

A. I. N° - 206958.0004/17-0
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/07/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0126-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA, **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO; **b)** MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Fatos reconhecidos, com realização dos respectivos pagamentos. Infrações mantidas. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Argumentos defensivos elidiram, em parte, a acusação. Infração 03 parcialmente subsistente; **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Argumentos defensivos elidiram, em parte, a acusação. Infração 04 parcialmente subsistente. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Revisão no lançamento levada a efeito pelo autuante, implicou em redução do valor originalmente lançado. Infração 05 parcialmente subsistente. 4. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO COM BASE EM LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado apresentou uma série de justificativas que resultaram na revisão do levantamento originalmente efetuado, e, em consequência reduziu o valor autuado. Infração 06 parcialmente subsistente. 5. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO COM BASE NAS INFORMAÇÕES PRESTADAS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fatos reconhecidos, com realização dos respectivos pagamentos. Infrações 07 e 08 mantidas. 7. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Revisado o lançamento pelo autuante com redução do valor originalmente exigido. Infração 09 parcialmente subsistente. 8. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Penalidade mantida parcialmente, após revisão levada a efeito pelo autuante. Infração 10 parcialmente subsistente. 9. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. 10. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. MULTA. Infrações 11 e 12 mantidas

tendo em vista o pagamento de ambas efetuado pelo autuado. Não acolhidas as arguições de nulidade e indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em tela foi lavrado em 15/09/2017 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 554.925,21, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

- **Infração 01 – 01.02.03:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto”*. Valor lançado R\$ 2.185,07. Multa de 60% com previsão no art. 42, inciso VII “a” da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 02 – 01.02.06:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária”*. Valor lançado R\$ 2.032,32. Multa de 60% com previsão no art. 42, inciso VII “a” da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 03 – 02.01.01:** *“Deixou de recolher o ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios”*. Valor lançado R\$ 267.345,04. Multa de 60% com previsão no art. 42, inciso II “f” da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 04 – 02.01.03:** *“Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis”*. Valor lançado R\$ 33.548,95. Multa de 60% com previsão no art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 05 – 03.02.04:** *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto”*. Valor lançado R\$ 14.656,83. Multa de 60% com previsão no art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 06 – 04.05.02:** *“Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado”*. Valor lançado R\$ 192.052,88. Exercício de 2017. Multa de 100%, com previsão no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 07 – 05.08.01:** *“Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito”*. Valor lançado R\$ 856,45. Exercício de 2016. Multa de 60%, com previsão no art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 08 – 07.01.01:** *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior”*. Valor lançado R\$ 3.379,59. Multa de 60% com previsão no art. 42, inciso II “d” da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 09 – 07.15.01:** *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização”*. Valor lançado R\$ 19.316,07. Multa de 60% com previsão no art. 42, inciso II “d” da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 10 – 16.01.01:** *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal”*. Multa aplicada no total de R\$ 12.352,71 com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.
- **Infração 11 – 16.05.11:** *“Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais, apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS)”*. Multa aplicada no total de R\$ 1.680,00 com previsão no Art. 42, inciso XVIII “c” da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 12 – 16.14.02:** *“Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD nos prazos previstos na Legislação Tributária”*. Multa aplicada no total de R\$ 5.520,00 com previsão no Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seu Representante Legal, ingressou com **“Recurso Voluntário”** pontuando não concordar com o **“acórdão recorrido”** que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado.

Inicialmente reportou-se ao que intitulou de **“NÃO OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS DO AUTO DE INFRAÇÃO”**, onde citou o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, aduzindo em seguida que o autuante em várias oportunidades, com o fundamento de falta de documentos ou comprovantes de entradas e de saídas, terminou por arbitrar os valores de tais produtos, não revelando sob quais parâmetros foram calculados a base de cálculo, ferindo princípios constitucionais do contraditório e o da ampla defesa, ficando impossibilitado de se defender.

Discorreu a respeito de arbitramento de base de cálculo, destacando que o autuante, em momento algum, mencionou expressamente, qual o possível parâmetro utilizado para a estimativa da base de cálculo do imposto, isto é, qual o processo que usou para chegar ao valor da base de cálculo utilizada para mensurar o tributo, fazendo tão somente menção à falta de recolhimento do ICMS antecipado, citou jurisprudência e concluiu este tópico suscitando a nulidade do Auto de Infração com fulcro no Art. 18, inciso II do RPAF/BA.

No tópico seguinte, intitulado **“DA INOBSERVANCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE PELO FISCO”**, onde citou o II do § 2º do artigo 155 da CFRFB/88, onde afirmou que *“No caso em comento, o fisco burlou a sistemática do princípio supramencionado, haja vista, não ter realizado os descontos dos créditos havidos pelo contribuinte nas operações ora tributadas, pois cobra no caso de antecipação parcial, quando da compra de mercadorias em outro estado a alíquota total, e não a subtraída da alíquota já paga no estado de origem”*, ocorrendo uma dupla cobrança, sobre o mesmo fato gerador, ou seja, um verdadeiro *bis in idem*, o qual é rechaçado pelo ordenamento jurídico pátrio, pela vedação do confisco.

Nesse sentido, requereu, liminarmente, a anulação do lançamento para que se aplique de forma legal o princípio da não cumulatividade pelos fundamentos aduzidos nos lançamentos ulteriores.

Prosseguindo, se reportou a **“DA INOBSERVANCIA DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE”**, onde pontuou que compulsando o auto de infração em comento, inferiu que o valor que lhe fora imputado no importe de R\$ 554.925,91 sobrepuja, o valor real da exação, porquanto o fisco não aplicou nos produtos aventados pela Lei Estadual 7.014/96, no art. 16, I, alíneas “a” e “b”, que prevê a alíquota de 7% (sete) por cento para produtos abrangidos da cesta básica, a saber: arroz, feijão, milho, café torrado ou moído, macarrão, sal de cozinha, farinha e fubá de milho e farinha de mandioca; gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino, inclusive os produtos comestíveis resultantes do seu abate, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos ou salgados, inclusive charque, ou seja, quase a totalidade das mercadorias negociadas pelo contribuinte, aplicando sobre estes produtos a alíquota de 18%.

Nesse contexto, considera ser patente a violação do princípio da legalidade em face da não obediência aos ditames da Lei 7.014/96 e do art. 5º, II, da CRFB/88, os quais têm o condão de, por si só, ensejar julgamento de mérito, anulando o lançamento ante a notória ilegalidade.

Concluiu este tópico sustentando que é estreme de dúvida o erro perpetrado pelo fisco ao não obedecer à alíquota de 7% prevista na Lei 7.014/96 para os produtos abrangidos pela cesta básica, majorando, assim, indevidamente o valor do tributo ao cobrar 18% sobre o valor da nota, não ofertando a devida compensação.

No tópico intitulado **“DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO”** pontuou que as infrações elencadas geraram multas de 60% a 100% sobre os valores impugnados originados de obrigações tributárias principais e acessórias, ressaltando que estas sobressaem o valor do tributo

da obrigação principal, porém, nos termos do art. 150, IV da Constituição Federal de 1988, é vedado aos Entes Federativos utilizar tributo com efeito de confisco.

Para consubstanciar seus argumentos citou doutrina e transcreveu decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais Superiores e adiante consignou que no caso em tela o auto de infração fora lavrado integralmente sobre obrigações de fazer, e, segundo o CTN, estas são consideradas obrigações acessórias, que não cumpridas, geram multas, que se tornam obrigações principais. Acrescentou, que analisando o Auto de infração, observou que os valores discriminados pelo Fisco são exorbitantes, o que sobressaem a cobrança do ICMS.

Após outras considerações a este respeito, concluiu sustentando que é notoriamente investida de inconstitucionalidade as multas aplicadas no caso em questão, visto que, ferem o princípio da vedação ao confisco, conforme art. 150, IV da CF, e caso não seja esse o entendimento, requer a redução das multas aplicadas em até 20%, conforme reconhecido pelo STF em sede de Repercussão Geral em recurso extraordinário.

Ingressou no tópico *“DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE”* onde voltou a tecer comentários acerca do efeito confiscatório das multas aplicadas, concluindo que as multas que lhe foram impostas estão eivadas de onerosidade, o que configura sua ilegalidade e caráter confiscatório, ferindo as garantias fundamentais contidos na CF/88, nos termos do art. 5º, XXII.

Após requerer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, III do CTN, apresentou os seguintes pedidos:

- a) Que seja conhecido o presente recurso voluntário, haja vista a sua tempestividade e pertinência;
- b) Que seja reconhecida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto estiver em discussão administrativa o presente auto de infração, conforme o art. 151, III do CTN;
- c) Que seja provido o recurso, por ser a aplicação das multas e multas moratórias investidas de inconstitucionalidade, visto que, ferem o princípio da vedação ao confisco, conforme art. 150, IV do CF, bem como reconhecimento da ilegalidade das multas impostas, por estarem investidas de desproporcionalidade e caráter confiscatório, ferindo as garantias fundamentais contidos na CF/88, nos termos do art. 5º, XXII. E caso não seja esse o entendimento, requer a redução e aplicação de até 20% nas multas, conforme reconhecido pelo STF em sede de Repercussão Geral em recurso extraordinário.
- d) Por entender ser o Auto de Infração em epígrafe totalmente destituído de fundamentação legal, solicita sua total improcedência e, conseqüentemente, seu arquivamento, por ser um ato de justiça fiscal.

O autuante, apresentou Informação Fiscal, fls. 115 a 120, fazendo inicialmente um resumo da autuação, e destacando que não encontrou como o autuado identificou a exigência fiscal no valor de R\$ 630.985,06, no mesmo momento em que já reconhece como procedente em parte a acusação.

Disse que o autuado, em sua peça defensiva elenca precipuamente princípios constitucionais e infra constitucionais, aplicáveis ao auto genericamente, sem apontar efetivamente a uma ou outra infração sua aplicação, não havendo, em momento algum, a contestação de algum valor, data, item, alíquota, base de cálculo ou qualquer elemento constituinte do fato gerador, elencando, em síntese, os princípios constitucionais abordados pela defesa, passando a apontar a inaplicabilidade desses princípios aos fatos presentes na autuação.

Após mencionar que não entendeu a menção efetuada pelo autuado em relação ao diferencial de alíquota, vez que não constituiu quaisquer das infrações, conclui aduzindo que por todas as razões de direito e por todos os argumentos postos na Informação Fiscal, onde combateu as alegações doutrinárias posta pela defesa, em nível de discussão constitucional, afiançou que o Auto de Infração não foi elidido em nenhuma das infrações e pelo fato de não ter sido impugnado qualquer lançamento, valor, documento, data, alíquota, base de cálculo, fato gerador ou

ocorrência de procedimento lhe imputada, nem também qualquer dos demonstrativos que foram elaborados e entregues ao mesmo, pugnou pela Procedência do Auto de Infração em sua inteireza.

Em 04 de outubro de 2018 o processo foi incluído em pauta para julgamento pelo então relator lotado na 6ª Junta de Julgamento Fiscal, entretanto o PAF foi convertido em diligência, fls. 128 e 129, no sentido de que *“o autuado fosse intimado à apresentar o instrumento de Procuração outorgando poderes à pessoa que assinou Peça Impugnatória de fls. 99/112”*, no que foi atendido.

Em 20 de março de 2019, na assentada da sessão de julgamento realizada desta vez na 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o PAF foi novamente convertido em diligência no sentido de que:

1 – Fosse anexada aos autos a comprovação de entrega, ao Contribuinte, dos demonstrativos de fls. 12 a 95, e da mídia CD de fls. 96, que embasaram o Auto de Infração em lide;

2 - Na hipótese da inexistência da mencionada comprovação, entregar ao Sujeito Passivo, mediante intimação com recibo específico que deverá ser anexado aos autos, cópia dos demonstrativos de fls. 12 a 95, e da mídia CD de fls. 96 que embasaram a lavratura do Auto de Infração em lide, reabrindo o prazo de defesa (60 dias) para o mesmo se manifestar, querendo, o que foi atendido mediante documento afixado às fls. 143 e 145.

O autuado, por intermédio de seu Representante Legal, se manifestou à fl. 152, pontuando que está anexando documentação comprovando o cumprimento das infrações que foram arbitradas, fls. 156 a 182, demonstrando, assim, não ter razão para o arbitramento das multas e ou recolhimento de impostos, corroborando, assim, com o quanto já dito em sede de defesa, bem como de recurso voluntário, razão pela qual reiterou o quanto já solicitado e requereu que seja cancelado o arbitramento bem como a cobrança do imposto e multas, vez que indevidos, tendo em vista terem sido realizadas as declarações, envio das obrigações acessórias, bem como o recolhimento da obrigação principal.

Foi anexado aos autos, fls. 183 a 186, extrato de pagamento das parcelas do débito reconhecidas pelo autuado, totalizando o valor principal de R\$ 15.563,43 e valor total pago de R\$ 23.203,35 em 28/06/2019.

Em 09 de fevereiro de 2021, o presente PAF foi incluído em sessão de julgamento, desta vez na 4ª Junta de Julgamento Fiscal, tendo sido, mais uma vez, convertido em diligência, para que o autuante fosse cientificado da peça defensiva de fls. 152 a 179 e, sobre esta, produzisse nova informação fiscal.

Em atendimento, o autuante se pronunciou, fls. 213 e 214, pontuando que todos os argumentos a serem considerados como defesa efetivamente são os do documento original – 1ª Defesa – que indicou.

Acrescentou que, de igual forma, a primeira informação fiscal contém todo seu posicionamento em relação à defesa, salvo em relação ao pagamento parcial efetuado nesse interim, que deverá ser considerado, isto é: Inf. 01 valor pago R\$ 2.185,07; Inf. 02 valor pago R\$ 2.082,32; Inf. 07 valor pago R\$ 856,45; Inf. 08 valor pago R\$ 3.379,59; Inf. 11 valor pago R\$ 1.680,00 e Inf. 12 valor pago R\$ 5.520,00, totalizando o valor principal pago na ordem de R\$ 15.653,43.

O autuado se manifestou acerca da informação fiscal acima, fls. 217 a 220, onde, em relação a Infração 03 – 02.01.01 – ICMS lançado e não recolhido, onde foi exigido imposto no valor de R\$ 267.345,04, referente ao período fiscalizado 02/2016 a 05/2017 com supedâneo na existência de ICMS lançado e não pago.

A este respeito argumentou que a infração se deu em decorrência da transmissão dos SPEDS-Fiscais em que só havia DÉBITOS DECLARADOS, sem abater os respectivos CRÉDITOS oriundos das entradas, ou seja, quando enviou a obrigação acessória, não houve observância do princípio da não-cumulatividade, de sorte que só houve imposto a pagar sem crédito a compensar, muito embora a existência dos créditos seja patente. Para que a verdade real fosse alcançada, todos os SPEDS-ICMS e DMAs foram retificados, contendo os créditos e os débitos, de modo que o saldo a recolher passasse a ser o realmente devido, oriundo da conta corrente crédito/débito, sendo que

os valores deste período efetivamente recolhidos foram os apurados na conta corrente fiscal dos SPEDs-ICMS e DMAS devidamente retificados, cujos comprovantes de transmissão seguem em anexo (docs. 04 a 06).

– Infração 04 – Saídas tributadas como não tributadas. Neste ponto trouxe considerações que entende dignas de refazimento da infração. É que, um dos itens cobrados é, por exemplo, a Bebida Skol Beats Senses Lata 269ml que se manteve na substituição tributária até 30.09.2016 e há vários lançamentos nesse período buscando novo pagamento do ICMS, quando, na verdade, a tributação já estava completamente encerrada.

– Infração 05 – Erro na apuração dos valores do imposto. Argumentou a falta de clareza dos demonstrativos de suporte da infração, e que, apesar de entender o título da infração, que indica erros no que seria a antiga “conta corrente do ICMS”, não ficou claro de que forma o autuante tenta comprovar tais ocorrências, e, se sequer não consegue entender a suposta infração, impossibilitado fica de produzir sua defesa.

Acrescentou que foi encontrado meses arrolados duas vezes no mesmo demonstrativo, razão pela qual solicitou o necessário esclarecimento ou a reprodução em melhores demonstrativos a fim de que haja plenitude na defesa.

Apontou que, por outro lado, lançou nos Ajustes em 2016 (Registro E111 das EFDs) mais de R\$ 163.000,00 tudo como “outros débitos”, por conta da venda de alguns produtos sem a devida tributação, em face da grande alteração de entrada e/ou saída de itens da substituição tributária neste exercício de 2016, dessa forma disse que não entende como foram indicados valores residuais de imposto neste específico caso, razão pela qual considera necessária nova oitiva do autuante para explicar os itens acima, que entende como necessária para a busca da verdade real.

– Infração 06 – Omissões de saídas maior que omissões de entrada. Disse que o ponto aqui envolve tema recorrente em autos de infração envolvendo o contribuinte, inclusive em anos seguidos. Disse tratar-se de gritante erro de registros irregulares das unidades, em procedimentos internos durante o registro das NFe de entradas, problema presente desde 2016, de modo que as quantidades reais foram diminuídas ou aumentadas erradamente, complicando os estoques e inventários.

Afirmou serem lançamentos tão absurdos, que fogem da razoabilidade manter a autuação. Após a confirmação dos erros, a empresa diligenciou alteração de estrutura interna, refazendo os registros de unidades x quantidades, de sorte a renovar as posições corretas dos estoques e sanear o problema, apresentando, a seguir, alguns exemplos:

- Na NF 994982, de 01.04.2017, consta a aquisição de detergente líquido atol maca 500ml pelo valor unitário de R\$ 21,19 – completamente distorcido do praticado pelo mercado;
- Na NF 1793, de 08.04.2017, consta a aquisição de creme de arroz marca yoki 200g pelo valor unitário de R\$ 17,06, enquanto a NF 34485, de 23.02.2017 o mesmo produto foi adquirido pelo valor unitário de R\$ 1,82;
- Na NF 477005, de 15.02.2017, consta a aquisição de leite pó ninho integral instantâneo pelo valor unitário de R\$ 19,06, enquanto na NF 1302, de 07.04.2017 o mesmo produto foi adquirido pelo valor de R\$ 6,25;
- Na NF 987048, de 01.04.2017, consta a aquisição de suco ades frutas tropicais 1l pelo valor unitário de R\$ 13,46, enquanto na NF 986552, de 01.05.2017, o mesmo produto foi adquirido pelo valor unitário de R\$ 1,12;
- Na NF 987048, de 01.04.2017, consta a aquisição de barra cereal tia sônia c.par/coc light 20g pelo valor unitário de R\$ 13,93, enquanto na NF 64573, de 10.04.2017, o mesmo produto foi adquirido pelo valor unitário de R\$ 1,11.

Portanto, considera patente o erro cadastral, no momento do ingresso dos produtos no seu estabelecimento, de sorte que não se pode pagar tributo sem a correlata existência do fato

gerador, afinal, não se paga tributo sobre erro, que é o caso dos autos.

Acrescentou que, além disso, existem alguns produtos enquadrados na substituição tributária e, mesmo assim, estão arrolados no levantamento como se estivessem sob tributação normal. Desse modo, as omissões de saídas estão influenciando o cálculo do imposto, quando deviam apenas ser objeto de multa formal, afirmando que isso promove diferença no resultado final.

Lembrou que, nos termos do art. 3º, parágrafo único, inciso I, da Portaria n. 445/98, com alterações dadas pela Portaria nº 159/2019, *“Somente serão consideradas omissão de entrada ou saída os quantitativos em relação a cada item de mercadoria que excederem aos seguintes percentuais da relação entre a quantidade e o somatório do estoque inicial mais as compras no período: I - 2,05%, no comércio varejista de supermercados”*.

Desta maneira, considera cabível a sua aplicação, dado que se a pretensão do Fisco é utilizar todos os tipos de itens (tributados, isentos, antecipados, etc.), caberá a aplicação desse dispositivo, que ajusta as omissões de saídas, o que lhe parece indubitável ao caso.

Por fim, informou que alguns itens sequer deveriam estar no demonstrativo, por se tratar de itens de uso do estabelecimento, seja em caráter de embalagem, seja na transformação necessária ocorrida na padaria, por exemplo, apontando, a título de prova, que não há na prateleira para venda o item Mistura Para Pão Integral Pré-Mescla 10kg, a ser adquirido por consumidor final. No entanto, mesmo assim foi encontrado no rol de saídas fiscalizadas, produto este que serve de insumo para a venda de Pão Integral. Da mesma forma, todos os aditivos, melhoradores, farinha de trigo, sal, açúcar, queijos, goiabada, etc., são itens que têm saída sob outros nomes, a saber, nos pães diversos e outros itens de lanchonete. Por tudo isso, a revisão ainda é devida.

– Infração 09 – ICMS antecipação parcial não recolhido. Pontuou que sobre essa infração, apresenta as seguintes distorções que devem ser retificadas:

a) Jerked Beef – Trata-se de carne e charque, cuja alíquota interna é 12%, conforme redução prevista no Art. 268 do RICMS/BA. Assim, o valor do ICMS a recolher será bem menor.

b) Iogurte Morango – Os três tipos citados, relativos às NFES 557151, 559132 e 560940, estão com alíquotas internas equivocadas.

c) Farinha de Rosca – Item sujeito à antecipação total.

d) Bacon Manta e Bacon Gra Filé Manta – Item sujeito à antecipação total.

e) Pêssego – Item isento.

Portanto, só por esses erros, considera justificar-se nova diligência para adequação do Auto de Infração.

– Infração 10 – Notas Fiscais não lançadas. Aduziu que apenas para que seja feita a confrontação com a escritura fiscal e com os CNPJs dos emitentes, considera que seria de bom alvitre que o autuante indicasse os CNPJs dos emitentes das notas, a fim de que fosse feito *double check* interno na empresa, com a consequente confirmação ou negação do quanto cobrado.

– Infração 11 – DMA x Livros Fiscais. Afiançou que não mais existe ausência dessa obrigação, tendo em vista que em tempo o contribuinte entregou a documentação fiscal, ora anexada, a justificar verdadeira clemência desse Órgão Julgador para anulação da multa, tendo em vista que ela está ligada a obrigação de terceiros que dificilmente a empresa acompanha, por julgá-la sempre atendida e satisfeita. Sua finalidade é tão-somente o acompanhamento pelo Município do Valor Adicionado do retorno do ICMS da sua quota-parte, mas que em nada interfere na receita do Estado. Portanto, busca a anulação da multa, dado que sequer houve dano ao Estado e, além disso, porque houve a entrega da obrigação posteriormente.

Acrescentou que, por todas as razões aduzidas, entende que não há outra saída senão a continuidade da diligência por parte do órgão fiscalizatório a fim de que todas as informações aqui apresentadas sejam devidamente saneadas, a busca da verdade real seja encontrada e a

lídima justiça seja feita.

Concluiu destacando que restam verificadas diversas inconsistências no Auto de Infração, especialmente no tocante às infrações supramencionadas, razão pela qual requer que o mesmo seja refeito, para que somente o tributo realmente devido seja cobrado, ocasião em que fará o devido parcelamento.

O autuante apresentou nova Informação Fiscal, fls. 267 a 271, e elaborou novos demonstrativos de débito, fls. 272 a 333, onde destacou inicialmente que recebeu a manifestação voluntária apresentada pelo autuado que havia seguido direto para o CONSEF sem a percepção da Repartição. Disse entender que estas idas e vindas do processo, destinadas a sanear questão formal, atrasam o julgamento, mas conferem-lhe legitimidade, porém entende que o documento sobre o qual irá discorrer constitui, em verdade, a 3ª defesa do autuado posto que revê várias questões objeto da lide. Após apresentar uma síntese dos argumentos defensivos, passou a se pronunciar conforme abaixo:

- **Infr. 03 - 02.01.01 – Saldos Devedores Mensais** – Considerando as alegações defensivas de que os créditos totais do período pertinente à infração não haviam sido computados, por equívoco interno, procedeu a requisição de arquivos nº 11583 no sistema Sefaz/EFDG, em 28.06.2022, solicitando todas as últimas retificações e refez a conta corrente do ICMS, reconstituindo a Infr. 02.01.01 cujos demonstrativos originais estão nas fls. 17 e 18 do PAF. Entretanto trouxe as seguintes observações:

a) o autuado retificou e transmitiu à Sefaz seus arquivos 2016 e 2017 em **maio de 2021**, conforme indicam as datas de gravação, foram absorvidos os novos valores de débitos e créditos do imposto, ainda que diferentes dos constantes nos recibos de transmissão das fls. 232 a 240v;

b) o autuado, nesta retificação, excluiu indevidamente R\$ 163.014,54 de ajustes lançados como “outros débitos”, oriundos de erros na apuração dos valores do imposto nas vendas por ECF em 2016, que, quando do lançamento, já havia deduzido na infração 03.02.04, conforme resumo da fl. 47 do PAF, coluna ICMS DIF LANÇ “OUTS DEB” (observando para não atentar para um equívoco da sua parte no primeiro valor lançado como R\$ 26.206,77, mas que seria correto R\$ 2.019,98, que não se pode mais corrigir em razão de provocar aumento da exigência);

Desta forma, rejeitou a exclusão dos ajustes tipo “outros débitos” presentes na escrituração à época da ação fiscal, porque já contabilizados em desconto na infração 03.02.04, razão pela reduziu o valor da infração 03 para R\$ 218.783,90, conforme planilhas anexas.

- **Infr. 04 - 02.01.03 – Saídas Tributadas Como Não Tributadas** – Acatou os argumentos defensivos apresentados em relação à presente infração observando que: i) fez a exclusão dos itens de NCM 2208.9, que permaneceram na ST após a saída das bebidas quentes, em 30.09.2016. ii) fez a exclusão de itens isentos e outros da substituição tributária que persistiam no levantamento; iii) corrigiu a alíquota incidente sobre as bebidas quentes, para 27%, ao tempo em que, como consequência, o débito da presente infração foi alterado para R\$ 32.948,36 conforme o novo demonstrativo anexo.

- **Infr. 05 - 03.02.04 – Saídas Com Erro na Apuração dos Vlrs do Imposto.** A respeito desta infração citou que foi construída a partir da memória de fita detalhe dos ECFs instalados, vigentes no período fiscalizado, disponibilizada pela própria empresa, que gerou o documento anexo ao auto de infração intitulado Anexo – Omissão de Saídas – Erro na Determinação das Alíquotas.xlsx fls. 45-46, onde estão identificados todos os itens de vendas com suas respectivas alíquotas de tributação do ICMS, porém, algumas alíquotas estavam erradas, debitando ICMS em valor menor que o devido.

Observou que antes da ação fiscal, o autuado reconheceu os erros e fez sua própria apuração, o que resultou nos ajustes lançados sob código BA009999 – Outros Débitos – Dif ICMS ECF, lançado desde março/2016, no valor total de R\$ 163.014,54, tudo lançado no Reg. E111 de cada EFD transmitida pela empresa à Sefaz/BA.

Pontuou que na ação fiscal original, buscou conferir o ICMS resultante das vendas e encontrou várias alíquotas aplicadas incorretamente, o que gerou o resumo comparativo entre os valores já lançados a débito (reconhecidos pela empresa) e os totais realmente devidos, conforme a ação fiscal e resumo no documento Demonstrativo dos Erros na Apuração dos Valores do ICMS – 2016, fl. 47 do PAF.

Assim, dos montantes mensais encontrados errados – coluna CORRIGIDO, fl. 47 do PAF – que representa as totalizações do ICMS já calculados corretamente, deduziu os valores mensais originalmente lançados na conta corrente – coluna APURAÇÃO ORIGINAL, fl. 47 – bem como o que o autuado já havia reconhecido nos seus ajustes – vide coluna ICMS DIF LANÇ OUTS DEB, também fl.47, cujo resultado se encontra na última coluna do mesmo demonstrativo – ICMS A RECOLHER – no valor de R\$ 14.656,83, esclarecendo que o mês de março aparece duas vezes apontado por causa da incidência das alíquotas de 17%, que vigorou até o dia 09.03.2016 e o de 18%, que vigorou desde então, não havendo repetição de meses como se fosse uma duplicidade.

Infr. 06 - 04.05.02 – Estoques – Omissão de Saídas Maior que Omissão de Entradas. A respeito desta infração disse que *“oficiosamente chegou ao seu conhecimento esta questão, através de ação fiscal perpetrada sobre outro estabelecimento da mesma empresa”* e que ratifica a veracidade dos casos apresentados como exemplos. Assim e diante da conclusão das correções pela empresa, *“também sabido oficiosamente”*, disse que requisitou novamente no sistema Sefaz/EFDG – nº 11589 – os arquivos de 2017 para refazer a auditoria agora com as novas quantidades, todas corrigidas, ao tempo em que, da nova aplicação da rotina de auditoria de estoques aos novos arquivos retificados, resultou o seguinte:

- Disse que percebeu alguns itens isentos e de uso/consumo do estabelecimento, procedendo sua retirada do levantamento;
- que constatou que alguns itens que têm entradas e saídas com nomenclaturas distintas, por questões de formação de kits ou seu desdobramento, ou ainda por industrialização interna (açougue, padaria, lanchonete), efetuou o expurgo dos mesmos do levantamento;
- Aplicou o desconto quantitativo de 2,05% dos disponíveis à venda, previsto na Portaria 445/98;
- Calculou e utilizou os preços médios das entradas do último mês do exercício, na previsão do Art. 23-A da Lei 7014/96, o mesmo ocorrendo em relação aos preços médios das saídas do último mês de vendas, conforme previsão da Portaria 159/19;
- Refez o levantamento em razão do recebimento de códigos de itens novos e distintos;
- Retirou os itens típicos de industrialização interna (lanchonete, padaria, açougue, etc, que entram como códigos e descrições diferentes dos itens que saem (ex: fabricação interna de pães; kits feijoadas, etc).
- Solicitou e obteve o inventário final da empresa, posicionado em 31.05.2017, conforme apresentado no anexo.

Em vista do exposto, reduziu a infração 06 do valor original de R\$ 192.052,88 para R\$ 118.928,47.

- **Infr. 09 - 07.15.01– ICMS Antecipação Parcial Não Recolhido.** Observou que a correta codificação desta infração é 07.15.02, pois se trata, em realidade, de exigência do ICMS Antecipação Parcial Recolhido a Menor. Disse que a defesa não se manifestou sobre o tema porque é realmente de pouca monta, olhando o auto de infração como um todo. Quanto aos itens Jerked Beef, Iogurte Morango, Farinha de Rosca, Bacon Manta, Bacon Grã Filé Manta e Pêssego, acolheu os argumentos defensivo e efetuou as correções devidas, resultando no novo demonstrativo que segue anexo a esta 2ª Informação Fiscal, com novo montante exigido de R\$ 17.138,78.

- **Infr. 10 - 16.01.01 – Falta de Escrituração de Docs de Entrada.** Pontuou que revisada a infração, há um remanescente de R\$ 10.984,86 da multa exigida, apresentando, em anexo, novo demonstrativo da infração, contendo os números de CNPJ solicitados.

- **Infr. 11 - 16.05.11 – DMAs X Livros Fiscais – Inconsistências.** Disse estranhar a contestação posto que a infração já se encontra paga.

Diante do exposto, apresentou o quadro abaixo com o que considera como sendo o débito remanescente:

INFRAÇÃO	DESCRIÇÃO	VR ORIGINAL	VR PAGO OU REDUZIDO	OCORR.	VR REMANESCENTE
01.02.03	Crédito Indevido – Prods Isentos	2.185,07	2.185,07	PG	0,00
01.02.06	Crédito Indevido – Prods ST	2.032,32	2.032,32	PG	0,00
02.01.01	Saldos Devedores Mensais	267.345,04	48.561,14	RED	218.783,90
02.01.03	Sds Tributáveis Como Não Tributáveis	33.548,95	2.653,32	RED	32.948,36
03.02.04	Sds c Erro na Apur dos Vrs Imposto	14.656,83	0,00	MANT	14.656,83
04.05.02	Estoques – Omiss Saídas > Omiss Entr	192.052,88	73.124,41	RED	118.928,47
05.08.01	TEF – Cartões de Débito Crédito	856,45	856,45	PG	0,00
07.01.01	Antecipação Total Não Recolhida	3.379,59	3.379,59	PG	0,00
07.15.01	Antecipação Parcial Não Recolhida	19.316,07	2.177,29	RED	17.138,78
16.01.01	Nfs Entrada ã Escrituradas nas EFDs	12.352,71	1.367,85	MANT	10.984,86
16.05.11	DMA Inconsistentes	1.680,00	1.680,00	PG	0,00
16.14.02	Entrega EFDs Fora dos Prazos	5.520,00	5.520,00	PG	0,00
TOTAIS		554.925,91	141.484,75		413.441,16

Em conclusão pugnou que o Auto de Infração seja julgado Procedente em Parte no valor de R\$ 413.441,16, consoante quadro acima.

Consta à fl. 335 Mensagem DT-e enviada ao autuado em 24/09/2022 dando ciência a este do inteiro teor da informação fiscal prestada pelo autuante, com o respectivo encaminhamento da mesma juntamente com os novos demonstrativos que foram elaborados, com reabertura do prazo de defesa para manifestação, entretanto, até a presente data, não consta dos autos que o autuado tenha se manifestado a respeito do quanto consta da referida intimação (cientificação).

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Danilo Brito de Castro Dourado, OAB/BA nº 59.765, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O Auto de Infração que originou o lançamento sob análise engloba 12 (doze) infrações, que totalizaram o montante de R\$ 554.925,91 de crédito reclamado, sendo que, destas, houve o reconhecimento e o pagamento integral pelo autuado das seguintes infrações: 01 no valor pago de R\$ 2.185,07; Inf. 02 valor pago R\$ 2.082,32; Inf. 07 valor pago R\$ 856,45; Inf. 08 valor pago R\$ 3.379,59; Inf. 11 valor pago R\$ 1.680,00 e Inf. 12 valor pago R\$ 5.520,00, totalizando o valor principal pago na ordem de R\$ 15.653,43, consoante extrato emitido pelo sistema SIGAT às fls. 183 a 186. Isto posto, a lide remanesce em relação às infrações 03, 04, 05, 06, 09 e 10, as quais passo a analisar.

Destaco, inicialmente, que constam nestes autos três peças defensivas apresentadas pelo autuado: a primeira, fls. 99 a 112, que o autuado intitulou como sendo “**Recurso Voluntário**”, que, pelo princípio da fungibilidade, fica aqui acolhido como Impugnação/Defesa, tendo em vista que este é o primeiro julgamento a ser realizado em relação a este PAF e esta se reveste na primeira peça defensiva constante nos autos.

Aqui, o autuado se limitou a arguir a nulidade do lançamento, por inobservância aos requisitos do Auto de Infração, sob a alegação de prática de arbitramento da base de cálculo pelo autuante, o que não se confirma, porque as infrações estão devidamente apontadas e demonstradas analiticamente, contendo o devido embasamento legal, atendendo, assim, o que preceitua o art. 142 do CTN e o art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, portanto não acolho esta arguição de nulidade.

Em seguida, voltou o autuado a arguir a nulidade do Auto de Infração, por inobservância aos

princípios constitucionais da não cumulatividade, da seletividade, da vedação ao confisco e da proporcionalidade, os quais também não acolho, por entender que, a rigor, tais argumentos estão dissociados dos fatos que integram a autuação, enquanto que o lançamento, consoante dito acima, atende plenamente a norma legal e regulamentar.

Com isso afastado todas arguições de nulidade suscitadas no bojo da primeira peça defensiva.

No mérito, não foram apresentados argumentos defensivos.

Como segunda peça defensiva, fl. 152, intitulada manifestação, o autuado se limitou a argumentar que está anexando documentação comprovando o cumprimento das infrações que foram arbitradas, demonstrando, assim, a ausência de razão para tal conduta para o arbitramento das multas e ou recolhimento de impostos, corroborando o que já havia dito em sede de defesa e recurso voluntário, requerendo, com esse argumento, o cancelamento do arbitramento.

Tal argumento não encontra qualquer sustentação ou pertinência na medida que não houve qualquer arbitramento da base de cálculo no lançamento combatido, razão pela qual não o acolho.

Assim é que, após a informação fiscal prestada pelo autuante, em relação a segunda defesa acima referida, o autuado, através da manifestação de fls. 217 a 220, apresentou manifestação que, a rigor, se refere a uma terceira defesa ante aos fatos novos apresentados, englobando argumentos relacionados ao mérito da autuação que até então não haviam sido trazidos aos autos.

Destaco, inicialmente, que o presente processo já foi objeto de realização de três diligências, entretanto, apesar disto, o autuado requereu a realização de nova diligência para sanear equívocos relacionados ao mérito da autuação, a qual fica indeferida por considerar que o autuante, quando da informação fiscal, enfrentou e corrigiu todos os equívocos questionados pelo autuado, tornando desnecessária nova diligência.

Desta maneira, em relação a **Infração 03 – 02.01.01** – ICMS lançado e não recolhido, onde foi exigido imposto no valor de R\$ 267.345,04, referente ao período fiscalizado 02/2016 a 05/2017, alegou que a infração se deu em decorrência da transmissão dos SPEDS-Fiscais em que só havia DÉBITOS DECLARADOS, sem abater os respectivos CRÉDITOS oriundos das entradas, ou seja, quando enviou a obrigação acessória, não houve observância do princípio da não-cumulatividade, de sorte que só houve imposto a pagar sem crédito a compensar, muito embora a existência dos créditos seja patente e que, para que a verdade real fosse alcançada, todos os SPEDS-ICMS e DMAS foram retificados, contendo os créditos e os débitos, de modo que o saldo a recolher passasse a ser o realmente devido, oriundo da conta corrente crédito/débito, sendo que os valores deste período efetivamente recolhidos foram os apurados na conta corrente fiscal dos SPEDS-ICMS e DMAS devidamente retificados, cujos comprovantes de transmissão se encontram em anexo (docs. 04 a 06).

Tal argumento foi analisado pelo autuante que acolheu os novos valores de débitos e créditos do imposto, ainda que diferentes dos constantes nos recibos de transmissão das fls. 232 a 240v, em razão de que na retificação levada a efeito pelo autuado este excluiu indevidamente R\$ 163.014,54 de ajustes lançados como “outros débitos”, oriundos de erros na apuração dos valores do imposto nas vendas por ECF em 2016, pois, quando do lançamento, já havia deduzido na infração 05 - 03.02.04, conforme resumo da fl. 47 do PAF, coluna ICMS DIF LANÇ “OUTS DEB”.

Desta forma, rejeitou a exclusão dos ajustes tipo “outros débitos” presentes na escrituração à época da ação fiscal, porque já contabilizados em dedução na infração 03.02.04, razão pela qual reduziu o valor da infração 03 para R\$ 218.783,90, conforme planilhas anexas.

De fato, analisando a planilha de fl. 47, restou constatado que em relação ao exercício de 2016, diversos valores lançados a título de outros débitos já haviam sido excluídos da infração 05 que trata de erro na apuração do imposto, portanto, não pode novamente ser excluído da infração 03 que trata de falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar.

Assim, acolho os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, e julgo subsistente em parte a infração 03 no valor de R\$ 218.783,90, consoante demonstrativo de fl. 272.

No que diz respeito a **infração 04** - Saídas tributadas como não tributadas, argumentou que alguns itens autuados, a exemplo da Bebida Skol Beats Senses Lata 269ml que se manteve na substituição tributária até 30.09.2016 existem diversos lançamentos nesse período buscando novo pagamento do ICMS, quando, na verdade, a tributação já estava completamente encerrada.

A este respeito o autuante se pronunciou acolhendo o argumento defensivo, esclarecendo que *i)* fez a exclusão dos itens de NCM 2208.9, que permaneceram na ST após a saída das bebidas quentes, em 30.09.2016. *ii)* fez a exclusão de itens isentos e outros da substituição tributária que persistiam no levantamento; *iii)* corrigiu a alíquota incidente sobre as bebidas quentes, para 27%, ao tempo em que, como consequência, o débito da presente infração foi alterado para R\$ 32.948,36 conforme o novo demonstrativo anexo.

Concordo e acolho o posicionamento do autuante e julgo parcialmente subsistente a infração 04 no valor de R\$ 32.948,36, consoante demonstrativo analítico fls. 273 a 283;

Naquilo que se relaciona a **infração 05** – Erro na apuração dos valores do imposto, foi argumentado pelo autuado falta de clareza dos demonstrativos de suporte da infração, e que, apesar de entender o título da infração, que indica erros no que seria a antiga “conta corrente do ICMS”, não ficou claro de que forma o autuante tenta comprovar tais ocorrências, o que lhe impossibilita de produzir a defesa desta infração.

Apesar disto disse que foi encontrado meses arrolados duas vezes no mesmo demonstrativo, razão pela qual solicitou o necessário esclarecimento ou a reprodução em melhores demonstrativos a fim de que haja plenitude na defesa.

Apontou, ainda, que, lançou nos Ajustes em 2016 (Registro E111 das EFDs) mais de R\$ 163.000,00 como “outros débitos”, por conta da venda de alguns produtos sem a devida tributação, em face da grande alteração de entrada e/ou saída de itens da substituição tributária neste exercício de 2016, dessa forma disse que não entende como foram indicados valores residuais de imposto neste específico caso, razão pela qual considera necessária nova oitiva do autuante para explicar os itens acima, que entende como necessária para a busca da verdade real.

O autuante, por sua vez, ponderou que a infração foi construída a partir da memória de fita detalhe dos ECFs instalados, vigentes no período fiscalizado, disponibilizada pela própria empresa, que gerou o documento anexo ao auto de infração intitulado Anexo – Omissão de Saídas – Erro na Determinação das Alíquotas.xlsx fls. 45-46, onde estão identificados todos os itens de vendas com suas respectivas alíquotas de tributação do ICMS, porém, algumas alíquotas estavam erradas, debitando ICMS em valor menor que o devido.

Observou que antes da ação fiscal, o autuado reconheceu os erros e fez sua própria apuração, o que resultou nos ajustes lançados sob código BA009999 – Outros Débitos – Dif ICMS ECF, lançado desde março/2016, no valor total de R\$ 163.014,54, tudo lançado no Reg. E111 de cada EFD transmitida pela empresa à Sefaz/BA.

Pontuou que na ação fiscal original, buscou conferir o ICMS resultante das vendas e encontrou várias alíquotas aplicadas incorretamente, o que gerou o resumo comparativo entre os valores já lançados a débito (reconhecidos pela empresa) e os totais realmente devidos, conforme a ação fiscal e resumo no documento Demonstrativo dos Erros na Apuração dos Valores do ICMS – 2016, fl. 47 do PAF.

Assim, dos montantes mensais encontrados errados – coluna CORRIGIDO, fl. 47 do PAF – que representa as totalizações do ICMS já calculados corretamente, deduziu os valores mensais originalmente lançados na conta corrente – coluna APURAÇÃO ORIGINAL, fl. 47 – bem como o que o autuado já havia reconhecido nos seus ajustes – vide coluna ICMS DIF LANÇ OUTS DEB, também fl. 47, cujo resultado se encontra na última coluna do mesmo demonstrativo – ICMS A RECOLHER – no valor de R\$ 14.656,83, esclarecendo que o mês de março aparece duas vezes

apontado por causa da incidência das alíquotas de 17%, que vigorou até o dia 09.03.2016 e o de 18%, que vigorou desde então, não havendo repetição de meses como se fosse uma duplicidade.

Analizando o demonstrativo de fl. 47, vejo que apesar deste se apresentar de forma sintética, considero que oferece condições de se chegar a uma conclusão pois se inicia a partir dos totais registrados a título de ICMS incidente sobre as saídas com ECF e NFs constantes nos livros fiscais, portanto, valores fáceis de serem identificados.

Apesar do autuado alegar dificuldade para proceder sua defesa em relação a este item, vejo que, a rigor, assim procedeu, na medida em que apontou alguns equívocos que, ao seu entender, constariam do levantamento fiscal.

Isto posto, verificando o levantamento fiscal e, à luz do quanto acima colocado, considero que as explicações trazidas pelo autuante são suficientemente esclarecedoras em relação ao imposto apurado, razão pela qual as acolho e julgo subsistente a infração 05 no valor de R\$ 14.656,83.

Naquilo que pertine a infração 06, que trata de omissão de saídas de mercadorias tributadas relacionadas ao período de 01.01.2017 a 31.05.2017, onde foi exigido ICMS no montante de R\$ 192.052,88, o autuado reconheceu a existência de procedimentos internos equivocados quando do registro de notas fiscais de entradas, impactando seus estoques, tais como:

- Na NF 994982, de 01.04.2017, consta a aquisição de detergente líquido atol maca 500ml pelo valor unitário de R\$ 21,19 – completamente distorcido do praticado pelo mercado;
- Na NF 1793, de 08.04.2017, consta a aquisição de creme de arroz marca yoki 200g pelo valor unitário de R\$ 17,06, enquanto a NF 34485, de 23.02.2017 o mesmo produto foi adquirido pelo valor unitário de R\$ 1,82;
- Na NF 477005, de 15.02.2017, consta a aquisição de leite pó ninho integral instantâneo pelo valor unitário de R\$ 19,06, enquanto na NF 1302, de 07.04.2017 o mesmo produto foi adquirido pelo valor de R\$ 6,25;
- Na NF 987048, de 01.04.2017, consta a aquisição de suco ades frutas tropicais 1l pelo valor unitário de R\$ 13,46, enquanto na NF 986552, de 01.05.2017, o mesmo produto foi adquirido pelo valor unitário de R\$ 1,12;
- Na NF 987048, de 01.04.2017, consta a aquisição de barra cereal tia Sônia c.par/coc light 20g pelo valor unitário de R\$ 13,93, enquanto na NF 64573, de 10.04.2017, o mesmo produto foi adquirido pelo valor unitário de R\$ 1,11.

Questionou a ausência da aplicação do percentual de perdas de 2,05% previsto pelo Art. 3º da Port. 445/98 não considerado pelo autuante para efeito de ajuste nas omissões de saídas, argumentando, ainda, que alguns itens sequer deveriam estar no demonstrativo, por se tratar de itens de uso do estabelecimento, seja em caráter de embalagem, seja na transformação necessária ocorrida na padaria, por exemplo, apontando, a título de prova, que não há na prateleira para venda o item Mistura Para Pão Integral PréMescla 10kg, a ser adquirido por consumidor final. No entanto, mesmo assim foi encontrado no rol de saídas fiscalizadas, produto este que serve de insumo para a venda de Pão Integral e, da mesma forma, todos os aditivos, melhoradores, farinha de trigo, sal, açúcar, queijos, goiabada, etc., são itens que têm saída sob outros nomes, nos pães diversos e outros itens de lanchonete, pugnando, assim, por uma revisão no levantamento quantitativo.

O autuante, quanto da informação fiscal, apontou o acolhimento dos argumentos acima do autuado, trazendo os seguintes esclarecimentos:

- que percebeu alguns itens isentos e de uso/consumo do estabelecimento, procedendo sua retirada do levantamento; que constatou que alguns itens que têm entradas e saídas com nomenclaturas distintas, por questões de formação de kits ou seu desdobramento, ou ainda por industrialização interna (açougue, padaria, lanchonete), efetuou o expurgo dos mesmos do levantamento; que aplicou o desconto quantitativo de 2,05% dos disponíveis à venda, previsto na Portaria 445/98; que calculou e utilizou os preços médios das entradas do último mês do exercício, na previsão do Art. 23-A da Lei 7014/96, o mesmo ocorrendo em relação aos preços médios das

saídas do último mês de vendas, conforme previsão da Portaria 159/19; que refez o levantamento em razão do recebimento de códigos de itens novos e distintos; que retirou os itens típicos de industrialização interna (lanchonete, padaria, açougue, etc, que entram como códigos e descrições diferentes dos itens que saem (ex: fabricação interna de pães; kits feijoadas, etc); que solicitou e obteve o inventário final da empresa, posicionado em 31.05.2017, conforme apresentado no anexo, e, como resultado, reduziu a infração 06 do valor original de R\$ 192.052,88 para R\$ 118.928,47.

Analisando os argumentos acima, vejo que o autuante ao acolher os argumentos defensivos, praticamente refez todo o levantamento quantitativo de estoque já que considerou diversos fatores que impactavam o levantamento anterior que poderia ser, inclusive passível de nulidade, porém esta fica ultrapassada ante ao refazimento perpetrado pelo autuante com o acolhimento de todos os argumentos defensivos.

Neste ponto ressalto que esta seria uma clara situação de ciência ao autuado para manifestação, com reabertura do prazo para defesa, o que foi feito, de acordo com a Mensagem DT-e de fl. 335, porém não consta dos autos que tenha havido questionamento ou qualquer manifestação por parte do autuado, o que me leva a acolher os novos demonstrativos elaborados pelo autuante e julgo parcialmente subsistente a infração 06 no valor de R\$ 118.928,47.

Em relação a **Infração 09** – ICMS antecipação parcial não recolhido, no valor de R\$ 19.316,07, alegou o autuado que esta apresenta as seguintes distorções que devem ser retificadas, através de realização de diligência:

- a) Jerked Beef – Trata-se de carne e charque, cuja alíquota interna é 12%, conforme redução prevista no Art. 268 do RICMS/BA. Assim, o valor do ICMS a recolher será bem menor.
- b) Iogurte Morango – Os três tipos citados, relativos às NFES 557151, 559132 e 560940, estão com alíquotas internas equivocadas.
- c) Farinha de Rosca – Item sujeito à antecipação total.
- d) Bacon Manta e Bacon Gra Filé Manta – Item sujeito à antecipação total.
- e) Pêssego – Item isento.

Tais argumentos defensivos foram analisado e acolhidos pelo autuante, que os excluiu da autuação, resultando no novo demonstrativo no valor de R\$ 17.138,78, fls. 311 a 329, o qual acolho para julgar parcialmente subsistente a infração 09.

Em relação a Infração 10, relacionada a penalidade por falta de escrituração de documentos fiscais de entradas de mercadorias na EFD pelo autuado, foi por este alegado que apenas para que fosse feita a confrontação com a escrituração fiscal com os CNPJs dos emitentes, argumentou que seria de bom alvitre que o autuante indicasse os CNPJs dos emitentes das notas, a fim de que fosse feito *double check* interno na empresa, com a consequente confirmação ou negação do quanto cobrado.

Por sua vez, apesar do autuado não ter apontado qualquer falha no levantamento fiscal, o autuante pontuou que foi revisada a infração, havendo um remanescente de R\$ 10.984,86 da multa exigida, apresentando, em anexo, novo demonstrativo da infração, contendo os números de CNPJ solicitados.

Acolho o novo levantamento elaborado pelo autuado, sobretudo pelo fato não ter se pronunciado quando da cientificação do resultado da revisão levada a efeito pelo autuante.

Infração 10 parcialmente subsistente no valor de R\$ 10.984,86.

Apesar do autuado apresentar questionamentos relacionados às infrações 11 e 12, deixo de apreciá-los tendo em vista a realização do pagamento integral de ambas, o que denota o reconhecimento das mesmas.

Quanto ao alegado efeito confiscatório das multas aplicadas, esclareço que não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na

legislação tributária estadual posta (art. 167, I do RPAF/BA), enquanto ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, isto ocorre até se esgotar a possibilidade de julgamento do processo na esfera administrativa.

Em conclusão, considerando que o autuado, apesar de intimado para se manifestar acerca da última informação fiscal apresentada pelo autuante, não se pronunciou sobre a mesma, vez que não consta nos autos manifestação neste sentido, o que me conduz pelo acolhimento por parte do autuado do resultado final apresentado pelo autuante, que fica aqui mantido, e, em consequência, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração de acordo com o demonstrativo abaixo, cujos valores já recolhidos deverão ser homologados:

DEMOSNTRATIVO DO DÉBITO				
INFRAÇÃO	VLR LANÇADO	VLR JULGADO	MULTA	RESULTADO
INFRAÇÃO – 01 – 01.02.03	2.185,07	2.185,07	60%	PROCEDENTE
INFRAÇÃO – 02 – 01.02.06	2.032,32	2.032,32	60%	PROCEDENTE
INFRAÇÃO – 03 – 02.01.01	267.345,04	218.783,90	60%	PROCEDENTE EM PARTE
INFRAÇÃO – 04 – 02.01.03	33.548,95	32.948,36	60%	PROCEDENTE EM PARTE
INFRAÇÃO – 05 – 03.02.04	14.656,83	14.656,83	60%	PROCEDENTE
INFRAÇÃO – 06 – 04.05.02	192.052,88	118.928,47	100%	PROCEDENTE EM PARTE
INFRAÇÃO – 07 – 05.08.01	856,45	856,45	100%	PROCEDENTE
INFRAÇÃO – 08 – 07.01.01	3.379,59	3.379,59	60%	PROCEDENTE
INFRAÇÃO – 09 – 07.15.01	19.316,07	17.138,78	60%	PROCEDENTE EM PARTE
INFRAÇÃO – 10 – 16.01.01	12.352,71	10.984,86	---	PROCEDENTE EM PARTE
INFRAÇÃO – 11 – 16.05.11	1.680,00	1.680,00	---	PROCEDENTE
INFRAÇÃO – 12 – 16.14.02	5.520,00	5.520,00	---	PROCEDENTE
TOTAL	554.925,91	429.094,63		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.0004/17-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar do pagamento do imposto no valor de **R\$ 410.909,77**, acrescido da multa de 60% sobre R\$ 291.124,85 e de 100% sobre R\$ 119.784,92, previstas no Art. 42, incisos VII, alínea “a”, II, “f”, “a” e “d” e III da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações de natureza acessórias, no total de **R\$ 18.184,86**, com previsão nos incisos IX, XVIII “c” e XIII-A, alínea “L” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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

Sala Virtual das Sessões do CONSEF 19 de junho de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR