

**A. I. Nº** - 102148.0006/17-0  
**AUTUADO** - HOOLIGAN COMÉRCIO DE ROUPAS E CALÇADOS LTDA.  
**AUTUANTE** - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 19/05/2023

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0078-03/23-VD**

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível; **b) OMISSÃO DE ENTRADAS. MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b.1) POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA; b.2) POR RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO.** Ajustes realizado pelo Autuante, em sede de informação fiscal, reduziu o valor originalmente cobrado. Infrações parcialmente subsistentes. Preliminares de nulidade não acatadas. Negado pedido de redução ou cancelamento das multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 08/05/2017, exige crédito tributário no valor de R\$ 709.94,72, em razão das seguintes irregularidades:

**Infração 01.** 04.05.02. Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias, em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2014 e 2015, no valor de R\$ 19.716,03, acrescido da multa de 100%;

**Infração 02.** 04.05.08. Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2014 e 2015. Exigido o valor de R\$ 492.531,62, acrescido da multa de 100%;

**Infração 03.** 04.05.09. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com o percentual de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2014 e 2015, no valor de R\$196.847,07, acrescido da multa de 60%.

O Autuado impugna o lançamento às fls. 794 a 807.

Assinala que de uma simples análise do Auto de Infração, contudo, se verifica que o lançamento é nulo, uma vez que todas as infrações nele apontadas decorrem de problemas verificados na Escrituração Fiscal Digital - EFD. Entretanto, observa que não foi notificada para promover a retificação dos valores relativos aos períodos de outubro a dezembro de 2013, janeiro de 2015 e março a dezembro de 2015. Acrescenta que, em relação aos períodos de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, solicitou a retificação da EFD, que foi regularmente deferida, não merecendo a Impugnação ser mantida quanto a esses períodos. Por fim, apesar dos problemas verificados na EFD, não houve qualquer prejuízo para o erário, porque a Impugnante efetuou os recolhimentos de ICMS do período, demonstrando a irregularidade do Auto de Infração.

Registra que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência dos problemas por ele enfrentados com a codificação de suas mercadorias. Na entrada em seu estabelecimento, elas recebem um código que não corresponde ao código da mesma mercadoria lançada na saída. Isso levou o fisco a concluir que operava venda de mercadorias sem registro de entrada no estabelecimento e saída de mercadorias sem a emissão do documento fiscal

Destaca que também possui como fundamento legal o disposto no inciso IV, do art. 6º, da Lei nº 7.014/96, cujo teor reproduz.

Afirma que diante disso, não lhe resta outra alternativa senão apresentar a presente defesa administrativa, de modo a demonstrar que os valores que estão sendo dela exigidos a título de ICMS não são devidos pelo simples fato de que já foram anteriormente recolhidos.

Registra que as três infrações apontadas no Auto de Infração decorrem do fato de que não teria apresentado as informações relativas à EFD adequadamente. No entanto, o lançamento somente poderia ser efetuado após sua intimação para enviar EFD não entregue ou retificar a EFD entregue com inconsistências, conforme disposto no art. 247, §4º, do RICMS-BA/12, cujo teor reproduz.

Sustenta que, nos termos do citado artigo, deveria ter sido intimada para entregar a EFD ou retificar as inconsistências porventura existentes em relação aos períodos de outubro a dezembro de 2013, janeiro de 2015 e março a dezembro de 2015 antes da lavratura do Auto de Infração. Assevera que não o tendo sido, o lançamento é nulo em relação a esses períodos.

Frisa que nesse sentido, inclusive, já decidiu o Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, em caso relativo à correção de dados erroneamente transmitidos por meio do SINTEGRA, reproduzindo a ementa do *ACÓRDÃO JJF Nº 0129-02/09*.

Assevera que nestas condições, não tendo sido intimada para a apresentação nem para a retificação de informações apresentadas com inconsistência por meio da EFD, fica demonstrada a nulidade do Auto de Infração em relação aos períodos de outubro a dezembro de 2013, janeiro de 2015 e março a dezembro de 2015, que deverá, pois, ser cancelado em relação a eles em razão do descumprimento da exigência contida no art. 247, §4º, do RICMS-BA/12.

Nulidade do procedimento administrativo por inobservância da exigência contida na Cláusula 13, do Ajuste SINIEF nº 02/09.

Revela que Cláusula 13, do Ajuste SINIEF nº 02/09, prevê que o contribuinte poderá retificar a EFD, observados os seguintes prazos: (i) até o 5º dia do mês.

Observa que, com base na Cláusula 13, III, do Ajuste SINIEF nº 02/09, apresentou, junto à autoridade fazendária, pedidos de retificação da EFD do período janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Conforme consta do Recibo de Solicitação de Retificação, processo nº 693420170 e 693620172, emitido pela Superintendência de Administração Tributária - SAT - (doc. 03), o pedido foi deferido.

Menciona que, em decorrência disso, a EFD foi regularmente retificada pela Impugnante, conforme demonstram os Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital anexos (doc. 04).

Dessa forma, tendo sido o pedido de retificação formulado conforme Cláusula 13, III, do Ajuste SINIEF nº 02/09 e deferido pela administração fazendária ainda tendo transmitido as EFD retificadoras, fica evidente, também por esta razão, a nulidade Auto de Infração relativamente aos períodos de janeiro de 2014 e de março a julho de 2014.

Observa que nos itens precedentes, ficou demonstrado que a cobrança é nula, porque não foi atendida a exigência da legislação baiana, que determina que, antes da lavratura do Auto de Infração, o contribuinte seja intimado para entrega das informações ou para retificar aquelas prestadas com inconsistência, por meio da EFD, no prazo de 30 dias.

Afirma não ser esse, contudo, o único vício que macula o lançamento. O fundamento legal utilizado para as Infrações 02 e 03 apontadas no Auto de Infração é aquele posto no art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreve.

Explica que não houve, no caso, a venda de mercadorias sem a emissão de documento fiscal nem a utilização de documentação fiscal inidônea. Esclarece que em todas as vendas efetuadas foram emitidos os cupons fiscais por meio do Emissor de Cupom Fiscal - ECF, nos termos do art. 113, do RICMS-BA/12.

Diz somar-se a isso, ainda, o fato de que não se verificam, no caso concreto, nenhuma das hipóteses em que se consideram inidôneos os documentos fiscais, conforme art. 44, II, da Lei 7.014/96.

Registra que não se pode afirmar que a emissão regular de cupons fiscais relativos a todas as vendas de mercadorias realizadas tenha ensejado: (i) omissão de indicações; (ii) documento diferente daquele exigido pela legislação para acobertar a venda de mercadorias; (iii) inobservância de requisitos ou exigências previstas na legislação; (iv) declaração inexata sobre a venda de mercadorias; (v) ausência de referência a uma operação de circulação de mercadorias; (vi) utilização do documento fiscal com o intuito de fraude; ou (vii) emissão do documento por contribuinte fictício, que não mais exerça as suas atividades ou que se encontre com a sua inscrição estadual desabilitada.

Explica que a emissão dos cupons fiscais foi feita em relação a todas as vendas de mercadorias, em obediência ao disposto no art. 113, do RICMS/BA. Portanto, não há caracterização de nenhuma das hipóteses previstas no art. 44, II, da Lei nº 7.014/96, as quais tornam inidôneo o cupom fiscal emitido.

Assevera que, neste sentido, tendo em vista que emitiu regularmente os cupons fiscais decorrentes de suas vendas ao consumidor final (não contribuinte), as Infrações 02 e 03 do Auto de Infração não possuem fundamento jurídico, sendo, por esta razão, nulo o respectivo lançamento.

Afirma haver violação a sua ampla defesa, tendo em vista a incorreção do enquadramento legal suscitado, qual seja, art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96, o que também enseja a nulidade do Auto de Infração.

Prossegue destacando que além da incorreção do enquadramento legal das Infrações 02 e 03, há, ainda, violação à ampla defesa também em relação à Infração 01.

Isso porque, neste caso, foi aplicada a multa de 100% do valor do imposto, penalidade prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, nas hipóteses de: (i) saldo credor de caixa; (ii) suprimento a caixa de origem não comprovada; (iii) manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes; (iv) entradas de mercadorias ou bens não registrados; (v) pagamentos não registrados; (vi) valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por instituições financeiras, administradoras de cartões de crédito ou débito; “shopping centers” e centro comercial ou empreendimento semelhante; (vii) outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.

Afirma que, considerando a descrição da Infração 01, nenhuma das hipóteses de multa acima citadas poderia ter sido aplicada, por não ter se verificado qualquer daquelas situações. Não há, neste sentido, qualquer correlação entre a multa aplicada e a infração supostamente cometida.

Aduz que o erro no enquadramento legal da multa aplicada à Infração 01, além de lhe transferir o dever de interpretar a intenção da autoridade fazendária ao expedir o Auto de Infração, representa violação ao direito de defesa da Impugnante.

Sustenta ser evidente, por esta razão, a nulidade do Auto de Infração, também neste ponto.

Ao tratar do mérito, menciona que, conforme demonstram as planilhas que relacionam todas as vendas e a apuração do ICMS devido, bem como as guias e comprovantes de pagamento, verifica-se que os recolhimentos desse imposto foram regular e integralmente feitos (doc. 05). Não há, pois, qualquer valor devido a título de ICMS que possa fundamentar a exigência.

Afirma que o Auto de Infração foi lavrado em face dos problemas por ele enfrentados com a codificação de suas mercadorias. Na entrada em seu estabelecimento, elas recebem um código que não corresponde ao código da mesma mercadoria lançada na saída. Isso levou o fisco a concluir que operava venda de mercadorias sem registro de entrada no estabelecimento e saída de mercadorias sem a emissão do documento fiscal correspondente, por ausência de escrituração na entrada. No entanto, trata-se das mesmas mercadorias com códigos distintos nas duas pontas da operação da Impugnante - na entrada e na saída.

Pondera que, foram autuadas as saídas sem a comprovação de entradas e as entradas registradas, em relação as quais, segundo a fiscalização, foram vendidas sem a emissão do documento fiscal respectivo. Com essa justificativa, o tributo foi lançado em duplicidade, tanto na entrada quanto na saída em relação às mesmas mercadorias.

Esclarece, neste ponto, que, ainda que existam erros nos lançamentos feitos em EFD, apurou o ICMS com base em todos os cupons fiscais emitidos diariamente por meio do EFC. Dessa forma, documentou de forma integral as vendas de mercadorias por ela realizadas.

Observa que ao fim de cada dia, efetuava o fechamento fiscal do EFC e emitia os relatórios respectivos, resumindo as vendas realizadas em duas categorias: a primeira, relativa àquelas com substituição tributária e a segunda, correlata àquelas em que havia apenas a incidência do ICMS sobre a operação própria.

Diz que a partir das vendas efetuadas e regularmente documentadas pela emissão de cupom fiscal, efetuava o seu controle de estoque, levando em consideração, também, as mercadorias adquiridas. Todo esse controle era feito internamente e, a partir dele, apurava-se o ICMS incidente, conforme planilhas anexas a essa Impugnação e Registros de Apuração do ICMS (doc. 05).

Pondera que essa forma de apuração pode não estar rigorosamente de acordo com o que prevê a legislação de regência, mas a partir dela, pode-se perfeitamente apurar o imposto devido e efetuar o seu recolhimento. E foi justamente o que fez.

Afirma que a autoridade fazendária desconsiderou por completo essa forma de apuração, afirmando que ante as incorreções contidas na EFD, a Impugnante não havia efetuado qualquer recolhimento a título de ICMS. Exigiu, pois, o ICMS sem considerar quaisquer dos pagamentos já realizados no período autuado.

Assevera que a impossibilidade de manutenção do Auto de Infração é, pois, flagrante. Afinal, por supostos vícios na forma de apuração do ICMS, pretende exigir valores de imposto já devidamente recolhidos, como comprova a farta documentação anexa.

Reitera ainda que esse não seja o método previsto na legislação como o mais adequado para se obter a base de cálculo, ele permite que ela seja regulamente apurada e, a partir disso, o ICMS devido seja corretamente calculado. Desse modo, assevera que apurava o ICMS a recolher tanto

em operação própria quanto em substituição tributária e efetuava o pagamento do imposto devido, não tendo gerado, por conseguinte, qualquer prejuízo ao erário.

Assim, por ter sido feito controle de estoque e venda de mercadorias, sendo devidamente apurado e recolhido o ICMS devido, tanto na qualidade de substituto e por antecipação, quanto nas operações próprias, não pode ser mantido o Auto de Infração, sob pena de se exigir em duplicidade imposto já devidamente apurado e recolhido.

Prossegue aduzindo que, demonstrada a ilegalidade da exigência dos montantes apurados a título de ICMS, uma vez que já recolhidos, passa-se a demonstrar a impossibilidade de manutenção, também, das multas exigidas.

Depois de reproduz o teor do art. 158, do RPAF-BA/99, diz verificar, portanto, a necessidade do preenchimento de dois requisitos para o cancelamento de multas aplicadas aos contribuintes do ICMS neste Estado: *(i)* a ausência de dolo, fraude ou simulação e *(ii)* que não tenha havido a falta de recolhimento do tributo.

Sustenta que, apesar de não ter atendido aos requisitos postos na legislação para o lançamento das informações na EFD, a emissão de cupons fiscais documentou todas as vendas de mercadorias realizadas. Observa que o erro no preenchimento da EFD não pode ser equiparado à atitude tendente à redução do ICMS devido.

Afirma ter ficado, portanto, demonstrada a ausência de dolo, fraude ou simulação no caso, uma vez que todas as informações sobre as vendas foram prestadas, ainda que não do modo mais adequado.

Acrescenta que, conforme comprovado anteriormente, mesmo com a ausência de lançamento ou com as inconsistências na EFD, efetuou o recolhimento do ICMS incidente nas operações, conforme demonstram os comprovantes anexos que acompanham os Registros de Apuração do ICMS. Registra ter ficado demonstrado o preenchimento do segundo requisito para o cancelamento das multas incidentes: que não tenha havido falta de pagamento do tributo devido.

Observa que, diante de casos análogos, em que restam preenchidos os requisitos do art. 158, do RPAF-BA/99, assim já se manifestou o CONSEF: *Câmara Superior, Auto de Infração nº 018328.1102/07-3, ACÓRDÃO CS Nº 0041-21/09.*

Prossegue destacando que sendo assim, as multas aplicadas no Auto de Infração deverão ser canceladas, considerando a ausência de dolo, fraude e simulação e que o preenchimento incorreto da EFD não ensejou ausência de recolhimento do ICMS devido nas operações de venda de mercadoria.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos e, em especial, de prova pericial a fim de reforçar todas as alegações desta impugnação.

Em resumo assinala que o Auto de Infração deve ser cancelado pelos seguintes fundamentos:

- (i)* violação do art. 247, § 4º, do RICMS-BA/12, não tendo sido intimado para retificação de informações apresentadas com inconsistência por meio da EFD em relação aos períodos de outubro a dezembro de 2013, janeiro de 2015 e março a dezembro de 2015;
- (ii)* em relação período janeiro de 2014 a dezembro de 2015, ter solicitado a retificação da EFD, que foi regularmente deferida, não merecendo a Impugnação ser mantida quanto a esses períodos;
- (iii)* nulidade do lançamento em relação às Infrações 02 e 03, por incorreção do enquadramento legal suscitado, qual seja, art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96;
- (iv)* nulidade do lançamento em relação à Infração 01, por incorreção do fundamento legal da multa prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e, por conseguinte, das hipóteses de Redução da Multa, previstas nos arts. 45 e 45-B, da Lei 7.014/96;

(v) ilegitimidade da cobrança de valores a título de ICMS incidente sobre as vendas de mercadorias realizadas, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado presumindo-se a ausência de recolhimento do imposto, o que foi desconstituído pela apresentação de comprovantes de recolhimento;

(vi) necessidade de cancelamento das multas aplicadas, por força do art. 158, RPAF-BA/99, tendo em vista a ausência de dolo, fraude e simulação e que o preenchimento incorreto da EFD não ensejou ausência de recolhimento do ICMS devido nas operações de venda de mercadoria realizadas pela Impugnante.

Conclui pugnando pelo cancelamento integral do lançamento ora impugnado.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 1381 a 1390, articulando suas ponderações.

Inicialmente destaca que esta informação fiscal busca responder a Defesa do contribuinte relativa à fiscalização que foi executada no segundo trimestre de 2017, e decorreu também do trabalho realizado no primeiro trimestre do mesmo ano; neste, foi constatada que o contribuinte tinha inconsistências nas Escriturações Fiscais Digitais (EFDs) dos exercícios de 2014 e 2015. Naquele momento o contribuinte solicitou a retificação das EFDs dos exercícios acima citados, conforme requerimento datado de 16/01/2017 (anexo); e novamente em 14 e 15/03/2017, sendo que o Sistema Público de Escrituração Fiscal (SPED) foi liberado para retificação desta última petição até o dia 18/03/2017, conforme cópias dos “Recibos de Solicitação de Retificação” anexos.

Diz que após esta retificação, se verificou que aquelas EFDs continuavam com inconsistências fazendo com que a fiscalização acreditasse que se deveria prorrogar o trabalho. Com base nisso foi comunicado ao contribuinte dessa possibilidade, e o mesmo fez novo documento, conforme consta à fl. 06, datado de 22/03/2017. Diante desse quadro o contribuinte assim se reportou: “...vem através desta, em atendimento a fiscalização, referente a Intimação para Apresentação das retificações das EFDs 2014/2015, solicitar a prorrogação e liberação do sistema virtual por mais 30 dias a partir da data 22/03/2017 até 20/04/2017, para realizar as devidas retificações”.

Observa que no dia seguinte, nova petição foi realizada pelo contribuinte, conforme fl. 07, conforme segue: “...vem através desta, em atendimento a fiscalização, referente a Intimação para Apresentação das retificações das EFDs 2014/2015, solicitar a prorrogação e liberação do sistema virtual por mais 30 dias a partir da data 22/03/2017 até 20/04/2017, para realizar as devidas retificações, devido a dificuldades na parametrização do sistema interno da empresa”.

Diz ser de praxe para situações semelhantes a essa, a solicitação foi deferida.

Frisa que a fiscalização com Ordem de Serviço nº 501.656/17, à qual gerou o Auto de Infração em lide, decorreu do fato da fiscalização anterior (cuja Ordem de Serviço foi de nº 500.281/17) não ter sido completada no roteiro AUDIF-207, Auditoria de Estoques, posto que as Escriturações Fiscais Digitais (EFDs), dos exercícios de 2014 e 2015, estavam com problemas e o contribuinte não tinha conseguido saná-las a tempo. Com base nisso foi dada mais uma oportunidade ao contribuinte, com a aquiescência da Supervisão da Inspeção de Varejo, a fim de que, de posse das EFDs retificadas, a fiscalização pudesse executar aquele roteiro. Para tal, a ordem de Serviço nº 501.656/17, constante à fl. 8, foi emitida, cujo tipo de ação fiscal foi de “Auditoria Sumária de Alta Complexidade”. Nesse sentido, aproveitou-se a intimação dada ciência em 06/03/2017, para efeito legal.

Revela que da ciência do Auto de Infração: conforme consta no sumário do PAF, o contribuinte recebeu todos os demonstrativos contendo todos os elementos do levantamento quantitativo de estoques dos dois exercícios, cujas folhas anexadas ao PAF são as de 9 a 427, para o exercício de 2015; e de 428 a 790, para o exercício de 2015.

Dos elementos básicos da Defesa: o contribuinte anexou ao PAF os elementos da sua Defesa, as fls. 794 a 1379, inclusive em mídia (está à fl. 1379), entre tabelas, documentos e as explicações e solicitações.

Registra que são três fatos que o contribuinte se baseia para requerer a nulidade. A primeira, por falta de intimação para a correção da EFD; a segunda, por inobservância constante da Cláusula 13, do Ajuste SINIEF nº 02/09; e a terceira, por erro de enquadramento legal das Infrações 02 e 03,

Relata que o Auto de Infração foi praticado por autoridade fiscal competente investida junto ao órgão público, que é a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e que, todos os atos praticados durante a fiscalização não preteriram o direito de defesa. Em terceiro lugar, as decisões tomadas por esta autoridade fiscal foram consubstanciadas nas normas tributárias; e as que o contribuinte questionou serão esclarecidas logo abaixo. O lançamento não foi de ofício já que houve elementos suficientes para se determinar as infrações, conforme demonstrativos anexados ao PAF.

Diz que embora o contribuinte tenha questionado a precisão da natureza das infrações, considero que foi possível determiná-la, inclusive o valor a ser constituído como crédito do Estado; e os dispositivos infringidos pelo estabelecimento em lide corresponderam aos indicados no Auto de Infração, inclusive com as descrições respectivas. E tudo isso será apresentado detalhadamente a seguir ao contrapor os elementos apresentados pela defesa.

Quanto ao pedido da Nulidade por falta de intimação, observa que, como é de praxe, a solicitação foi deferida. Portanto, o argumento do defendente de que não fora intimado para retificar inconsistências, não é correto. A fiscalização desta mesma inscrição (e dos mesmos exercícios) fora realizada no primeiro trimestre de 2017, e lá o contribuinte já havia sido intimado a solicitar do fiscal a autorização para liberar o Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) para retificar as EFDs visando ser fiscalizado no trimestre seguinte, conforme documentos anexados a este PAF.

Arremata afirmando que, com base nos elementos acima elencados, não há motivo para anular o Auto de Infração em lide.

Quando ao pedido da Nulidade por inobservância da exigência contida na Cláusula 13, do Ajuste SINIEF nº 02/09, fundamentando-se na Cláusula 13, do Ajuste SINIEF nº 02/09, a Defesa requer, conforme fls. 799 e 800, também a Nulidade dos períodos de janeiro de 2014 e de março a julho de 2014, informa que o amparo legal dessa inquirição por parte do contribuinte consubstancia-se no §4º, da Cláusula décima terceira, do Ajuste SINIEF 02/09, do Conselho Nacional de Política Fazendária, que prevê a retificação de EFDs apenas por notificação fiscal (para ação fiscal) por parte da administração tributária quando estiver fora do prazo previsto nos incisos I, II e III, da citada cláusula.

Afirma que, como de praxe, a solicitação foi deferida. Portanto, o argumento do defendente de que não fora intimado para retificar inconsistências, não é correto. Desde a fase fiscalizatória anterior, isso no primeiro trimestre de 2017, o contribuinte já havia sido intimado a solicitar do fiscal a autorização para liberar o Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) para retificar as EFDs, uma vez que a sua fiscalização seria prorrogada.

Frisa que, eu como já dito no histórico deste PAF, o contribuinte solicitou a retificação das EFDs dos exercícios acima citados, conforme requerimento datado de 16/01/2017 (anexo); e novamente em 14 e 15/03/2017, sendo que o Sistema Público de Escrituração Fiscal (SPED) foi liberado para retificação até o dia 18/03/2017, conforme “Recibos de Solicitação de Retificação” anexos.

Conclui assinalando que, com base nos elementos acima elencados, afirmo que não há motivo para anular o Auto de Infração em lide.

No que se refere ao pedido da Nulidade por erro de enquadramento legal das Infrações 02 e 03, falta de intimação, lembra que o requerente, à fl. 800, diz que “...não houve, no caso, a venda de mercadorias sem a emissão de documento fiscal nem a utilização de documentação inidônea”, uma vez que, ao efetuar suas vendas, os cupons fiscais foram emitidos através do Emissor de Cupom Fiscal (ECF). A Defesa adiciona à fl. 800, que “... não se verificam, no caso concreto, nenhuma das hipóteses em que consideram inidôneos os documentos fiscais...”.

Afirma o contribuinte, à fl. 801, assinala que tendo em vista que emitiu regularmente os cupons fiscais decorrentes de suas vendas ao consumidor final (não contribuinte), as Infrações 02 e 03 do Auto de Infração não possuem fundamento jurídico, sendo, por esta razão, nulo o respectivo lançamento. Segundo o defendente, também à fl. 801, houve violação à ampla defesa da Impugnante, tendo em vista do enquadramento legal suscitado, qual seja, art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96, ensejando mais uma vez a nulidade.

Revela que o enquadramento legal constante nas Infrações 02 e 03 do Auto de Infração em apreço contém a lei 7014/96, RICMS-BA/12 que regulamenta o ICMS e a Portaria 445/98, de 10/08/1998, que “Dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias”.

Observa que o levantamento quantitativo de estoques que foi efetuado se baseou também na Portaria 445/98; e a infração, baseada na alínea a, do inciso I, do art. 10, da citada Portaria, trata de compra de mercadoria de terceiro sem a respectiva documentação fiscal, o que resultou na existência de omissão de registro de entrada de mercadoria no regime de apuração de substituição tributária; com isso, houve a constatação de saídas sem tributação. Nesse caso, o imposto é devido pelo sujeito passivo, no caso o contribuinte à epígrafe, como responsável solidário.

Lembra que o art. 217, do RICMS-BA/12, trata do livro de Registro de Entradas, o qual prevê a escrituração das notas fiscais de mercadorias adquiridas de terceiros, dentre outros registros.

Sustenta que o art. 23, da lei nº 7014/96, vem formalizar, de maneira hierárquica as demais normas; trata das operações antecedentes. E esse foi o caso, uma vez que, constatou-se, através de levantamento quantitativo de estoques, que houve existência de omissão de registro de entrada de mercadoria no regime de apuração de substituição tributária.

Prossegue destacando que o mesmo pode ser dito do inciso IV, contido no art. 6º, da citada lei, uma vez que corrobora acerca das mercadorias que estiverem para comercialização sem a documentação fiscal exigível. Não são documentos inidôneos uma vez que estes não foram encontrados nas Escriturações Fiscais Digitais (EFDs).

Arremata assinalando que a existência de omissão de entrada de mercadorias da substituição tributária através de levantamento quantitativo de estoques, têm como base legal a que constou no Auto de Infração, não havendo qualquer dissonância entre o fato e a legislação. Assim, o Auto de Infração em lide não é nulo. E o amparado legal está correto.

Ao cuidar do Mérito das Infrações destaca que a Defesa se ateve a dois pontos. O primeiro tratou da codificação das mercadorias e erros de lançamentos nas EFDs. E o segundo questionou as multas.

Depois de resumir as alegações defensiva prossegue destacando que o Impugnante sustentou que ainda que existam erros nos lançamentos feitos em EFD apurou o ICMS com base em todos os cupons fiscais emitidos diariamente por meio do EFC. Dessa forma, documentou de forma integral as vendas de mercadorias por ela realizada”.

Frisa que segundo o requerente, ainda à fl. 803, “ao fim de cada dia, efetuava o fechamento fiscal do EFC e emitia os relatórios respectivos, resumindo as vendas realizadas em duas categorias: a primeira, relativa àquelas com substituição tributária e a segunda, correlata àquelas em que havia apenas a incidência do ICMS sobre a operação própria”.

Menciona que de acordo com o Defendente, à fl. 804, “A partir das vendas efetuadas e regularmente documentadas pela emissão de cupom fiscal, a Impugnante efetuava o seu controle de estoque, levando em consideração, também, as mercadorias adquiridas. Todo esse controle era feito internamente e, a partir dele, apurava-se o ICMS incidente, conforme planilhas anexas a a Impugnação e registros de Apuração do ICMS (doc. 05)”.



Pondera que ainda de acordo com o contribuinte, à fl. 804, “Essa forma de apuração pode não estar rigorosamente de acordo com o que prevê a legislação de regência, mas a partir dela, pode-se perfeitamente apurar o imposto devido e efetuar o seu recolhimento. E foi justamente o que fez a Impugnante”.

Frisa que segundo a Defesa, isso à fl. 804, “a autoridade fazendária desconsiderou por completo essa forma de apuração, afirmando que ante as incorreções contidas na EFD, a Impugnante não havia efetuado qualquer recolhimento a título de ICMS. Exigiu, pois, o ICMS sem considerar qualquer dos pagamentos feitos pela impugnante no período autuado”.

Prossegue acrescentando que além disso, o requerente reitera, à fl. 804, que ainda que esse não seja o método previsto na legislação como o mais adequado para se obter a base de cálculo, ele permite a regular apuração e, a partir disso, consegue-se calcular corretamente o ICMS devido. Desse modo, a Impugnante apurava o ICMS a recolher tanto em operação própria quanto em substituição tributária e efetuava o pagamento do imposto devido, não tendo gerado, por conseguinte, qualquer prejuízo ao erário”.

Assim, o requerente afirma, ainda à fl. 804, que “por ter sido feito controle de estoque e venda de mercadorias, sendo devidamente apurado e recolhido o ICMS devido, tanto na qualidade de substituto e por antecipação, quanto nas operações próprias, não pode ser mantido o Auto de Infração...”.

Menciona que à fl. 796, o contribuinte que considera este Auto de Infração nulo, posto que “todas as infrações nele apontadas decorrem de problemas verificados na Escrituração Fiscal Digital – EFD”. Aduz, às fls. 797/797, que o AI foi lavrado devido aos problemas com a codificação, uma vez que o da entrada não corresponde ao código de saída para a mesma mercadoria, isto é, códigos distintos para a mesma mercadoria. Ainda nessa linha de raciocínio, já agora à fl. 803, o requerente afirma que “O Auto de Infração foi lavrado em face da Impugnante pelos problemas por ela enfrentados com a codificação de suas mercadorias. Na entrada em seu estabelecimento, elas recebem um código que não corresponde ao código da mesma mercadoria lançada na saída”.

Registra que o contribuinte diz, à fl. 803, “Vale esclarecer, neste ponto, que, ainda que existam erros nos lançamentos feitos em EFD, a Impugnante apurou o ICMS com base em todos os cupons fiscais emitidos diariamente por meio do EFC”. E à fl. 804, informa também que apurou o imposto e está disponível nas planilhas anexas no documento 05 da sua defesa.

Para dirimir dúvidas sobre as questões levantadas pelo contribuinte (codificação desconhecida nas entradas das mercadorias em relação às das saídas), destaca que fez nova intimação no dia 09/08/17 (documento anexo), a fim de que o contribuinte requeresse a liberação do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) para retificar as Escriturações Fiscais Digitais (EFDs) dos exercícios de 2014 e 2015. E, no mesmo dia, o contribuinte apresentou o requerimento, documento anexo, no qual solicitando um prazo de 90 dias para retificar os arquivos.

Revela que como a previsão legal constante do RICMS-BA/12, art. 247, §4º, é de no máximo um prazo de 30 dias para a retificação das EFDs, indeferiu a petição. Alie-se isso ao fato de que a própria Informação Fiscal tem um prazo de devolução do PAF ao Setor de Processos na ordem de 30 dias também, inviabilizando o deferimento da petição.

Com relação ao pedido de cancelamento das multas aplicada, registra que o Impugnante afirma à fl. 805, que apesar de “... não ter atendido aos requisitos postos na legislação para o lançamento das informações na EFD, a emissão de cupons fiscais documentou todas as vendas de mercadorias realizadas. Observa que o erro no preenchimento da EFD não pode ser equiparado à atitude tendente à redução do ICMS devido”. Com isso, diz o contribuinte, na mesma folha, pôde-se demonstrar que não houve dolo, fraude ou simulação, já que as informações necessárias sobre as vendas foram dadas, “ainda que não do modo mais adequado”.

Revela que segundo a Defesa, à fl. 805, “mesmo com a ausência de lançamento ou com inconsistências na FED, efetuou o recolhimento do ICMS incidente nas operações”, conferindo-lhe o direito de requerer o cancelamento das multas incidentes.

Destaca que o contribuinte requer o cancelamento das multas, já que considera que não houve a presença de dolo, fraude e simulação, mas o preenchimento incorreto da EFD.

Informa, sobre as multas, que se trata de obrigações previstas no Código Tributário Nacional, no Código Tributário da Bahia e na Lei do ICMS, o que não permite ao fiscal fazer uma avaliação da pertinência da sua aplicação.

Pondera que, tendo em vista que o contribuinte não atendeu à intimação datada de 09/08/2017, anexa, à qual trata da retificação das EFDs dos exercícios 2014 e 2015, muito embora tenha considerado a falta de retificação das mesmas como o motivo único que acarretou as omissões apontadas pelo levantamento quantitativo de estoques; considera que a sua informação fiscal tenha encerrado, uma vez que, além de ter analisado os pontos principais que o contribuinte nominou na sua Defesa, tentou dirimir as dúvidas levantadas pelo Defendente através da retificação dos arquivos (as EFDs), mas o contribuinte não atendeu a intimação, considerando que há um prazo estimado por lei de apenas 30 dias e não 90 dias como queria o requerente.

Conclui mantendo todos os termos da autuação.

O Defendente se manifesta à fl. 1415, reitera seu pedido de diligência a fim de que os documentos acostados ao feito sejam devidamente analisados, bem como lhe seja conferido o direito de retificar a sua escrita fiscal, transmitindo os arquivos que diz anexar aos autos.

Essa 3ª JJF converte os autos em diligência, fl. 1430, para o Autuado fosse intimado a apresentar em planilha discriminado todas as inconsistências alegadas na Defesa e em decorrência da utilização de mais de código para a mesma mercadoria e, se apresentada, que fossem elaborados novos demonstrativos de apuração e, se cabível promover a aglutinação previsto no inciso III, do art. 3º, da Portaria 445/98.

O Autuante apresenta o resultado da diligência solicitada, fls. 1435 e 1436, destacando que, com base nos elementos apontados pela 3ª JJF e analisando a petição do contribuinte, à fl. 1415, verificou que: a 3ª JJF não opinou para que o contribuinte em lide enviasse as Escriturações Fiscais Digitais - EFDs retificadas para o Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, o que não atende ao que prevê, os §§1º e 2º do art. 251, do RICMS-BA/12;

O contribuinte, à fl. 1415, deste PAF, informa que juntou as EFDs retificadas, às quais (e informa que não acessou às mesmas) estão acostadas à fl. 1416.

Conclui destacando que, como a validade das EFDs, conforme o RICMS-BA/12, só existe se for enviada para o SPED, em particular quando da retificação, faz retornar o PAF ao CONSEF a fim de que a 3ª JJF retifique a Diligência no sentido de que conste em seu despacho a necessidade do contribuinte requerer junto à fiscalização a liberação do SPED para que o mesmo envie as EFDs retificadas.

O Autuante informa que de acordo com o documento da 3ª Junta, o autuante intimaria “o autuado a apresentar a EFD retificada, concedendo o prazo de 60 dias. Caso o autuado atenda a solicitação, refazer o levantamento fiscal, com base na EFD retificada”.

Diz que em vista dessa demanda, o contribuinte supra foi intimado no dia 21/05/19, conforme fl. 1444, para solicitar, no prazo de 48 horas, a liberação do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED a fim de que retificasse as Escriturações Fiscais Digitais - EFDs dos exercícios de 2014 e 2015. No dia 22/05/19, conforme documento à fl. 1447, o Autuado requereu ao autuante a liberação do SPED no prazo de 60 dias visando retificar as EFDs dos exercícios em lide. Observa que no mesmo momento em que lhe entregue a petição, o deferiu, conforme consta no requerimento. Além disso, também no dia 22/05/19, liberou o Sistema Público de Escrituração Digital através do Sistema WEB da SEFAZ (conforme Recibo de Solicitação de Retificação acostado às fls. 1450 e

1451), cujo prazo final de envio foi dos arquivos foi solicitado pelo contribuinte, ou seja, até 0 21/07/19.

Destaca que após à disponibilização dos arquivos retificados por parte da SEFAZ, dada à emissão da nova Ordem de Serviço ne 503716/19 (a Ordem de Serviço inicial foi a de nº 502402/19, emitida em 21/05/19), foi possível refazer o Levantamento Quantitativo de Estoques.

Registra que usando a documentação fiscal digital - Escrituração Fiscal Digital e as Notas Fiscais Eletrônicas de Entradas e Saídas) no Sistema Integrado de Auditoria Fiscal - SIAF, foi possível constatar que as omissões observadas quando da fiscalização, e autuadas, foram praticamente mantidas ao refazer aquele roteiro. E, com base nisso, segue à fl. 1443, o resumo comparativo entre as infrações apontadas no Auto de Infração e as infrações observadas no Levantamento Quantitativo de Estoques refeito, reduzindo o valor da exigência para R\$ 694.477,60.

Informa que acosta também ao PAF os demonstrativos que fizeram parte dessa nova fiscalização.

O Impugnante se manifesta às fls. 2317 a 2328, reafirmando todas as suas argumentações alinhadas em sua Defesa.

Acrescentou o argumento de que existem inconsistências no trabalho fiscal por não ter sido considerada a EFD retificada e, tampouco realizado o agrupamento das mercadorias

Apresentou às fls. 2320 a 2324, diversas inconsistências por ele constatado no levantamento fiscal.

Conclui requerendo a realização de novo levantamento fiscal considerando a EFD retificada e sendo realizado o agrupamento das mercadorias conforme determinado pela 3ª JF, fl. 1439 e que seja intimada novamente para se manifestar acerca sobre o novo levantamento fiscal e, caso contrário, que sejam reconhecidas as nulidades e ilegalidades das exigências combatidas.

O Autuante presta nova informação fiscal, fl. 2360 a 2364 destacando, em síntese, que os arquivos retificados pelo Autuado apresentam uma quantidade grande de inconsistências, os problemas estão vinculados, mas o suficiente para distorcer o resultado do cálculo das omissões das mercadorias associadas se o roteiro de estoque for realizado.

Conclui destacando que ainda que não tenha processado o levantamento do contribuinte em lide dos exercícios de 2014 e 2015, usando os arquivos retificados e enviados para o SPED no dia 19/07/2019, apresenta o um resumo comparativo entre as infrações apontadas no Auto de Infração e as infrações observadas no Levantamento Fiscal refeito quando da informação Fiscal, datada de 19/07/2017 à fl. 1443.

Em nova diligência solicitada pela 3ªJF, fl. 2486, o Autuado é intimado para entrega de cópia da Informação Fiscal, fls. 2365 a 2480, e dos demonstrativos de inconsistências na EFD apresentados e colacionados às fls. 2365 a 2480, e para que o Autuado também apresentasse tabela identificando todas as mercadorias que, por inconsistências dos códigos, com mais de uma descrição ou ainda mercadorias similares e com cores ou tamanhos diferentes passíveis de grupamento, conforme previsão da Portaria 445/98.

Em manifestação à fl. 2654 a 2655, informa que apresenta as EFDs retificadas de 2014 e 2015 e tabela identificando todas as mercadorias que, por inconsistências nos códigos adotados com mais de uma descrição ou ainda mercadorias similares e com cores ou tamanho diferentes.

Às fls. 2809 a 2012, o Impugnante se manifesta reprisando seus argumentos.

O Autuado se manifesta novamente às fls. 2825 e 2826, destacando que em conferência virtual realizada no dia 05/10/2022, com o Dr. Marcos Venícius, Auditor Fiscal desta Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia; Dr. Joed Mota, Analista Fiscal da Requerente; e Dr. Tiago Carneiro da Silva, Advogado constituído nos autos em epígrafe, na qual restou consignado que ele deveria esclarecer os seguintes pontos relacionados à diligência fiscal iniciada por força de determinação

da 3ª Junta de Julgamento Fiscal da CONSEF, a fim de complementar as informações apresentadas em sua manifestação de diligência fiscal protocolada em 08/08/2022:

- a) Indicar, objetivamente, os tipos de itens que estão alocados em cada agrupamento de mercadorias, em seu estoque, nos anos-calendários de 2014 e 2015, conforme escrituração retificada e planilha anexa à manifestação de diligência fiscal pretérita;
- b) Validar a informação de que os itens indicados a fl. 2828 e 28826 constam, efetivamente, em sua escrituração fiscal retificada, referente aos anos-calendários de 2014 e 2015.

Diante da necessidade de adotar as providências acima arroladas, solicita a prorrogação de prazo de 10 dias para complementar a manifestação de diligência fiscal anterior.

Às fls. 2836 a 2838, o Impugnante se manifesta destacando que de acordo com as informações prestadas pela fiscalização, haveria, na referida escrituração retificada, indicação de entradas/saídas de mercadorias, que não teriam sido reconhecidas pela Requerente em manifestações pretéritas apresentadas ao longo da presente diligência fiscal.

Para conferir a divergência apontada, informa que solicitou a esta Secretaria de Fazenda o compartilhamento dos mesmos arquivos digitais e/ou físicos que foram considerados pela referida Autoridade Fiscal, a fim de que pudesse adotar, exatamente, a mesma base de dados para análise.

Frisa que o requerimento tinha como objetivo comparar a lista de mercadorias movimentadas nos anos-calendários de 2014 e de 2015 elaborada por ele próprio e apresentada em manifestações pretéritas ao longo da presente diligência fiscal e a lista elaborada pela fiscalização, que identificava mercadorias não indicadas.

Observa que com a disponibilização desses arquivos, pôde constatar que a divergência entre as informações apresentadas por ela e as informações apresentadas pela fiscalização decorrem, exclusivamente, dos seguintes fatos:

- a) As retificações promovidas, em sua escrituração fiscal, ao longo do presente processo administrativo, referem-se, unicamente, aos anos-calendários de 2014 e 2015 e, nessas retificações, pôde padronizar os códigos de identificação de cada mercadoria;
- b) O estoque do ano-calendário de 2015 somente foi apresentado em fevereiro de 2016, mas não houve retificação da escrituração fiscal do ano-calendário de 2016;
- c) As mercadorias que a fiscalização relaciona como se referissem aos anos-calendários de 2014 e 2015 e que não foram arroladas em suas manifestações pretéritas acerca das movimentações desses períodos, em verdade, correspondem a mercadorias movimentadas em fevereiro de 2016, que não receberam o tratamento de padronização dos códigos de identificação e não estão vinculadas ao estoque do ano-calendário de 2015.

Afirma que, para aferir, efetivamente, as mercadorias que estão contidas na escrituração fiscal dos anos-calendários de 2014 e 2015, é preciso excluir as mercadorias movimentadas em fevereiro de 2016, que não estão relacionadas ao estoque do ano-calendário de 2015. Procedendo dessa forma, encontra-se a relação de mercadorias, com códigos de identificação corrigidos, após a retificação promovida.

Diante desses esclarecimentos, solicita que considere, em sua análise, a tabela apresentada em Manifestação de diligência Fiscal, datada de 23/06/2022 (reapresentada em petição datada de 08/08/2022), identificando todas as mercadorias comercializadas nos anos-calendários de 2014 e 2015, organizadas por agrupamento, juntando-as por similaridade, ainda que com mais de uma descrição, com cores ou tamanho diferentes.

O Autuante presta informação à fl. 2842 a 2848, nos termos que se seguem.

Destaca que de acordo com os elementos alegados pelo contribuinte nas suas diversas manifestações que por fim, esclarecem as dúvidas do fiscal (seja através das petições, seja através de reuniões *on line*), o roteiro de estoque foi feito com arquivos retificados, sendo que, oportunidade, foi feito o agrupamento das mercadorias afins de acordo com o que prevê a Portaria 445/98, além de usar as informações do contribuinte.

Concluiu apresentando o resumo à fl. 2848, e o demonstrativo analítico às fls. 2851 a 2965 e CD a fl. 2965, reduzindo o valor do débito para R\$5.128,09.

Registro que na sessão de julgamento, a presença do advogado representante do Autuado, Dr. Tiago Carneiro da Silva - OAB/SP Nº 384.319, reiterou suas razões de Defesa alinhadas em sua Impugnação e manifestações ao longo da instrução dos autos. Destacou também que se manifestou em relação a última informação prestada pelo Autuante na qual acatou o resultado da Diligência e reafirmou seus argumentos atinentes às preliminares de nulidade alinhadas em sua Defesa e Manifestações anteriores.

Por esse motivo, essa 3ª JF, adiou o julgamento para a sessão seguinte, ou seja, dia 02/05/23, a fim de que os componentes do Órgão julgador tomassem ciência do teor da aludida manifestação, antes de concluir o julgamento.

Na manifestação apresentada pelo Autuado é consignado seu acolhimento do resultado da última diligência efetuada pelo Autuante, bem como a reafirmação de seus argumentos acerca das preliminares de nulidade alinhados em sua Defesa e manifestações ulteriores nos autos.

#### VOTO

Inicialmente cabe enfrentar as preliminares de nulidade articuladas pelo sujeito passivo a respeito das formalidades necessárias a legitimidade do Auto de Infração.

O Impugnante apontou de erro no enquadramento legal das Infrações 02 e 03, sob o fundamento de que não ocorrera, no presente caso, a venda de mercadorias sem a emissão de documento fiscal nem a utilização de documentação fiscal inidônea, aduzindo que em todas as vendas efetuadas foram emitidos os correspondentes cupons fiscais por meio do Emissor de Cupom Fiscal - ECF, nos termos do art. 113, do RICMS-BA/12, bem como que não se verificam, no caso concreto, qualquer das hipóteses em que se consideram inidôneos os documentos fiscais, conforme inciso II, do art. 44, da Lei 7.014/96.

Depois de examinar os elementos constantes dos autos, verifico que a pretensão do Impugnante não se sustenta, haja vista que, o enquadramento legal, afigura-se em total convergência com as infrações cometidas e com a devida apuração efetuada mediante a aplicação do roteiro de auditoria de levantamento quantitativo de estoques em exercícios aberto e em total consonância com a Portaria nº 445/98, e a mera alegação, ao contrário do apurado e comprovado no Auto de Infração, de que não ocorrera venda de mercadorias sem emissão de documento fiscal nem a utilização de documentação fiscal inidônea, sem carrear aos autos qualquer comprovação em seu socorro, não desnatura o correto enquadramento legal no inciso IV, do art. 6º, da Lei nº 7.014/96.

Logo, ante a inexistência nos autos qualquer ausência de fundamento jurídico atinente às Infrações 02 e 03, não acolho a preliminar de nulidade suscitada.

Em relação a nulidade apontada quanto à incorreção no fundamento legal da multa indicada Infração 01, constato também que não procede, tendo em vista que apesar de não constar no enquadramento legal a alínea “g”, do inciso III, do art. 42, da Lei 7.014/96, “... g) outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.”, é indubitoso que a acusação fiscal trata de omissão de receitas tributáveis apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoques. Por isso, entendo inexistir qualquer incorreção no fundamento legal da multa aplicada, uma vez que o Autuado entendeu completamente a acusação fiscal.

Pelo expendido, rejeito por falta de suporte fático, as preliminares de nulidades suscitadas pelo Impugnante.

Analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, demonstrativos fls. 09 a 725, comprovante de entrega a preposto do Autuado dos demonstrativos, tendo sido dada ciência ao contribuinte, fl. 03 lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração e aperfeiçoada ao longo da instrução.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18, do RPAF-BA/99, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, foram apuradas três infrações à legislação tributária de regência.

A Infração 01 trata de falta de recolhimento de ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias, em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2014 e 2015;

A Infração 02 apurou a falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2014 e 2015.

No que tange à Infração 03, foi apurado falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com o percentual de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2014 e 2015.

Sobre a matéria, observo que o levantamento quantitativo de estoques tem como objetivo conferir as entradas e saídas de mercadorias em confronto com o inventário registrado no livro próprio em um determinado período. Portanto, são conferidas as quantidades de entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento em determinado período, tendo como referências o estoque inicial e o estoque final constantes do inventário, e sendo constatado que houve omissão de saídas ou de entradas são apurados os preços médios, e encontrada a base de cálculo para se determinar imposto devido.

No presente processo, houve a constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis e de falta de pagamento do imposto na condição de responsável solidário e de responsabilidade do próprio sujeito passivo, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante, anexados aos autos, sendo cumprido o roteiro de uma auditoria fiscal, que pode ser realizada através de contagem física ou físico-documental, podendo ser aplicado a qualquer estabelecimento atacadista ou varejista.

Nas razões de Defesa foi apresentado para se contrapor aos dados numéricos do levantamento fiscal, em síntese, a alegação de que sua EFD continha erros em sua escrituração e de que

ocorreram inconsistências nos códigos adotados com mais de uma descrição ou ainda mercadorias similares e com cores ou tamanho diferentes.

Em busca da verdade material, várias diligências foram determinadas por essa 3ª JJF, que culminou com a revisão final pelo Autuante, fls. 2842 a 2965 e CD a fl. 2965, corrigindo as alegadas inconsistências na escrituração de sua EFD do período fiscalizado e com a apresentação de planilha discriminando todas as mercadorias, cujos códigos adotados tinham inconsistências ostentando mais de uma descrição ou ainda mercadorias similares e com cores ou tamanho diferentes.

Na última informação fiscal, depois de esclarecer os ajustes realizados no levantamento fiscal, considerando todas as alegações da Defesa, as correções na EFD apresentadas e procedendo as aglutinações dos itens com inconsistências nos códigos identificados pelo Autuado e previsto no inciso III, do art. 3º, da Portaria 445/98, o Autuante apresenta novos demonstrativos analítico e sintético, reduzindo o valor do débito para R\$5.128,09, acostado às fls. 2848 a 2964 e CD a fl. 2965.

O Autuado foi intimado para se manifestar acerca do teor da informação fiscal, fls. 2969 e 2970, embora inicialmente não constasse nos autos, localização ulterior revelou a manifestação do Impugnante acolhendo o resultado da diligência e mantendo as preliminares de nulidades suscitadas alinhadas em sua Defesa e manifestações ao longo da instrução dos autos.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, especialmente o novo levantamento quantitativo de estoques efetuado pelo Autuante com base nos ajustes realizados levando em consideração a EFD corrigida pelo Autuado e efetuando-se a aglutinação dos itens com códigos distintos para as mesmas mercadorias ou similar, constato que a exigência remanescente das três infrações foi apurada de acordo com a legislação de regência e se afigura em total consonância com a Portaria nº 445/98.

No que concerne a alegação do Autuado de que a apresentação de comprovantes de recolhimento do imposto apresentados pela Defesa torna ilegítima a cobrança de valores a título de ICMS, não há como prosperar, ante a total desvinculação entre as operações de omissões apuradas no levantamento fiscal objeto da autuação e o imposto apurado e recolhido pelo Autuado em suas operações regularmente escrituradas.

Por isso, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante e concluo pela subsistência parcial das três infrações objeto da autuação, consoante discriminação do demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO AUTO DE INFRAÇÃO x JULGAMENTO					
Infrações	AUTO DE INFRAÇÃO	INFORMAÇÃO FISCAL	JULGA-MENTO	MULTA	DECISÃO
<b>01</b>					
2014	9.734,39	607,06	607,06		
2015	9.981,64	303,36	303,36		
Total	<b>19.716,03</b>	<b>910,42</b>	<b>910,42</b>	100%	<b>PROC. EM PARTE</b>
<b>02</b>					
2014	263.873,69	2.882,73	2.882,73		
2015	228.657,93	129,89	129,89		
Total	<b>492.531,62</b>	<b>3.012,62</b>	<b>3.012,62</b>	100%	<b>PROC. EM PARTE</b>
<b>03</b>					
2014	105.462,07	1.153,09	1.153,09		
2015	91.385,00	51,96	51,96		
Total	<b>196.847,07</b>	<b>1.205,05</b>	<b>1.205,05</b>	60%	<b>PROC. EM PARTE</b>
<b>TOTAIS</b>	<b>709.094,72</b>	<b>5.128,09</b>	<b>5.128,09</b>		

O defendente afirmou, que na hipótese desta JJF não deliberar pela improcedência, requereu o cancelamento ou mesmo a redução das multas cobradas nestas infrações.

No que concerne ao pedido de redução da multa, deixo de acatá-lo. Importante destacar, que o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e o art. 158 do RPAF-BA/99 foram revogados. Sendo assim, se evidencia, também, a impossibilidade legal, para atendimento a este pleito do defendente.

Em relação às hipóteses de redução da multa previstas nos artigos 45 e 45-B, da Lei 7.014/96, consigno que os seus efeitos e aplicação somente é possível no momento de quitação do Auto de Infração.

De igual forma, observo que esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 102148.0006/17-0, lavrado contra **HOOLIGAN COMÉRCIO DE ROUPAS E CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.128,09**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 3.923,04, e 60% sobre R\$ 1.205,05, previstas no inciso III, e alínea “d”, inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do item 1, da alínea “a”, do inciso I, do art.169, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA