertinente para afastar a infração imputada”.

Às fls. 710 a 712, a auditora informa que – em cumprimento à determinação de diligência da JJF -, referente à infração 04, intimou o autuado para apresentar TODOS os documentos comprovantes das alegações defensivas.

Em seguida, afirma ter deduzido do total exigido os valores referentes às operações cujos recolhimentos do ICMS-ST foram devidamente comprovados (documentos 05 a 19 da manifestação de fls. 604 a 619).

Também acolheu as razões defensivas atinentes ao período de outubro de 2013, no que diz respeito ao recolhimento de R\$ 889,08, destinado ao Fundo de Erradicação e Combate à Pobreza.

Com isso, de acordo com a planilha de fl. 711, o ICMS-ST referente a este item da autuação foi alterado, de R\$ 279.432,62 para R\$ 256.396,01.

Quanto às demais sustentações, assegura que o impugnante está equivocado, nos termos expostos às fls. 711/712.

O autuado ingressa com nova manifestação às fls. 726 a 737:

“Em que pese a i. Auditora já tenha reconhecido e excluído uma parte desta infração, há de ressaltar que ela não teceu comentários a respeito da nota fiscal de nº 294.431, referente à empresa Johnson & Johnson, que também deve ser excluída em razão de não ter tido o destaque do ICMS-ST. Logo, sendo a infração 04 referente à cobrança do ICMS por antecipação tributária, conclui-se que o ICMS cobrado é indevido, data máxima vênia.

Ademais, cumpre asseverar que com a exclusão das 15 Notas Fiscais citadas pela i. Auditora, que foram obtidas com muita dificuldade pelo ora Peticionante, está ainda mais claro que os fundamentos defensivos aduzidos até o momento são verídicos.

Ou seja, caso tais Notas Fiscais não tivessem sido localizadas, certamente a i. Auditora não teria reconhecido que o ICMS-ST já teria sido recolhido pelo fornecedor, o que acabaria por prejudicar, demasiadamente, o Peticionante na medida em que teria de arcar novamente com o imposto.

Logo, chega-se à conclusão que este mesmo equívoco será cometido em relação às Notas Fiscais emitidas pelas empresas P&G, Colgate, Kimberly Clark e Hypermarcas, na medida em que não foi possível ao ora Peticionante obtê-las, devido ao fato das referidas empresas não terem fornecidos as informações e comprovantes diretamente à ora Peticionante.

Desta forma, levando-se em consideração os fundamentos aduzidos até o momento e a comprovação de que as empresas Melhoramentos CMPC e Hypermarcas haviam recolhido o ICMS-ST, reitera o seu pedido para que as Notas Fiscais de fls. 262/454 também sejam excluídas da autuação, conforme os fundamentos a seguir expostos.

DA DESCARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO 04

Como dito em sua primeira manifestação à informação fiscal, embora o ora Peticionante esteja se esforçando junto aos seus fornecedores para obter a comprovação do recolhimento do ICMS-ST das operações ocorridas no exercício de 2013, destaca que até o momento nenhum deles enviou a documentação necessária para subsidiar a Autuada a descharacterizar a infração 04, fato que não impede a devida apuração por parte da SEFAZ.

Ressalte-se, novamente, que a dificuldade está relacionada ao fato de que as provas não dependem de si, mas sim dos seus fornecedores que na maioria são de grande porte e que possuem diversas operações, inclusive medidas de compliance que impede a divulgação de informações a terceiros. Ademais, cumpre asseverar ainda que as operações e os recolhimentos ocorreram em 2013, ou seja, há mais de 06 anos, razão pela qual todo o período está prescrito, tendo em vista o quanto previsto no inciso VII, do art. 34, da Lei nº 7.014/96:

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

(...)

VII - manter os livros e documentos fiscais no estabelecimento, bem como as faturas, duplicatas, guias, recibos e demais documentos relacionados com o imposto, à disposição do fisco, durante 5 (cinco) anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária;

Assim, levando-se em consideração o quanto disposto neste inciso, chega-se à conclusão que as empresas não possuem mais os documentos fiscais necessários para elucidar a controvérsia existente em relação a essa infração. Inclusive, vale ressaltar que em resposta aos e-mails enviados foi constatado exatamente isso, como se pode observar abaixo: [e-mails de fl. 729].

Além de todos esses empecilhos, ainda tem a questão ética que envolve as empresas, visto que o ICMS-ST recolhido pelas empresas foram realizados juntamente com operações de outros clientes, razão pela qual os fornecedores teriam que enviar também a memória de cálculo, o que acabaria expondo às operações de terceiros, medida proibida segundo regras básicas de compliance.

Desta forma, i. Julgadores, o ora Peticionante reitera o seu pedido para que as Notas Fiscais anexadas às fls. 262/454 sejam excluídas da autuação em prol do princípio da verdade material, tendo em vista que, assim como ocorreu em relação à empresa Melhoramentos CPMC e Hypermarcas, estas empresas também efetuaram o recolhimento do ICMS-ST.

Em razão de toda a documentação colacionada à primeira manifestação, que foi acatada pela i. Auditora, restou demonstrado que o ora Peticionante cumpriu, ainda que parcialmente devido à dificuldade encontrada, o quanto disposto no inciso II, do art. 373 do CPC/15.

Assim, conclui-se que as alegações aduzidas pelo ora Peticionante não se tratam de simples negativas do cometimento da infração, razão pela qual não se aplica ao presente caso o art. 143 do RPAF, que prevê:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Vale ressaltar ainda que da mesma forma o art. 142 do RPAF também não se aplica ao caso em questão, na medida em que os elementos probatórios necessários para a comprovação do seu direito não estão em sua posse, mas sim em posse do Estado da Bahia e dos fornecedores.

Destaque-se, mais uma vez, os indícios que são capazes de concluir-se que as alegações aduzidas ao longo do processo são verídicas. Veja-se:

Em razão de a infração 01 ter sido reconhecida parcialmente e posteriormente reduzida de R\$ 114.433,86 para R\$ 45.957,61 (fl. 476), comprovando que o Peticionante não está buscando não pagar imposto, mas sim apenas pagar o que de fato é devido. Embora isto não tenha correlação direta com a infração 04, acaba por demonstrar que o ora Peticionante sempre esteve de boa-fé;

Em razão de o ICMS-ST ter sido destacado em todas as Notas Fiscais já colacionada aos autos às fls. 262/454;

Em razão de ter sido comprovado que a empresa Melhoramentos CPMC recolheu o ICMS-ST à época, mesmo sem possuir Inscrição Estadual de Substituto e Convênio ou Protocolo que a obrigasse;

Em razão de ter sido comprovado que a empresa Hypermarcas recolheu o ICMS-ST à época, mesmo sem possuir Inscrição Estadual de Substituto e Convênio ou Protocolo que a obrigasse;

Em razão de as empresas Colgate, P&G e Kimberly Clark, além de serem empresas de grande porte, que prezam pelo cumprimento de suas obrigações, ainda possuem Inscrição Estadual de Substituto regular junto ao Estado da Bahia (Cadastrados já anexados aos autos). Ou seja, se as outras empresas que eram de menor porte e não possuam Inscrição Estadual de Substituto recolheram o ICMS-ST, conclui-se que seguramente as empresas de maior porte e que possuem a inscrição na SEFAZ/BA devem ter promovido o recolhimento;

Em razão de o ora Peticionante ser uma empresa séria que atua há mais de 40 anos no mercado baiano, sendo cumpridora de suas obrigações fiscais (Certidão Positiva com Efeito de Negativa já anexada aos autos).

Ante o exposto, o ora Peticionante requer que a infração 04 seja julgada improcedente, no que tange às Notas Fiscais de fls. 262/454, em razão de o ICMS-ST das mesmas já terem sido recolhido pelos fornecedores à época, conforme demonstrado, sendo oportuno registrar toda a dificuldade enfrentada para obter a documentação junto aos fornecedores tendo em vista que o período autuado já se encontra prescrito, razão pela qual as empresas não possuem mais obrigação em manter a documentação em seus arquivos, de acordo com o quanto previsto no inciso VII, do art. 34, da Lei nº 7.014/96.

Pelo princípio da eventualidade, caso se entenda que os fundamentos, os indícios e os documentos colacionados até o presente momento não são capazes de comprovar o quanto requerido, requer que o presente processo seja remetido para a ASTEC, a fim de que haja a intimação dos fornecedores para que estes disponibilizem, diretamente à SEFAZ, toda a documentação pertinente para comprovar que a defesa do ora Peticionante é procedente.

DA NECESSIDADE DA ASTEC REALIZAR DILIGÊNCIA PARA SE CHEGAR À VERDADE MATERIAL EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS NOTAS

O art. 2º do RPAF traz expressamente em sua redação os princípios de direito que são aplicáveis aos procedimentos administrativos, dentre eles o da verdade material. Veja-se:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Como dito em sua primeira manifestação, o ora Peticionante enviou e-mails aos fornecedores solicitando a comprovação de pagamento do ICMS-ST e a GIA-ST, tendo discriminado no ato todas as Notas Fiscais, a fim de comprovar que a cobrança da infração 04 é indevida.

Contudo, as empresas P&G e Kimberly Clark responderam o e-mail informando que não poderiam colaborar por questões éticas e, também, devido ao fato de o período estar prescrito. Por sua vez, a empresa Colgate sequer respondeu ao e-mail (E-mails já anexados aos autos).

Assim, diante da impossibilidade de obter a documentação de forma direta e amigável, o ora Peticionante requer, com base no art. 144 do RPAF, que a ASTEC intime as mencionadas empresas para que elas possam apresentar toda a documentação necessária, a fim de evitar seja feita cobrança em duplicidade de ICMS.

Para tanto, passará a informar o número da Inscrição Estadual de Substituto de cada uma delas, bem como a discriminá-las as Notas Fiscais objeto da infração 04:

P&G – Inscrição nº 86565280: [planilha de fl. 734].

COLGATE – Inscrição nº 85120031: [planilha de fl. 735].

KIMBERLY CLARK – Inscrição nº 75478003: [planilha de fl. 735].

Desta forma, a fim de atender ao princípio da verdade material que lastreia o processo administrativo fiscal, não há alternativa para se chegar a ela, se não requerer que a ASTEC intime as empresas para apresentarem tais informações, sob pena de bis in idem, tendo em vista que o ICMS-ST destas Notas Fiscais já foi devidamente recolhido à época pelos fornecedores.

A respeito da fundamental importância do princípio da verdade material, vale a pena transcrever uma passagem do voto proferido pelo i. Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco, da 2ª Câmara deste CONSEF, nos autos do AI nº 280080.0067/05-5:

“Em verdade, a pretensão do autuado é uma revisão integral da autuação, a cargo do fisco, não sendo possível se atender este pleito sem que o requerente faça a produção das provas que lhe cabem, ainda que por amostragem, conforme já enfatizamos acima. A busca da verdade material é um dos princípios que norteiam o processo administrativo fiscal, porém é necessário que no processo sejam apresentados um

mínimo de provas que evidenciem haver fragilidades no levantamento fiscal, deflagrando assim, da parte do órgão de julgamento, o pedido de revisão do feito.”

Logo, tendo o ora Peticionante apresentado provas que evidenciam que a infração 04 é frágil, na medida em que o ICMS-ST já foi devidamente recolhido pelos fornecedores, é medida que se impõe, d. v., a realização de uma revisão do feito por meio da colaboração e apresentação de documentação a serem entregues pelas empresas P&G, Colgate e Kimberly Clark.

Portanto, fica requerida, desde já, a REVISÃO FISCAL por meio da ASTEC, sob pena de se estar punindo injustamente o ora Peticionante com a cobrança indevida de ICMS, visto que o mesmo já foi recolhido pelas mencionadas empresas devido ao relevante fato de elas possuírem Inscrição Estadual de Substituto junto ao Estado da Bahia.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer o ora Peticionante que o i. Julgador se digne em julgar improcedente a infração 04 em relação a nota fiscal nº 294.431 e as Notas Fiscais colacionadas aos autos às fls. 262/454, em razão de o ICMS-ST já ter sido recolhido pelos seus fornecedores, conforme comprovado na presente petição, em especial através dos docs. 05 a 19.

Pelo princípio da eventualidade, em prol do princípio da verdade material, requer que o presente processo seja remetido para a ASTEC, a fim de que haja a intimação dos fornecedores para que estes disponibilizem toda a documentação pertinente para afastar a infração imputada, sob pena de bis in idem”.

A auditora volta a prestar informação às fls. 740/741.

Reitera o que já havia dito anteriormente e, com relação ao argumento de que nada disse a respeito das Notas Fiscais emitidas por P&G, COLGATE e KIMBERLY CLARK, esclarece que a acusação é de recolhimento a menor, e não de falta de recolhimento.

De acordo com as considerações tecidas à fl. 741, os valores recolhidos concernentes às Notas Fiscais mencionadas pelo impugnante foram levados em conta na apuração, como no mês de novembro de 2013, em que se constatou a cifra total devida de R\$ 133.331,63, tendo sido efetivamente paga apenas a quantia de R\$ 132.549,67.

À fl. 774, no dia 29/01/2020, o feito foi convertido em nova diligência, com as seguintes anotações:

“O presente Auto de Infração foi lavrado no dia 28/09/2017 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 417.348,55, sob a acusação do cometimento de 05 (cinco) irregularidades, das quais a primeira cuida do seguinte:

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem escrituração, decorrente da falta de registro de saídas em montante superior ao das entradas omitidas, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2013). R\$ 114.433,86 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996.

Ao analisar o CD de fl. 21, observa-se que, quanto à imputação acima discriminada, no arquivo AUDIF - 207 - AUDITORIA DO ESTOQUE - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - LISTA GERAL DAS OMISSÕES, não foram computados os respectivos valores na coluna das PERDAS.

A redação atual do antigo parágrafo único do art. 3º da Portaria 445/98, que passou a vigorar como § 1º, foi dada pela Portaria número 001, de 03/01/2020, segundo a qual, nos levantamentos quantitativos de estoques de estabelecimentos do ramo do deficiente, deve ser obrigatoriamente observado o índice de 0,99% (inciso VII).

Em face do exposto, na pauta de julgamento do dia 29/01/2020, esta 2ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) decidiu converter o feito em diligência à autoridade autuante e à Inspetoria de origem, para que as seguintes medidas sejam adotadas:

AUTUANTE

- Intimar o sujeito passivo para COMPROVAR os índices de perdas das mercadorias autuadas.
- Caso efetivamente comprovados os referidos índices, na hipótese de serem maiores do que o do inciso VII, acima mencionado, utilizá-los para a elaboração de novo demonstrativo.
- Na hipótese de não serem comprovados ou de se mostrarem menores do que aquele previsto no referido dispositivo da Portaria 445/98 (0,99% - inciso VII do § 1º), utilizar o percentual do inciso VII para revisar a apuração da infração 01.
- Elaborar novo levantamento da primeira imputação e junta-los aos autos.

INSPETORIA

- *Intimar o autuado do resultado da diligência, com a entrega de todos os papéis de trabalho mediante recibo, inclusive deste, bem como com a concessão do prazo previsto na legislação para que, querendo, se manifeste.*

- *Se o contribuinte, ao se manifestar, colacionar aos autos elementos de prova, planilhas, argumentos ou cálculos até então desconhecidos, o PAF deverá ser encaminhado ao servidor público responsável pela autuação, para que preste nova informação fiscal.*

Por fim, sejam encaminhados os autos para a Secretaria do Conselho, com vistas à adoção das medidas necessárias ao julgamento”.

Intimado para apresentar documentos, o sujeito passivo ingressa com petição às fls. 783 a 787, na qual informa ter direito à aplicação de índice de perdas maior do que 0,99%, qual seja, 2,05%, previsto no inciso I do § 1º do art. 3º da Portaria 445/98.

Reitera as alegações defensivas atinentes à infração 04.

Às fls. 792/793, a autuante presta nova informação fiscal, na qual ressalta ter aplicado o índice sugerido e alcançado um novo valor para a infração 01, de R\$ 40.628,27, conforme os demonstrativos de fls. 795 a 806, com o qual o autuado concorda (fl. 810).

VOTO

Primeiramente, cumpre ressaltar que as infrações 01 e 02/03 resultam de levantamentos quantitativos de estoques no exercício fechado de 2013 de mercadorias diferentes, o que se pode observar nos levantamentos de fls. 26 a 33 e 102 a 110, razão por que não acolho a tese de invalidade das infrações 02/03, porquanto fundamentada no equivocado argumento de sobreposição de exigências.

Conforme o art. 10, I da Portaria nº 445/1998, no caso de omissão do registro de entradas de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária – fato constatado nas apurações das infrações 02/03 –, se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento: a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal (infração 02), e b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, com base nos percentuais de margens de valores adicionados (infração 03).

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários ao julgamento estão presentes nos autos.

Fundamentado no art. 147, I “a” do RPAF-BA/1999, indefiro o pleito de realização de diligência à ASTEC/CONSEF, pois a auditora, instada pela JJF, intimou o impugnante, fornecendo-lhe prazo para a apresentação de TODOS os documentos comprovantes dos argumentos defensivos, tendo efetuado as correções pertinentes, conforme passarei a expor nos parágrafos seguintes.

No mérito do primeiro item do Auto de Infração, a autuante efetuou revisão e obedeceu ao comando do art. 3º, III da Portaria nº 445/1998, segundo o qual, 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 em um mesmo item as espécies de mercadorias afins.

Por força de nova solicitação de diligência, às fls. 792/793, a autuante prestou outra informação fiscal, na qual ressaltou ter aplicado o índice de perdas sugerido pela Junta de Julgamento Fiscal (inciso VII do § 1º do art. 3º da Portaria 445/98; 0,99%), tendo em vista a atividade econômica

desenvolvida pelo autuado, e alcançado um novo valor para a infração 01, de R\$40.628,27, conforme os demonstrativos de fls. 795 a 806, com o qual o autuado concordou (fl. 810).

Acolho o levantamento de fls. 795 a 806, elaborado pela Fiscalização, de modo que o valor da infração 01 seja alterado, de R\$114.433,86 para R\$40.628,27.

O mérito das infrações 02/03 não foi impugnado, motivo pelo qual serão mantidas.

O sujeito passivo, ao se manifestar sobre a quarta imputação após a informação fiscal (fls. 499 a 507), referiu-se ilustrativamente ao mês de outubro de 2013 para sustentar que nesse período foi recolhido o montante de R\$85.695,13 a título de ICMS-ST.

Aduziu que a Fiscalização considerou como pago apenas o montante de R\$48.752,62. Além disso, não teria sido computada a cifra de R\$889,08, recolhida ao Fundo de Erradicação da Pobreza, em função de que, no máximo, a exigência deveria ser de R\$36.053,43, e não de R\$36.942,51 (em outubro de 2013).

As argumentações defensivas deste específico período estão às fls. 193 a 195.

Colacionadas cópias de Notas Fiscais às fls. 371 a 430, nas quais os membros da 1ª Junta verificaram que, de fato, havia destaque do ICMS-ST, muito embora, naquela oportunidade, não tenham sido apresentados os comprovantes dos efetivos recolhimentos.

Apesar da inexistência de convênio ou protocolo de que fizesse parte a unidade federativa em que se situam os remetentes, notou-se a existência de autorização da DITRI, mediante regime especial, para que os fornecedores retivessem e recolhessem o ICMS-ST.

Com isso, o PAF (Processo Administrativo Fiscal) foi convertido em diligência para que a autoridade fiscalizadora intimasse o contribuinte a apresentar TODOS os documentos fiscais de que trata a quarta imputação (com ou sem retenção prévia do imposto), por meio dos quais desejasse comprovar as suas argumentações defensivas.

Requerida a elaboração de novos demonstrativos, caso necessário, com a dedução dos montantes atinentes às vendas que tivessem como remetentes as pessoas jurídicas responsáveis pela retenção e recolhimento, independentemente da existência de acordos interestaduais (convênios ou protocolos).

Cumprindo o que foi determinado pela JJF, a auditora intimou o defendant para apresentar TODOS os documentos comprovantes das alegações defensivas.

Deduziu do total exigido os valores referentes às operações cujos recolhimentos do ICMS-ST foram devidamente comprovados (documentos 05 a 19 da manifestação de fls. 604 a 619).

Também acolheu as razões defensivas concernentes ao período de outubro de 2013, no que diz respeito ao pagamento de R\$889,08, destinado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Quanto à alegação de que nada se disse na informação fiscal a respeito das notas emitidas por P&G, COLGATE e KIMBERLY CLARK, comungo do entendimento de que a acusação é de recolhimento a menor, e não de falta de recolhimento.

Ou seja, os valores comprovadamente recolhidos foram computados na apuração da infração, o que está comprovado nos demonstrativos, pelo que não cabe a quem acusa traduzir o inteiro teor dos cálculos a termos dissertativos.

Tal situação restou minuciosamente explicada às fls. 711/712 e 741.

Por exemplo, no mês de novembro de 2013 foi constatada a quantia total devida de R\$133.331,63, tendo sido efetivamente recolhido pelo defendant apenas o valor de R\$132.549,67.

Neste período (novembro de 2013), os comprovantes de recolhimento juntados pelo impugnante ao se defender perfizeram a quantia de R\$27.775,82, menor do que os R\$132.549,67 computados em seu favor no levantamento fiscal (fl. 112).

Com respeito ao DANFE 294.431, de fl. 645, consta do seu campo destinado às informações complementares que o ICMS-ST foi recolhido pelo remetente por meio de GNRE (Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais). Consoante o que já foi acima exposto, os valores comprovadamente recolhidos foram computados na apuração da infração.

Acato a planilha de fl. 711, elaborada pelo Fisco, para que o ICMS-ST referente a este item da autuação seja alterado, de R\$279.432,62 para R\$256.396,01 (infração 04).

Infração 04 parcialmente elidida.

Relativamente às multas, supostamente confiscatórias, este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade, tampouco para negar eficácia às normas emanadas de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Indefiro os pedidos de redução, dedução do total atinente às operações não tributáveis ou cancelamento da penalidade por descumprimento de obrigação acessória (irregularidade comprovada nos autos), fundamentados no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996, visto que revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, publicada no Diário Oficial do Estado de 13/12/19, com efeitos a partir de 13/12/19.

Ainda que se entenda pela aplicação por ultratividade do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996 (em vigor à época dos fatos), tenho como ausente um dos requisitos ali dispostos: que da infração não tenha resultado falta de pagamento do imposto.

A referida Lei, no § 4º do art. 4º, presume a ocorrência de saídas tributáveis sem registro na escrita e, consequentemente, sem tributação, sempre que se constatar omissão no lançamento das entradas no livro próprio.

Infração 05 caracterizada.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$320.506,35, com a homologação dos valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207101.0002/17-0**, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$312.151,41**, acrescido das multas de 60% sobre R\$258.917,21 e 100% sobre R\$53.234,25, previstas no art. 42, II, “d” e III da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$8.354,89**, prevista no art. 42, IX da referida Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005 e a homologação dos valores recolhidos.

Esta junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda Estadual, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2021

PAULO DANILo REIS LOPES - PRESIDENTE/RELATOR

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA- JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR